MARCADORES SOCIAIS DA DIFERENÇA E REPRESSÃO PENAL

MARCADORES SOCIAIS DA DIFERENÇA E REPRESSÃO PENAL

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES
(ORG.)

N. 1
SÉRIE “TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS”

CO-EDITOR – NÚCLEO DE ESTUDOS DA TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS

CULTURA ACADÊMICA EDITORA

ISBN 978-85-7983-150-8

BORGES, Paulo César Corrêa
Marcadores sociais da diferença e repressão penal / Paulo César Corrêa Borges (organizador). – São Paulo : NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2011.
Anexo
Inclui bibliografia

1. Direitos humanos. 2. Direito penal. 3. Discriminação. 4. Deficiente intelectual. 5. Homossexualidade. 5. Negro. 6. Gênero. 7. Violência. 8. Vítima. 9. Processo Penal. I. Borges, Paulo César Corrêa.

A presente publicação foi inteiramente financiada com recursos do Programa de Apoio Financeiro a Projetos e Pesquisas Científicas e Tecnológicas da **Fundação CAPES** (CPNJ 00.889.834/0001-08), conforme Termo de Solicitação e Concessão de Apoio Financeiro a Projeto – AUXPE, autorizado no Processo **PAEP 320/2011-07**

C A P E S

SUMÁRIO

SOBRE EL CONCEPTO DE "HISTORIZACIÓN" Y UMA CRÍTICA A LA VISIÓN SOBRE LAS (DES)-GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

David Sánchez Rubio..... 9

A TEORIA DO DIREITO E OS PARADIGMAS POSITIVISTAS

Antônio Alberto Machado..... 23

TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS: CRIMES SEXUAIS

Paulo César Corrêa Borges..... 31

TUTELA PENAL CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM PROPORCIONAL DO FENÔMENO CRIMINOLÓGICO NO BRASIL

Roberto Galvão Faleiros Júnior..... 55

A CONSTRUÇÃO CULTURAL DO GÊNERO E A DESCONSTRUÇÃO DOS SUSTENTÁCULOS DA DISCRIMINAÇÃO: UMA CONCEPÇÃO FEMINISTA PÓS-ESTRUTURALISTA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA HUMANA

Taylisi de Souza Corrêa Leite..... 71

DIREITOS HUMANOS E GÊNERO: UM APORTE QUASE UNIVERSAL

Talita Tatiana Dias Rampin..... 89

SISTEMA PENAL: CAMPO ADEQUADO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES?

Lílian Ponchio e Silva..... 101

A EXPERIÊNCIA DE SÃO PAULO NO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS

Anália Belisa Ribeiro..... 115

LEI MARIA DA PENHA: UM RECORTE ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

Elisa Rezende Oliveira..... 135

PROTEÇÃO JURÍDICA À MULHER VITIMIZADA – LEI N. 11.340/06 E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas..... 147

DESAFIOS HISTÓRICOS CONTRA A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL

Silene de Moraes Freire..... 175

O MOVIMENTO DOS TRABALHADORES SEM TERRA – MST – NO BRASIL: UM MOVIMENTO DE RESISTÊNCIA EM DEFESA DO ACESSO À TERRA, ENQUANTO DIREITO SOCIAL

Elisabete Maníglia..... 191

DISCRIMINAÇÃO RACIAL E SISTEMA DE JUSTIÇA NO BRASIL

Ísis Aparecida Conceição..... 197

APLICAÇÃO DA REFORMA PSIQUIÁTRICA E DA POLÍTICA DA SAÚDE MENTAL AO LOUCO INFRATOR

Carmen Sílvia de Moraes Barros..... 213

SELECIONAR E EXCLUIR: O SISTEMA PENAL BRASILEIRO EM DESCOMPASSO COM OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA

Caio Jesus Granduque José..... 221

SOBRE EL CONCEPTO DE "HISTORIZACIÓN" Y UNA CRÍTICA A LA VISIÓN SOBRE LAS (DE)-GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS*

*David Sánchez Rubio***

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, intentaré expresar una serie de reflexiones que, sin estar enteramente desarrolladas, se centrarán en torno al concepto de derechos humanos, en su versión más oficial y generalizada tanto a nivel institucional como popular, conectándola con la llamada visión generacional de los derechos humanos que defiende la existencia de, al menos, tres generaciones de ellos. Ambas ideas las combinaré con aportes de Ignacio Ellacuría, principalmente relacionados con su concepto de historización. Esto lo haré aclarandoalgo desde el principio: no soy especialista en el pensamiento complejo de Ignacio Ellacuría y, por lo tanto, me considero un "peso ligero o peso pluma" en el conocimiento de la obra del teólogo y filósofo vasco.

Todas estas relaciones entre derechos humanos, generaciones e historización las realizaré en diálogo latente, no expreso, con otros autores que pertenecen a la teoría crítica en general y a la teoría crítica del Derecho en particular, mencionando especialmente a quien fuera una de las personas que más me ha influido en la vida: Joaquín Herrera Flores, tristemente fallecido a inicios del mes de octubre de 2009. Sirva este trabajo como homenaje. Merece también un reconocimiento el pensador chileno Helio Gallardo con quien he crecido o decrecido gratamente, según se mire, en los últimos años. Además, he de aclarar que no me detendré de manera central en el pensamiento de Ignacio Ellacuría, sino que más bien, a partir de su noción de "historización", tendré en cuenta algunos de sus textos que emplearé como pretextos para hacerme cargo de la realidad social e histórica de derechos humanos mostrando de esta manera las afinidades que me unen a algunos de los representantes del pensamiento crítico latinoamericano que, de alguna u otra manera, participan de esa lucha contra los poderes que matan, parafraseando a Raúl Fornet-Betancourt.

2. DOS POSICIONES DIFERENTES FRENTE A LAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Existen dos planteamientos distintos, uno de carácter conservador con tintes iusnaturalistas y otro de carácter más progresista, que critican la visión generacional de derechos humanos. A continuación explicaré la perspectiva más conservadora y reaccionaria, ya que la perspectiva crítica y emancipadora será la que yo defiende a lo

---

* Este trabajo es una revisión y una ampliación de otro escrito presentado en el Congreso Internacional Ignacio Ellacuría, 20 años después, Sevilla, 26-28 de octubre de 2009 y que saldrá publicado en un trabajo colectivo coordinado por uno de los organizadores del Congreso, Juan Antonio Senent de Frutos.

** Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla. E-mail: dsanche@us.es

largo de este trabajo y que, resumiéndola, considera que la visión generacional encierra un discurso ideológico, entendido en sentido negativo, ya que encubre y justifica una dominación social tornándola "natural" y que normaliza.[1]

La posición más conservadora suele cuestionar la existencia de varios tipos secuenciales de derechos humanos porque defiende que únicamente hay un contenido básico o bloque mínimo de derechos, independientes de los procesos históricos y sus condiciones sociales de producción. La defienden quienes parten de una perspectiva iusnaturalista clásica y también ciertas posiciones liberales individualistas. Colocan a los derechos individuales, o de primera generación, como los únicos derechos universales y válidos, siendo los verdaderamente originarios. Por ello consideran que hay una incompatibilidad natural y racional entre los derechos de libertad o individuales y el resto de pseudo-derechos que se clasifican como segunda y tercera generación. Incluso estos puede ser percibidos como una amenaza para los primeros.[2]

En este sentido, Albert O. Hirschman en su libro *Retóricas de la intransigencia* nos habla de tres tesis reactivo-reaccionarias (retomando la expresión de Newton de que a toda acción se opone siempre una reacción igual) para valorar los intentos de emancipación social que sobre democracia y que nosotros proyectamos sobre derechos humanos, se han venido desarrollando a lo largo de la historia moderna de Occidente.[3] Desde estas perspectivas, en cierta manera, estas tres tesis pueden objetarse frente a los nuevos derechos que se demandan públicamente tras los derechos de primera generación:

a) La tesis de la perversidad o del efecto perverso que viene a decir que toda acción deliberada para mejorar algún rasgo del orden político, social o económico sólo sirve para exacerbar la condición que se desea remediar. En relación a lo que estoy diciendo, cualquier acción relacionada con un avance en democracia o una apertura a una lista cerrada de derechos humanos provocará y producirá, por intermedio de una cadena de consecuencias imprevistas, exactamente lo contrario del objetivo que se proclama y persigue (mayores garantías). No sólo se afirma que un movimiento o una política errará su meta o provocará costos inesperados o efectos secundarios negativos: más bien, la tentativa de empujar a la sociedad en determinada dirección resultará, en efecto, en un movimiento, pero en dirección opuesta. Esta tesius resulta de una "naturalización" del orden social.

b) La tesis de la futilidad sostiene que las tentativas de transformación social serán inválidas, que simplemente no logran "hacer mella". La tentativa de cambio es abortiva. De una manera u otra, todo cambio es, fue o será en gran medida de superficie, de fachada, cosmético, y por tanto, ilusorio, pues las estructuras profundas de la sociedad permanecen intactas. En materia de derechos humanos, los derechos de segunda y tercera generación no aportan nada nuevo ni logran poner en cuestión la primacía de los derechos individuales, que veremos, bajo una apariencia de universalidad abstracta, ocultan una estructura asimétrica que favorece a unos pocos. Con esta tesis nos encontramos con una ley de la

1 Ver en este sentido el trabajo de Helio Gallardo, "Sobre las generaciones de derechos humanos", en www.heliogallardo-americalatina-info

2 Ídem. Ver en este sentido, el libro de Jack Donnelly, *Derechos Humanos universales: en teoría y en la práctica*, Edic. Gernika, México, 1994.

3 Ver Albert O. Hirschman, *Retóricas de la intrasigencia*, F.C.E., México, 1991.

inmovilidad (e inconmovilidad) sistémica reflejada en la conocida paradoja del barón de Lampedusa en su novela El Gatopardo: "Si queremos que todo siga como está, es preciso que todo cambie".[4]

c) Finalmente, la tesis del riesgo arguye que el costo del cambio o reforma propuesto es demasiado alto, dado que pone en peligro algún logro previo y apreciado. Aunque fuera deseable en sí mismo, ese cambio implica costos y consecuencias de uno u otro tipo inaceptables. Con respecto a derechos humanos, incorporar o priorizar los derechos económicos, sociales y culturales, implicaría una pérdida y un coste tan elevado con relación a los derechos individuales, que no podría aceptarse, dada la conquista "universal" que éstos suponen.[5] Este es un corolario de la primera tesis.

Por estas y otras razones, resulta interesante la necesidad que Joaquín Herrera Flores ve de defender una teoría inmanente y relacional de derechos humanos que cuestione incluso la visión generacional y que, en cierta medida, yo retomo en los siguientes apartados. El iusfilósofo trianero critica aquellas posiciones iusnaturalistas y liberales idealistas que se basan en un triple sistema de garantías: la garantía moral, la trascendental y la lineal.[6] Veamos cada una de ellas:

a) La garantía moral señala que existe un "bien" (los derechos individuales y de propiedad) que está por encima de todo y desde el cual es posible juzgar cualquier contenido de la acción social. Los derechos humanos son unos productos ideológicos que proceden de un deber ser que parece ser inevitable y universal, sin necesidad de acudir a los contextos y las prácticas reales de la gente.

b) La garantía trascendental indica la existencia de una esfera ajena a las intervenciones humanas que posibilita el despliegue de ese bien moral por entre los posibles contenidos de la acción moral (ya sea esa esfera denominada Libertad, Propiedad Privada, Derechos Individuales, Historia, Razón, Dios o Comunismo).

c) Por último, la garantía, que yo denomino lineal y progresiva, considera que al existir un bien previo a cualquier acción social y una esfera trascendental que posibilita su despliegue ineluctable, la concepción idealizada de derechos humanos contempla el mundo como algo único, homogéneo, sin fisuras (inmovilizado en los derechos individuales y de libertad). Se ven los derechos humanos como un proceso lineal y homogéneo con un concreto origen histórico que se pierde en las edades oscuras y que, finalmente, concluirán en un final ya predeterminado desde el principio. Cualquier generación posterior o no son derechos o sólo representan un apéndice de los originarios.[7]

---

4 Ídem.

5 Ídem.

6 Ver Joaquín Herrera Flores, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Aconcagua Libros, Sevilla, 2005.

7Ídem.

3. EL "TRAJE" DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA VISIÓN GENERACIONAL

Teniendo en cuenta estas posiciones conservadoras, y dada la fuerte influencia que tienen en la cultura jurídica occidental, desde mi punto de vista, cuando hablamos de derechos humanos, utilizamos un concepto demasiado simplista, estrecho y reducido. Considero que la idea de derechos humanos oficialmente aceptada y que está más generalizada en la cultura tanto de las personas de la calle, como en el ámbito de los operadores jurídicos y de los teóricos de la academia, provoca cierta indolencia, docilidad y pasividad, además de que consolida la separación, tradicionalmente reconocida, entre la teoría y la práctica. Tengo la impresión de que derechos humanos son como una especie de traje o vestido, con chaqueta y corbata que se tiene que poner todo el mundo, incluso aquellos hombres y mujeres que no necesitan usarlo porque tienen otra forma de concebir la ropa o porque sus cuerpos o figuras no encajan en ese molde.[8] Asimismo, la visión de derechos humanos como derechos de primera, segunda y tercera generación sirve para reforzar un imaginario excesivamente eurocéntrico y lineal que, aunque posee sus virtualidades y elementos positivos, acaba por implantar una cultura excesivamente anestesiada y circunscrita a una única forma hegemónica de ser humano: la propia desarrollada por Occidente en su trayectoria y versión de la modernidad burguesa y liberal.

Existe una historia popular que, creo, viene como anillo al dedo para expresar mejor esta intuición. Es un relato o cuento sobre un sastre y un traje de la que se puede sacar una moraleja sobre lo que estoy afirmando. Dice así:[9]

Resulta que un hombre necesitaba que le hicieran un traje para una boda y acudió a un sastre. Le preguntó si podía hacerle el traje más hermoso y el sastre le contestó que en dos semanas lo tendría preparado. El hombre se fue muy contento y algo sorprendido de la seguridad y contundencia transmitida por el sastre. Pasadas dos semanas regresó a la sastrería para comprobar si ya estaba preparado su traje. Efectivamente ya estaba presto y dispuesto. El sastre lo sacó y el hombre se extrañó porque vio que la obra textil era muy grande y algo amorfa. Tímidamente expresó su contrariedad porque esperaba algo mejor. El sastre le contestó que no se preocupara, que se lo probara porque ahí iba a comprobar lo bien que le iba a sentar el traje. El hombre metió una mano, luego otra y al final se encajó el traje como pudo. Salió de la tienda con la ropa nueva puesta.

Al rato de ir caminando de manera rara y atípica con la vestimenta recién comprada, dos hombres lo vieron y uno de ellos dijo a su compañero: "¡uy! mira ese pobre hombre tan deforme y con esos problemas físicos que tiene. Apenas puede andar bien". El amigo le contestó, "sí es cierto, pero qué bueno es el sastre que le hizo el traje, ¿verdad?."

La moraleja que quiero expresar con este relato es que parece que derechos humanos y su visión generacional son como el traje del cuento: están hechos para un cuerpo concreto, con un propósito y para una finalidad, pero resulta que aquellas personas que tienen un cuerpo o una figura distinta (por ser más delgadas, más obesas,

---

8 Ver con más detalle, David Sánchez Rubio, *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*, Mad, Sevilla, 2008.

9 Esta historia me la contó en forma de chiste Oscar de la Torre Rangel cierto fin de semana cuando paseábamos por Sevilla junto con Lola Cubells y Alejandro Rosillo. Curiosamente a Oscar se la contó y trasmitió "generacionalmente" su padre Jesús Antonio de la Torre Rangel.

más altas, más bajas) o que por razones de su contexto no necesitan precisamente una ropa moldeada de esa manera, no tienen más remedio que expresar su corporalidad y su espiritualidad, utilizando un vestido que no atiende a sus demandas y que no encaja bien con sus imaginarios.

Insistiendo en esta moraleja, los derechos humanos en su versión más extendida son como un traje que sirvió y sirve a un colectivo, pero que se hace demasiado estrecho para que quepan las reivindicaciones, las demandas de otros grupos, colectivos o movimientos sociales. Estos necesitarían otros vestidos o trajes que se adapten mejor a sus universos simbólicos y a sus condiciones de existencia. Esto lo podemos comprobar incluso analizando las posibles diferencias que poseen las tres o las cuatro generaciones de derechos humanos pensadas doctrinalmente. Resulta curioso percibir de qué manera los derechos individuales y políticos propios de la primera generación, fruto de la lucha burguesa frente a las limitaciones del orden feudal y asociados al principio de libertad, tienen un grado de reflexión teórica, de eficacia jurídica y de sistemas de garantías muy superiores al resto, que tienen más dificultad a la hora de ser protegidos -los derechos económicos, sociales y culturales de segunda generación asociados al principio de igualdad; y los de tercera generación propios del impacto de las nuevas tecnologías y asociados al principio de solidaridad-. En vez de desarrollarse un mejoramiento en la calidad jurídica y estructural de derechos humanos se ha producido un efecto entrópico y degenerativo de los mismos, claro está, siempre que sean vistos desde la ideología y el imaginario dominante que, desde el principio, se preocupó de utilizar un paradigma que solo fortalece a los derechos de primera generación -y no a todo el mundo- y debilita a las llamadas segunda y tercera generación (de ahí la expresión de-generacional).

Es más, resulta que si se habla o utiliza el término "generación" o "generaciones", dicho concepto implica un único proceso evolutivo, una continuidad que se refuerza y que va provocando cierta mejora, una innovación o avance en las fases o generaciones posteriores con respecto a las fases anteriores. Resulta claro, que esto no sucede con los derechos económicos, sociales y culturales o con el derecho medioambiental o con el derecho de los pueblos indígenas si los comparamos con el grado de desarrollo de los derechos liberales.

Evidentemente que los derechos humanos no son como un traje. Esto hay que entenderlo metafóricamente. Lo que quiero señalar es que la manera como se suelen concebir hace de ellos un molde o patrón con el que no se atiende tanto a determinadas parcelas de la realidad humana como a otras formas culturales cuyos universos simbólicos y corporalidades no encajan en el patrón determinado por el sastre.

Siguiendo al comentarista y filósofo político chileno Helio Gallardo, considero que la matriz y la base de derechos humanos están constituidas socio-históricamente por la formación social moderna, por sus instituciones, dinámicas y lógicas. La lucha de la burguesía como sociedad civil emergente y moderna, fundamentó derechos humanos a través de su dinámica reivindicativa de liberación frente a todo impedimento ilegítimo establecido por los reyes, los señores feudales y la Iglesia, quienes no reconocían la ampliación de las experiencias de humanidad expresadas en las particularidades de la vida burguesa.[10] Pero esta matriz, que posee un horizonte de esperanza y posibilidades muy fuerte, en su origen y posterior desarrollo estuvo desgarrada por tensiones,

10 En este sentido sigo la perspectiva de Heliuo Gallardo, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Gráficas Francisco Gómez, Murcia, 2008.

oposiciones y conflictos diversos. Sí es cierto que la burguesía concibió y creo con sus prácticas y teorías, desde el principio, la primera generación de derechos humanos, pero no es del todo verdad que, posteriormente, se fueran originando las siguientes generaciones de manera mecánica, lineal, progresiva y sucesiva. Esta perspectiva generacional puede reflejar lo concebido por el imaginario moderno y liberal, que por medio de una universalidad abstracta, silencia e invisibiliza el desgarramiento que, desde sus inicios, se dio no solo entre el orden feudal frente al que luchaba la burguesía, sino también frente a otros grupos sociales que quedaron discriminados y marginados por no encajar en el "traje" de la cultura burguesa. Más bien, la capacidad de hacerse hegemónica de este colectivo, provocó, al institucionalizar sus reivindicaciones, que otros grupos humanos no pudieran en ese mismo período y, en períodos posteriores, hacer una lucha con resultados institucionales y estructurales equivalentes a los que logró la burguesía. Esto ocasionó una serie de experiencias de contrastes diversas y diferentes en colectivos (indígenas, mujeres, otros grupos étnicos o raciales, etc.), que tuvieron que adaptarse al imaginario de la modernidad liberal burguesa cuyo horizonte de sentido -que no era el único válido y verdadero- poseía tanto lógicas de emancipación como lógicas de dominación patriarcal y etnocéntrica, siendo estas últimas las que se hicieron predominantes.

Hay que reconocer que la perspectiva generacional de derechos humanos, los historiza en cierta medida, ya que señala distintos tipos de luchas en contextos diferentes, aunque sea desde un panorama secuencial y lineal. Creo también, como señala el propio Antonio Enrique Pérez Luño, que las generaciones no hay que entenderlas como la sustitución global y completa de "viejos" derechos por "nuevos" derechos. También ayuda a considerar los derechos humanos como categorías históricas que solo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados -nacen con la modernidad dentro de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII-.[11] No obstante, hay algo en esta visión generacional que no recoge realmente la riqueza y pluralidad de luchas sociales que, por distintas razones, o bien son fagocitadas e incorporadas al ethos social occidental o bien son silenciadas, rechazadas o invisibilizadas.

A partir de este planteamiento básico, desde mi punto de vista, tanto el concepto de historización de Ignacio Ellacuría como su forma de entender derechos humanos, ofrece un insumo que permite reforzar esta perspectiva no generacional y a la que se entiende como específicas experiencias de contrastes en colectivos que presentan problemas y racionalidades distintas. Esta perspectiva cuestiona la actual configuración de derechos humanos y su visión generacional por no dar cuenta de las condiciones de existencia y las demandas de muchas personas (mayorías oprimidas) que no entran dentro del imaginario moderno.

4. HISTORIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

A continuación seguiré un camino, entre muchos posibles, para este razonamiento y siempre teniendo presente que utilizo los textos del filósofo vasco como pretextos:[12]

---

11 Ver A.E. Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

12 En este sentido ver Ignacio Ellacuría, "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", *ECA*, 502, 1990; y Alejandro Rosillo,

Para Ignacio Ellacuría, la manera como se origina o aparece un derecho humano tiene varias etapas o posee varios elementos:

1ª) Inicialmente se da una situación real de agravio comparativo (en forma de desigualdad, hechos de opresión, formas de explotación) y en un grupo o colectivo concreto. Este momento inicial guarda mucha relación con la ubicuidad de experiencias límites de las que habla la teoría crítica, por ser insoportables, insostenibles e inaceptables para la las personas que sufren dolor y que pueden traducirse, sin que pierda su dimensión socialmente producida, como dignidad humana en tanto expresión de esas experiencias vividas. También está relacionado con el hecho de que la crítica, la denuncia y el grito de quien sufre pueden potencialmente surgir de las experiencias negativas de la realidad en la que se vive en todos los niveles: económico, étnico, libidinal o sexual, cultural, político, social… Ese dolor podría aspirar a su cancelación.

2ª) Seguidamente se desarrolla una conciencia de ese agravio comparativo por parte de un grupo de personas, que dan cuenta de la situación de injusticia no solo a nivel teórico-reflexivo sino también a un nivel de práctica social. Por injusticia no hay que entender algo de carácter idealista, sino como experiencias generadas por medio de relaciones humanas que discriminan, marginan o establecen situaciones de no reconocimiento de su condición en tanto humanos.

3ª) Esta conciencia se va objetivando y haciéndose fuerte a través de los miembros del grupo social o clase emergente que sufre las consecuencias del agravio comparativo. Se inicia una resistencia frente a aquello que produce la destructividad de su condición humana y frente a aquello que les priva de algo que se considera que les pertenece.

4ª) Hay un proceso de objetivación más definido de esa protesta, tras una lucha revolucionaria que puede terminar triunfando. Sus demandas, fruto de procesos de violencia, reivindicación y conflictos, se institucionalizan en normas y leyes que ofrecen, al menos aparentemente, una cierta orientación de reconocimiento y de inclusión.

5ª) Finalmente, una vez que se lucha y se logra el triunfo, se desarrolla una justificación concomitante con referencias a ideales, conceptos y teorías de todo tipo. Se produce un respaldo filosófico, ideológico, cultural y doctrina para legitimar la matriz y el horizonte de sentido del grupo o movimiento social que luchó frente a un inicial agravio comparativo.

Si observamos bien este esquema de cómo se origina un derecho humano, se puede comprobar que sigue el proceso desarrollado por la burguesía en su lucha por sus derechos. Es un esquema válido para otros colectivos, pero como veremos, debe ser matizado, porque no todo grupo o clase social ha podido llevarlo a cabo en todas sus

---

"Derechos humanos, liberación y filosofía de la realidad histórica", en VV.AA. *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*, Editora PUCRS, Porto Alegre, 2008.

etapas y tampoco se debe absolutizar como si fuera la única vía posible. Por ejemplo, el movimiento obrero o el movimiento de los derechos de las mujeres o los pueblos indígenas, si bien pueden poseer reflejos normativos e institucionales como expresión de la objetivación de sus reivindicaciones, no han conseguido una revolución triunfante en todos los niveles (por ello es muy importante la necesidad de caracterizar apropiadamente cada lucha) con la consiguiente justificación de ideas que permitan una sensibilidad popular generalmente aceptada y que tenga como consecuencia un real reconocimiento y una efectiva garantía. Asimismo, los pueblos indígenas han adaptado a su idiosincrasia, estrategias modernas para sus reivindicaciones milenarias y reactualizadas, pero hay elementos culturales que van más allá de ese proceso de lucha concreto descrito por el teólogo vasco y que, en su vivir cotidiano, no necesitan ser institucionalizados normativamente, porque pueden existir interna y endógenamente una práctica comunal que consolida espacios propios de dignidad, sin que deje de ser desarrolladas por minorías vulnerables que, por las circunstancias en las que viven, convocan una violencia que, por lo general, va en contra de ellas.

De todas maneras, para Ignacio Ellacuría los derechos humanos nacidos con las reivindicaciones burguesas poseen tanto elementos positivos y emancipadores como negativos y con lógicas de dominación e imperio. Como grupo lucharon por una privación de algo que les pertenecía, por aquello que estimaban que les era necesario y les era debido. En cierta manera, desarrollaron un ideal de apertura, emancipador y un horizonte de esperanza. Asimismo, demandaron unos derechos en tanto clase vulnerable a los poderes vigentes que abrió un proceso de liberación con el que se estableció un método muy eficaz de lucha para hacer que el derecho se hiciera real. No obstante, la burguesía reivindicó unos derechos circunscritos a su propio modo de vida, limitados a una forma de ser hombre. De ahí que Ellacuría hable que sus derechos también expresan su carácter inhumano en tanto que se convierten en privilegio de pocos, negando su esencia universal disputable. Al ser significados por medio de la fuerza legitimadora de quienes poseen más poder, haciendo uso de un manto de universalidad ideal se oculta la particularidad real favorable para unos pocos (la burguesía y los grupos más poderosos) y desfavorables para la mayoría. Su reivindicación legítima de derechos expresa una forma concreta de ser hombres, de ser humanos, pero no atribuyen derechos a quienes conviven con ellos (campesinos, mujeres, negros, indígenas…) y menos a sus condiciones de existencia.

No hay que olvidar que la burguesía, como movimiento social estaba formado por villanos (moradores de las villas), mercaderes, banqueros, dirigentes religiosos, que se resistían tanto al dominio feudal o absolutista de señores, sacerdotes y reyes, como al carácter cerrado, familiar y excluyente de las corporaciones. En su manera de auto-identificarse no les preocupaba la situación ni las racionalidades de otros colectivos como los esclavos, las mujeres o la clase trabajadora. Incluso sus pretensiones estaban más vinculadas a libertades relacionadas con el mundo comercial, la propiedad privada y el disfrute de sus vidas individuales, que era la de ellos mismos y no la de los demás. Por esta razón, derechos humanos surgen y nacen quebrados en un contexto específico -el tránsito a la modernidad- de jerarquía, de división social, étnica, sexual, política y territorial del hacer humano que condiciona negativa y desigualmente el acceso de todos a los bienes necesarios para una vida digna. Por tanto, provocan distintas respuestas no secuenciales ni lineales, que determinados colectivos dan a problemas que surgen en sus

respectivos contextos, pero marcados por el imaginario liberal-burgués que se mueve bajo lógicas de dominación e imperio.[13]

Además, para Ellacuría, en nombre de derechos humanos se puede establecer un manto de universalidad ideal que se sostiene sobre una particularidad real que solo es favorable para unos pocos y desfavorables para la mayoría. También pueden servir como una máscara para tapar las violaciones de los derechos más básicos vinculados por las condiciones de existencia (p.e. el derecho a la vida). De ahí la necesidad de historizarlos. Por historización Ignacio Ellacuría entiende, en primer lugar, ver cómo se están realizando en una circunstancia dada lo que se afirma abstractamente como universal o como "deber ser" del bien común o de los derechos humanos; y en segundo lugar, en la posición de aquellas condiciones reales sin las que no se puede dar la realización efectiva del bien común y de los derechos humanos. Al hacer esto, se comprueba que la realidad de los derechos es su negación fundamental a la mayor parte de la humanidad. Pese a que deben ser reconocidos como derecho de todos, se convierten en privilegio de pocos.[14]

Cuando se habla de derechos humanos no hay que circunscribir su dimensión al plano de idealidad abstracta y teórica. Luchar por los derechos no solo es un triunfo de la razón sobre la fuerza (tal como se estableció con los derechos individuales burgueses), sino que hay que relacionarlos con hacerle justicia al débil, al oprimido,pero entendida esta expresión como esfuerzo por no producirlos como tales, como débiles,[15] a través de una praxis producidas desde ellos, que intente superar las realidades negadoras de sus derechos. Se necesita para ello un reconocimiento social y el establecimiento de todo aquello que posibilite las condiciones materiales para ejercerlos materialmente. Desde mi punto de vista, esto no se hace desde la visión generacional de derechos humanos: no atiende a los reclamos ni se cumplen las responsabilidades jurídicas relativas a los derechos más necesarios y urgentes que poseen aquellos grupos humanos que chocan desde el primer día, con las lógicas discriminatorias y de imperio consolidadas por la burguesía. Se invisibilizan o no afectan a las situaciones estructurales de desigualdad y dominación que quedan intactas históricamente, a pesar de que existan normas e instituciones que puedan, formalmente, reconocer las demandas de esos grupos excluidos. Como se ignora y se fortalece el mal común que solo beneficia a unos pocos a costa de la mayoría, puede estimarse que los colectivos populares y oprimidas luchan permanente y continuamente por sus condiciones de una vida digna de ser vivida (étnica, epistémica, social, económica, política, llibidinal-sexual, cultural...) más allá de las generaciones establecidas doctrinal y jurídico-positivamente.

---

13 Ver Helio Gallardo, op, cit.; también ver en el mismo sentido, Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005.

14 Ignacio Ellacuría, "Derechos humanos en una sociedad dividida", *Christus*, 527, 1979; ver también su "Historización de los derechos de los pueblos oprimidos y las mayorías populares", cit.

15 Por aclaración del propio Gallardo, la expresión "hacer justificia al débil" no es correcta porque al débil se le hace "justicia" oprimiéndolo. Lo que hay que hacer es el esfuerzo de no producir débiles.

5. LAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMO IDEOLOGÍA

De este examen preliminar se sigue la impresión de que las generaciones de derechos humanos parten de una afirmación histórica sobre su origen que se sustancializó u se absolutizó. Una vez una vez que nacieron, ya se impusieron como si fueran su máxima expresión y como si se hubiesen dado para siempre. Por ello, mediante procesos de abstracción se han mantenido sus estructuras congeladas para establecerlas como molde y patrón, y se han aplicado sobre otras secuencias espacio-temporales, invisibilizando tanto la dinámica y los conflictos implicados como los nuevos problemas que se han ido presentando. De esta manera se silencia el sentido político que tienen derechos humanos en tanto procesos de desencuentros, conflictos y desgarramientos.

Puede reconocerse que las prácticas sociales realizadas por la burguesía con el tránsito a la modernidad contra los límites impuestos por el sistema tradicional del feudalismo, aportaron toda una filosofía y todo un discurso sobre derechos humanos, además, de un concreto sistema institucional y jurídico positivo de garantías. Surgieron en un contexto histórico determinado que con posterioridad se ha ido transformando. Pero debe valorarse, asimismo, que no hay que quedarse encasillado en la historia y hacer de ella un determinismo. Porque en todas las épocas han aparecido procesos de absolutización de distintas expresiones del poder con sus correspondientes luchas de resistencia con resultado dispar.

Si gracias a la burguesía se manifestó una lucha por la libertad y la igualdad contra un sistema que le era adverso, hay que proyectar a otras prácticas sociales y a otros colectivos un esquema análogo o diferente de lucha por derechos, que tenga en cuenta los nuevos contextos y los distintos principios reivindicados. De ahí la importancia que posee una concepción de derechos humanos que se haga cargo de toda su rica complejidad. Se hace necesario relacionarlos con los múltiples procesos dinámicos de confrontación de intereses que pugnan por ver reconocidas sus propuestas partiendo de diferentes posiciones de poder y distintos horizontes de sentido. No hay que abstraer ni los conflictos de intereses ni las circunstancias espacio-temporales. Además, los derechos humanos entendidos como práctica social, como expresión axiológica, normativa e institucional, que en cada contexto abre y consolida espacios de lucha por expresiones múltiples de la dignidad humana, no se reducen a un único momento histórico y a una única dimensión jurídico-procedimental y formal.

Esta perspectiva pienso que es la que Ignacio Ellacuría trata de trasmitirnos con su planteamiento sobre la historización, pese a sus connotaciones idealistas. Además, ella se liga constructivamente con la contraposición que realiza entre la idea de libertad desde la liberación de las mayorías oprimidas y la idea de libertad desde la liberalización propia del liberalismo moderno. Cuando la burguesía revolucionaria comenzó en el siglo XVIII a negar el estado de cosas dominante que consideraba injusto, empezó a objetivar sus aspiraciones y preferencias en todos los niveles posibles, hasta culminar con la objetivación institucional de sus derechos o libertades. Logró así, desde sus aspiraciones particulares, convertirlas en un horizonte de universalidad tras un proceso social de superación de las privaciones con las que se encontraban. Su efectividad dependía de la sensibilidad cultural burguesa y el modo de vida burgués. Ondeando una bandera de lucha por el poder político, facilitaron y potenciaron la posibilidad de convocar imaginariamente a todos, sin excepciones, para luchar por sus

demandas, pero el problema era que las condiciones para su disfrute se sostenía sobre un imaginario y un horizonte de sentido que en condiciones reales, era excluyente y discriminador, basado en la forma de vida capitalista individualista y burguesa.[16]

El problema apareció en el momento que otros grupos o clases sociales cuestionaron esas mismas estructuras institucionales elevadas a universalidad, porque consideraban que les marginaban, les alienaban o que sus demandas no eran atendidas. Se intentaron nuevos procesos de lucha, similares a aquellos que posibilitaron las conquistas de los derechos y las libertades de la burguesía. Pero se les impidió desarrollarlos, se les cerró la posibilidad de que sus necesidades y sus valores pudieran objetivarse institucionalmente, sin ser garantizados por las Constituciones o por las Declaraciones Internacionales. El dominio de la lógica del capital pudo con la lógica múltiple de la autoproducción de los sujetos.

De esta forma, las luchas liberales, aunque fueron fruto de un proceso de liberación, al final hicieron de él un camino para preservar la libertad de unos pocos, no para conseguir la de todos. La mera expansión de las libertades sólo pudo ser recorrida por un grupo minoritario y no se permitió ni la distribución social de las condiciones reales para su ejercicio ni la posibilidad de abrir nuevos focos de resistencia.

La libertad asociada al concepto europeo de liberalismo es restrictiva, pues excluye a quienes no forman parte de su entorno cultural y de la materialidad de sus lógicas sociales. Básicamente, el prejuicio o el error en el que incurre la concepción liberal burguesa sobre derechos humanos es que reduce la capacidad de crear, desarrollar y disfrutar derechos a determinados grupos humanos que defienden su imaginario, negando la posibilidad de su disfrute a otros grupos humanos. Y si la comparte, lo hace delegativamente, como un bien ya obtenido por sus creadores -occidentales liberales, capitalistas y burgueses- que concede a otros. El monopolio de la libertad, de la igualdad y de la dignidad, de lo que significan y cómo se disfrutan es propiedad de la hegemonía estructural lograda por la burguesía. Esto también impide que se abran nuevos procesos con los que poder reinterpretar los valores humanos, conquistar nuevos derechos o actualizar y recuperar viejas demandas.

Retomando el argumento, sería un error pensar que las mismas condiciones del pasado en que surgieron los llamados derechos individuales, permanecen en la actualidad y que nada ha cambiado desde entonces. Las generaciones de derechos humanos parecen que cuestionan esto, pero creo que no se sale del "perfecto" molde inicial. En el interior del propio desarrollo del sistema capitalista, una vez que triunfó la clase burguesa y subió al poder, fueron apareciendo otros colectivos humanos que sufrían otras situaciones de explotación y marginación social. Reaccionaron a su manera, con sus propias especificidades -la clase obrera, las mujeres, los negros...-, pero tuvieron que adaptarse a la manera de institucionalizar y garantizar los derechos establecida por quien controló el poder en todas sus expresiones.

En este sentido, cuando la burguesía se hizo con las riendas del poder no tuvo reparo alguno en enfrentarse al mundo entero para colonizarlo y someter a todo aquel que le salía al paso. En nombre de la ley absoluta del mercado destruyó a las sociedades preburguesas. A las que todavía no lo eran, les declaró guerras justas considerándolas en

16 Ver en este sentido Juan Antonio Senent, *Ignacio Ellacuría y los derechos humanos*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1998; además ver Ignacio Ellacuría, "Historización de los derechos...", op. cit.

rebeldía porque iban en contra de las normas establecidas por el mercado. Todo colectivo, todo grupo y toda persona que no aceptara sus pautas de comportamiento, era indigno de representar a la civilización o fueron tratadas como mayorías a las que se podía y debía oprimir. Asimismo, los diversos agrupamientos humanos (sectores, clases, culturas), se supeditaron a esta forma de asumir y expresar derecho shumanos y con ello, el sujeto concreto y corporal que siempre había cuestionado al poder en sus diversas expresiones, tiende a ser eliminado para ser sustituido por el individuo/ciudadano con facultades universales pero condicionadas a las relaciones utilitarias de la economía con sus correspondientes jerarquías y asimetrías.

Históricamente, siempre han aparecido grupos humanos que se han levantado y han resistido frente a distintas y diversas expresiones del poder. Se trata de múltiples luchas de resistencias con vidas efímeras o más o menos duraderas, cuyos reclamos han tenido finales dispares, con mayores o menores logros y con éxitos de distinto grado de objetivación e institucionalización. Cualquier manifestación popular frente a cualquier manifestación del poder que coarta y ahoga algún aspecto de la dignidad humana en permanente proceso de construcción, ha sido y puede ser un foco importante que tenga algo que aportar a la idea de derechos humanos, principalmente si su lógica de acción tiene el propósito de extender solidaridades, simetrías y horizontalidades. En este caso, dentro del capitalismo aparecen respuestas al sojuzgamiento por el automatismo del mercado que reivindica una subjetividad que les es negada. Múltiples movimientos de resistencia que acompañan las distintas fases de desarrollo del capitalismo cuestionan el valor social y humano. Por desagracia, muchos de ellos, al final, han podido ver negado, retrasado o imposibilitado el reconocimiento constitucional y/o institucional de sus reivindicaciones. Incluso sus demandas han podido ser juzgadas como no factibles.

En este sentido, los derechos de los trabajadores, de las mujeres, de los negros, de los pueblos indígenas, de los homosexuales, de personas con algún tipo de discapacidad, por una mejor calidad de vida (ambientales)… pueden tener procesos de reconocimiento institucionales y normativos posteriores a los derechos individuales pero sus procesos de lucha pueden ser anteriores, simultáneos, sucesivos y con resultados dispares movidos por racionalidades, conflictividades, necesidades y urgencias distintas. No es un problema de generaciones, sino de derechos que surgen ante problemas y racionalidades diversas que luchan por una hegemonía previamente establecida por el grupo social -la burguesía- que consiguió establecer las reglas del juego de cómo dar sentido al concepto de derechos humanos.

De una manera más precisa y clara, Helio Gallardo señala que el imaginario ideológico sobre el que se sustenta las generaciones de derechos humanos designa una sensibilidad socialmente producida que bloquea las posibilidades de conocimiento de los procesos a los que nombra. El sistema sobre el que se basa la organización moderna y capitalista no permite que las luchas que lo cuestionan puedan comunicar e irradiar desde sus particularidades, un horizonte de universalidad conflictivo, más diverso y más plural. Con la emergencia y la consolidación del orden moderno capitalista, han ido surgiendo demandas sociohistóricas (de obreros, indígenas, de mujeres, de gays y lesbianas, medioambientales, de negros, etc.) que o bien han intentado destruir o transformar el sistema. Estas distintas conflictividades forman parte de una estructura de dominación o imperio (la capitalista) que sistemáticamente ha ido bloqueando la materialización del carácter universal y plural de la existencia humana y que se expresa en las distintas versiones de lucha por derechos humanos. Por ello, “la estructura de las

formaciones sociales modernas requiere "inventar" derechos humanos y proclamarlos universalmente, pero sus grupos de poder (expresados en Estados y mercados) asumen que se trata de una propuesta no factible de realizar."[17] Cualquier grupo humano que lucha desde sus particularidades y reivindica derechos surgidos desde sus racionalidades y necesidades, es debilitado, ridiculizado, inferiorizado, atenuado, eliminado o ignorado.

Para terminar, pienso, por lo mencionado arriba, que el movimiento social burgués logró expandir socio-culturalmente su imaginario, su manera de pensar y su ideología. Todos los demás colectivos y grupos humanos se han tenido que adaptar o enfrentar a su modo de ver y estar en la realidad. Convendría analizar con detalle por qué ningún otro grupo ha podido hacer posible un equivalente proceso estructural de transformación y cambio de paradigma hegemónico, igual al que la burguesía en su momento realizó frente al orden medieval. De ahí que se haga urgente y necesario historizar los derechos humanos desde las luchas, los contextos y las condiciones particulares de cada grupo y forma de vida, sin estar condicionados por la visión generacional que solo atiende a reflejos normativos e institucionales vestidos por un sastre que manifiesta una expresión del cuerpo humano pero que no es necesariamente la única ni la que sirve para avanzar en producción de humanidad.

17 Ver Helio Gallardo, "Sobre las `generaciones´ de derechos humanos", op. cit.

A TEORIA DO DIREITO E OS PARADIGMAS POSITVISTAS

Antônio Alberto Machado

Para que servem as teorias? Os filósofos da ciência dizem que elas servem para conhecer e explicar cientificamente a realidade. Isto é, explicar a realidade de forma coerente, lógica e confiável. Enquanto sinônimo de ciência, as teorias são um conjunto de ideias ou de evidências objetivas que permitem dizer, ou predizer, alguma coisa sobre o real. O termo "theorein" vem do grego e significa "enxergar". As teorias, portanto, seriam meios de "enxergar" a realidade cientificamente, isto é, através de uma metodologia rigorosa e sistemática.

As teorias surgem a partir de "hipóteses" formuladas metodologicamente acerca dos objetos e fenômenos reais. Em seguida, essas hipóteses são submetidas à investigação metodológica, sistemática e experimental a fim de que, uma vez confirmadas, possam se transformar em conhecimento cientificamente verdadeiro, ou, pelo menos, confiável. A observação, o teste e o experimento sobre as conclusões teóricas podem levar à confirmação delas, e, dependendo do grau de certeza e confiabilidade, podem chegar até mesmo à formulação das chamadas "leis científicas".

1. OS PARADIGMAS TEÓRICOS

As teorias científicas são elaboradas, testadas e transmitidas dentro de determinados parâmetros, que Thomas Khun chamou de "paradigmas". Os paradigmas definem o campo do saber científico, modelando o objeto da investigação, bem como os procedimentos metodológicos. Eles se constituem num conjunto de referências ou de padrões compartilhados por determinada comunidade científica para elaborar e transmitir o seu sistema de ideias, os postulados, as premissas e as conclusões relacionadas ao objeto e ao método de sua ciência específica.

No campo das ciências naturais (físico-matemáticas), há duas teorias muito populares que ilustram bem a existência e a mudança de paradigmas científicos. Por isso, elas servirão aqui de exemplo. Refiro-me à teoria da gravitação universal de Isaac Newton e à teoria da relatividade de Albert Einstein.

A teoria de Newton, buscando explicar uma das forças da natureza, a gravidade, parte da constatação, feita por Galileu, de que há uma força que provoca a queda dos corpos em direção à Terra. Em seguida, o cientista inglês formulou a hipótese de que os corpos com massa se atraem mutuamente, algo que ocorreria inclusive com os corpos celestes, também eles sujeitos à força da gravidade. Trata-se, portanto, de uma força que provoca a atração mútua das massas, mantém os corpos celestes em órbita, e garante a estrutura e a dinâmica do universo.

Uma vez comprovadas pela observação e pela experiência, essas hipóteses se transformaram na chamada teoria da gravitação universal, dando origem à tão conhecida "lei da gravidade". Com isso, Newton propicia o surgimento dos paradigmas científicos da física moderna, segundo os quais é possível investigar a dinâmica dos corpos e a realidade material com absoluto rigor metodológico. Isto é, por meio da ciência seria possível conhecer e mensurar matematicamente o espaço, o tempo, massa e

energia, bem como a relação entre eles, que estão separados entre si e são idênticos para todos os observadores científicos.

No século XX, porém, o físico alemão Albert Einstein, vai refazer todas essas ideias da física newtoniana sobre o espaço e o tempo, a energia e a massa do universo, procovando uma verdadeira revolução científica. Esse físico, investigando a velocidade e as partículas subatômicas da luz, avança a hipótese, confirmada depois pela experiência e pela observação metodológica, que o espaço e o tempo não são os mesmos para todos os observadores. Isto é, a duração do tempo e as distâncias variam de acordo com a posição do observador, o que deita por terra a ideia de espaço e tempo absolutos que sustentavam, e sustentam ainda, os pilares da física newtoniana. Na sua genialidade, Eisntein "enxergou" teoricamente (*theorein*) e comprovou depois que, de fato, dois observadores, um parado e outro em movimento, são atingidos de formas diferentes pela luz e, portanto, veem a realidade de modo distinto, comprovando também que o tempo não passa da mesma forma para ambos os observadores.

Enquanto a física de Newton apresentava a ideia de espaço absoluto e tempo matemático, separados da massa e da energia, a física de Einstein considera que o espaço e o tempo são relativos e que a massa é uma forma a mais de energia. São exatamente essas ideias do cientista alemão, reunindo espaço, tempo, massa e energia como partes integrantes de um mesmo fenômeno contínuo, e não separado como supunha Newton, que ficaram condensadas naquela conhecidíssima fórmula: $E=mc^2$ (energia é igual à massa vezes a velocidade da luz ao quadrado).

Aqui é claramente perceptível aquilo que Thomas Khun viria chamar de "revolução científica", ou seja, revolução dos paradigmas científicos da física. Os paradigmas da física newtoniana, inteiramente válidos até hoje, servem para explicar a força universal, a relação entre espaço, tempo, massa e energia, bem como a dinâmica dos corpos no "mundo do muito grande e pouco veloz"; já os paradigmas de Einstein, igualmente válidos, explicam esses mesmos elementos da realidade material, bem como a dinâmica das partículas, porém, no "mundo do muito veloz e do muito pequeno", ou seja, o mundo subatômico. Observa-se, pois, que houve uma modificação tanto no objeto quanto no método da física clássica, como se as descobertas de Einstein obrigassem à troca do telescópio e da régua pelo microscópio e pelo acelerador de partículas. Isso implica dizer que a física de Newton e a de Einstein têm "paradigmas" diferentes, isto é, objetos e métodos distintos, mas, ambas se aplicam validamente ao mundo físico-matemático, como se uma fosse o complemento da outra. É interesante observar, sob esse aspecto, que a "duas físicas" tiveram origem em teorias paralelas, ou seja, em modos diferentes de "enxergar" a mesma realidade.

2. OS PARADIGMAS DA TEORIA JURÍDICA

O direito tem também as suas teorias. E elas, da mesma forma, têm os seus objetos e métodos destinados a explicar a realidade do direito. Isto é, as teorias jurídicas têm também os seus paradigmas. Porém, como o direito é uma ciência social aplicada, que não se resume à mera descrição da realidade mas interfere nela, as teorias jurídicas têm de enfrentar inevitavelmente dois problemas adicionais: o problema da legitimidade e o da finalidade do direito. Logo, além dos paradigmas científicos relacionados ao objeto e ao método, que permitem investigar a natureza do fenômeno jurídico, as teorias jurídicas são obrigadas a definir os paradigmas filosófico e

político, com os quais tentarão resolver, respectivamente, os problemas da legitimidade e da finalidade do direito.

Pois bem, as teorias do direito, como qualquer teoria científica, são elaboradas também no terreno e nos limites dos paradigmas. De fato, as teorias jurídicas têm os seus próprios paradigmas científicos (objeto e método). Mas, como vimos, necessitam também dos paradigmas filosófico e político, pois, além da natureza do direito, a ciência jurídica deve explicar o seu fundamento de validade (legitimidade) e os seus fins (eficácia).

Os paradigmas da teoria jurídica têm a função de delimitar e estabelecer parâmetros para a interpretação e aplicação do direito e para a investigação teórica, além de definir o imaginário e as atitudes práticas dos juristas. Assim, os paradigmas científicos (objeto e método), político e filosófico, condicionam toda a produção teórica e dogmática da ciência jurídica, bem como a dimensão aplicada dessa ciência, definindo inclusive os fundamentos e as finalidades do direito.

Ocorre que, as várias teorias do direito que procuram explicar-lhe a natureza, o fundamento legítimo e as finalidades, são correntes doutrinárias definidas apenas por dois ramos paradigmáticos do pensamento jurídico ocidental: o jusnaturalismo e o juspositivismo. Vale dizer, as muitas variantes teóricas do direito têm os seus paradigmas (científico, filosófico e político) definidos ora pela teoria do direito natural ora pela teoria do direito positivo. É justamente por isso que o jurista Roberto Lyra Filho dizia que a filosofia do direito é binária, maniqueísta, pois ela segue oscilando, como um pêndulo, entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, como se fora dessas duas vertentes filosóficas não fosse possível pensar o fenômeno jurídico.

A mais antiga das teorias do direito é o jusnaturalismo. Ela procura explicar o fenômeno jurídico, sua origem e seu fundamento de validade, através da existência de uma ordem superior de normas – eternas e universais – ora inscrita na ordem cósmica, ora revelada por Deus, ora insculpida na natureza ou na razão humanas. Daí falar-se num direito natural de fundo cosmológico, teológico, antropológico e racional. O jusnaturalismo, desde a Antiguidade Clássica com os estoicos, atravessou séculos e chega ao século XXI influenciando fortemente a filosofia do direito. Várias correntes do pensamento jurídico contemporâneo, pese embora a influência acentuada do positivismo, ainda guardam traços evidentes da filosofia jusnaturalista, especialmente aquelas escolas que destacam as dimensões éticas do direito e a ideia de sistema jurídico.

Os paradigmas do direito natural são bem evidentes. No campo dos *paradigmas científicos*, o objeto da teoria jurídica é o "conjunto de normas superiores, eternas, universais". E como tais normas são reveladas (pelo cosmos, por Deus, pela natureza ou pela razão humanas), a metodologia tem de ser necessariamente de caráter dedutivo, já que a ordem jurídico-positiva também é deduzida das normas eternas e superiores. O *paradigma filosófico*, de matiz racionalista (platônico-cartesiano-kantiano), explica a validade e a legitimidade do direito com um argumento metafísico, isto é, o direito vale porque advém da vontade divina, da natureza humana ou da própria razão. E o *paradigma político* busca explicar a eficácia e as finalidades do direito, que são extamente a manutenção da ordem social com base nos valores vigentes: regime de castas na Antiguidade, feudalismo na Idade Média, e liberalismo na Modernidade.

Na modernidade, portanto após a revolução burguesa, a ideologia jusnaturalista viria a ser confrontada no século XIX pela Escola da Exegese, primeira corrente de

matiz genuinamente positivista. Essa escola propõe a identificação do direito com a lei escrita, cuja interpretação deveria ser feita unicamente pelo método gramatical, à maneira das concepções jurídicas medievais, quando os glosadores especialmente autorizados identificavam o direito com o *Corpus Juris Civilis* e buscavam interpretar pura e simplesmente a literalidade da lei. Portanto, os *paradigmas científicos* do juspositivismo se estabelecem da seguinte forma: a lei escrita é o objeto da ciência jurídica; o método gramatical é o único caminho para a obtenção do conhecimento jurídico.

O *paradigma filosófico* do juspositivismo, dado o formalismo abstrato do objeto da ciência do direito, pois a lei é um conjunto de formalidades abstratas, segue sendo a matriz racionalista (platônica-cartesiana-kantiana) e faz repousar a validade e legitimidade do direito na vontade estatal. O *paradigma político* explica a eficácia e os fins do direito, obviamente, com base nos valores liberais, isto é, os valores que também definem a eficácia e as finalidades do estado moderno, colocando a manutenção da ordem burguesa como objetivo ou fim supremo.

3. VARIAÇÕES DO PARADIGMA JUSPOSITIVISTA

São muitas as variantes teóricas do juspositivismo. Porém, todas elas exibem uma enorme semelhança e às vezes até mesmo uma identidade de objetos e métodos, o que as qualifica como teorias de uma mesma "família".

Dentre as várias terorias positivistas, pode-se citar: a corrente seminal da Exegese, o historicismo jurídico, o sociologismo, o normativismo de Kelsen e de Hart, o raciovitalismo e as teorias culturalistas de Recaséns Siches, a teoria egológica de Carlos Cóssio, o chamado pós-positvismo com a sua metodologia da argumentação, bem como algumas outras correntes de menor expressão no universo do conhecimento jurídico. Não obstante essas variações teóricas, o fato é que todas essas correntes tendem a reproduzir os mesmos paradigmas do juspositivismo e, por isso, não representam grande avanço em termos teóricos, muito menos uma "revolução" científica no campo do direito. Verdadeira inovação científica haveria, tal como aquela que ocorreu com a subversão da física newtoniana pelos paradigmas da teoria da relatividade de Einstein, somente se ocorresse deveras a superação dos paradigmas científicos, político e filosófico do juspositivismo, o que, até o presente momento, definitivamente não ocorreu.

Pois bem, e quais seriam então os paradigmas do juspositivismo na atualidade? O paradigma científico define ora a *lei* ora a *norma* jurídica como os únicos objetos da ciência do direito; e o método para captar as estruturas formais da normatividade (vigência, validade e eficácia), naturalmente, deve ser um método de estilo *lógico-formal*. O paradigma filosófico tem forte influência da *filosofia analítica* (Ludwig Wittgenstein), capaz de conferir fundamento de validade ao direito e ao pensamento jurídico pela compreensão das estruturas linguísticas da lei e das normas. Já o paradigma político, na modernidade capitalista, não poderia ser outro senão o *liberalismo*.

As "escolas", "correntes", "ideologias" ou "teorias" positivistas, desde a Escola da Exegese (Napoleônica), passando pelos normativismos de Kelsen e Hart, pelos culturalismos jurídicos (teoria tridimensional e teoria egológica), seguindo-se o pós e o neopositivismo com a teoria da argumentação iniciada por Perelman, Viehweg e

Dworkin, continuada por Neil MacCormick, Robert Alexy, Manuel Atienza e outros, compõem o que se pode chamar de "bloco positivista". As teorias sustentadas por esses diferentes autores e correntes têm cada uma as suas próprias nuances, que as distingue umas das outras, mas todas elas exibem um núcleo de postulados comuns, ou de premissas semelhantes, o que as torna partes de um mesmo "bloco".

As premissas ou postulados do "bloco positivista" estão definidos ou condicionados por um grupo de paradigmas (científico, político e filosófico) que dão as condições do pensamento de cada "corrente" ou teoria, garantindo-lhes um padrão, uma certa homogeneidade. Esse grupo de paradigmas juspositivista chamarei de "campo paradigmático", dentro do qual se movem cada uma das vertentes teóricas do positivismo. E é justamente esse "campo paradigmático" que "aprisiona" o pensamento jurídico-positivista e estabelece limites para o seu avanço, o que qualifica esse pensamento, em todas as suas nuances, mesmo as mais avançadas e aparentamente progressistas, como é o caso das novas teorias do chamado pós-positivismo, como um pensamento conservador. No máximo, o que as novas teorias conseguem produzir, mesmo as de vanguarda, é apenas uma mutação no positivismo, não a sua transcendência ou superação.

A superação do positivismo jurídico - que muitos já dão equivocadamente como superado -, só poderá ocorrer se a teoria do direito conseguir superar também os limites impostos pelo "campo paradigmático" tradicional (positivista), isto é, se conseguir colocar-se para além dos paradigmas do legalismo liberal, que concebe o direito como pura LEI ou NORMA; elege o método de natureza LÓGICO-FORMAL; assume a exclusividade da ideologia política do LIBERALISMO; e tem no RACIONALISMO ANALÍTICO a única matriz do conhecimento jurídico-filosófico. Esses quatro elementos que formam o paradigma tradicional - (1) NORMA, (2) método LÓGICO-FORMAL, (3) ideologia política LIBERAL e (4) filosofia RACIONAL-ANALÍTICA -, compõem o que chamarei aqui de "quadrado paradigmático", isto é, um campo teórico que funciona como uma espécie de "cativeiro positivista", onde "caiu" e permanece "enclausurado" o pensamento jurídico moderno, bem como as teorias contemporâneas que se dizem pós-modernas.

A verdade é que, as muitas variantes da teoria juspositivista não conseguem superar os paradigmas tradicionais justamente porque esses paradigmas são definidos pela lógica e pela dinâmica da sociedade moderna, capitalista. Isto é, os paradigmas do juspositivismo têm as suas raízes fincadas na ordem do capitalismo. Ou, por outros termos, o positivismo é mesmo a ideologia jurídica da sociedade burguesa. Tal significa dizer que, dentro da ordem burguesa capitalista a ideologia jurídica jamais conseguirá subverter ou superar os paradigmas do juspositivismo. Logo, toda corrente do pensamento jurídico, por mais sofisticada que seja, está mesmo fadada a reproduzir os paradigmas tradicionais, de forma repetitiva e, portanto, conservadora.

Esse "campo" ou "quadrado paradigmático" do positivismo é certamente o conjunto de ideais que propiciou a formação do chamado "senso comum teórico do jurista" (Warat), ou seja, o conjunto de ideias padronizadas (*standarts*) acerca de questões teóricas básicas tais como a própria noção de direito, o seu fundamento de validade, os seus fins, a legitimidade e a eficácia.

E é justamente esse "senso comum teórico" que produz, de forma paradoxal, duas reações aparentemente opostas na cultura jurídico-positivista. Primeiro, provoca a sensação de que as questões fundamentais do direito – como os referidos problemas da

definição, da legitimidade, da validade, da eficácia e dos fins -, já estão resolvidas, portanto, não carecem de maiores indagações ou de investigações teóricas mais aprofundadas. E talvez por isso mesmo, produz também a sensação de que a teoria é absolutamente dispensável, isto é, a prática do direito pode prescindir perfeitamente de qualquer posicionamento teórico acerca das questões fundamentais do fenômeno jurídico. Quer dizer, os técnicos aplicadores do direito não necessitam de posicionamentos teóricos prévios para o exercício da sua prática jurídica (praxe), basta-lhes os cânones do positivismo ("senso comum jurídico"), fornecidos pelo mencionado "quadrado paradigmático".

4. TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO E NA SUA TEORIA

Todavia, mesmo dentro da ordem burguesa, mantidas as condições sócio-econômicas e políticas do capitalismo, é natural que o direito experimente algumas transformações. E é natural também que essas transformações reflitam e tenham algum impacto na teoria jurídica.

Na modernidade, talvez a transformação mais importante ocorrida no direito, com implicações relevantes na sua teoria, tenha sido a emergência e o desenvolvimento do direito público. O surgimento desse ramo obrigou à adaptação de inúmeros conceitos operativos da teoria do direito privado para a solução dos problemas típicos das relações publicísticas. Porém, essa adaptação se deu de forma quase que natural, evolutiva, sem grandes "saltos" rupturais na teoria jurídica, de modo que os conceitos e a metodologia do direito privado e do novo direito público passaram a conviver lado a lado, pacificamente, quase que confundidos um no outro.

Essa adaptação foi possível porque categorias centrais da teoria do direito privado, como a noção de relação jurídica, de direito subjetivo, de sujeito de direito, bens e interesse, puderam se aplicar perfeitamente às relações em que passou a haver a presença do Estado, isto é, às relações de direito público. Desse modo, o Estado, como novo sujeito de direito, passou apenas a ocupar a posição que antes era ocupada pelo indivíduo na relação jurídica e nas relações de direito subjetivo, isto é, uma posição individualista, constituindo-se num novo sujeito de direito, adaptado simetricamente a todas essas antigas categorias da teoria jurídica.

Mais problemática, porém, são as novas transformações do direito neste final de século XX e começo do XXI, com a (1) emergência dos chamados direitos transindividuais, (2) dos sujeitos coletivos, (3) das demandas coletivas, (3) dos conflitos de massas e da (5) prevalência dos direitos fundamentais.

Essas transformações exigirão novos esforços teóricos e novas adaptações/transformações na teoria do direito, talvez num nível mais profundo, porque essas novas realidades jurídicas não se adaptam facilmente às categorias tradicionais da teoria jurídica, como as categorias da relação jurídica, do sujeito de direitos e do direito subjetivo. Além do que, a notória carga política da realidade contemporânea impõe uma revisão necessária das posturas juridicistas/positivistas, isto é, posturas legalistas, o que pode obrigar também a uma revisão dos paradigmas da ciência jurídica, tanto os científicos quanto o filosófico e o político.

O campo dos direitos fundamentais seria um campo muito fértil para a emergência de uma teoria jurídica inovadora, se não "revolucionária", pelo menos capaz de problematizar os tradicionais paradigmas do direito liberal burguês, tendo em vista o

caráter principiológico e o potencial claramente "subversivo" dos direitos humanos (Oscar Corrêas), especialmente os direitos humanos fundamentais de segunda e terceira gerações.

Porém, uma revisão ruptural dos paradigmas tradicionais (positivistas), que pudesse significar verdadeira "revolução científica" no sentido em que a entendeu Thomas Khun, é algo pouco provável, até porque os juristas não têm a tradição nem o ímpeto de afrontar os paradigmas da ordem vigente, mesmo que essa ordem seja injusta e, portanto, ilegítima.

É precisamente esse "aprisionamento" de uma teoria dos direitos fundamentais no "campo paradigmático" juspositivista que impede a construção de novos paradigmas teóricos, capazes de assegurar a efetividade (eficácia social) "intensiva" e "extensiva" dos direitos básicos do homem na sociedade burguesa, o que confere a essa categoria de direitos um efeito apenas "encantatório", isto é, ilusionista, retórico e vazio.

Seja como for, o fato é que as transformações do direito antes mencionadas – emergência dos direitos transindividuais, dos sujeitos coletivos, das demandas coletivas, dos conflitos de massas e a prevalência dos direitos fundamentais -, propiciam o surgimento de uma teoria jurídica inovadora. Uma teoria com potencial, quem sabe, para ir além dos paradigmas tradicionais do legalismo normativista, do método lógico-formal, da filosofia racional analítica e do liberalismo. Assim como a mecânica e a física clássica de Newton convivem perfeitamente com a mecânica e a física quântica de Einstein, e permanecem válidas diante de uma mesma realidade, também no direito talvez se pudesse imaginar uma "outra teoria", não clássica nem positivista, mas igualmente válida, aplicável à mesma realidade (liberal burguesa), porém numa outra dimensão, ou numa outra direção.

Avanço a hipótese de que o impacto produzido pela emergência dos direitos fundamentais, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, é um fenômeno suficiente para provocar mudanças nos paradigmas teóricos da ciência jurídica. Além disso, avanço a ideia de que a efetividade "extensiva" e "intensiva" (eficácia social) dos direitos humanos fundamentais depende do desenvolvimento desses novos paradigmas teóricos em substituição ao "quadrado paradigmático" do positivismo.

Os paradigmas tradicionais proporcionam uma concepção exclusivamente normativista/judicialista dos direitos fundamentais (norma); um conhecimento abstrato e formalista desse ramo do direito (método lógico-formal); estabelecem funções e objetivos predominantemente individualistas (liberalismo) para esses direitos; e partem de um fundamento idealista e a-histórico (neokantismo, cartesianismo e filosofia analítica).

Por isso, é importante verificar se há condições objetivas (históricas) para a emergência de novos paradigmas que apontem uma concepção processual e construtiva dos direitos fundamentais (fenômeno complexo e multidimensional); que proporcionem o conhecimento concreto de todas as dimensões históricas desses direitos por meio de uma metodologia interdisciplinar e dialética; que indiquem as funções e os objetivos capazes de assegurar a dignidade humana pela efetividade dos direitos básicos, bem como a partilha e até a transferência de poder que assegura as diversas formas de dominação na sociedade capitalista (socialismo); e que, por fim, consiga incorporar a realidade histórica de que a construção dos direitos fundamentais se dá a partir da ação prática e das lutas sociais (filosofia da praxis).

TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS: CRIMES SEXUAIS.

Paulo César Corrêa Borges[*]

I - INTRODUÇÃO

A cultura juridica brasileira não tem como romper em definitivo com as suas fontes européias, porquanto sua construção foi o resultado das influências daquela cultura por vários séculos, como lembram João Cruz Costa (1950) e Dante Moreira Leite (2007 : 403-4). Analisando a obra de Cruz Costa, Leite destaca que se a cultura brasileira não pode ser genuinamente brasileira, também não pode ser indiferente às peculiaridades nacionais.

Assim, Cruz Costa propõe a utilização da cultura européia como referencial para a compreensão da sociedade brasileira, objeto de estudo ou reflexão filosófica. Arrematando Leite (2007 : 405) que aquela tese enseja a consideração do pensamento brasileiro como uma forma de correção da visão etnocentrica, segundo a qual os pensamentos filosóficos europeus teriam validade universal, para todos os homens, quando apenas é válida para o homem europeu.

II –CRIMES SEXUAIS NO BRASIL

Os crimes sexuais, até poucos anos atrás, tiveram um tratamento normativo, no Brasil, apenas sob o prisma machista de que a sexualidade feminina deveria ser tutelada em função dos interesses masculinos, notadamente considerando a mulher o "sexo frágil", que deveria ser protegido, como objeto a ser apropriado pelo homem.

A discriminação de gênero ficou escancarada na legislação penal brasileira, ao longo de sua evolução histórica, materializada em distinção da proteção da sexualidade feminina, apenas quando se tratasse de mulher "honesta"; por vezes dando ênfase à virgindade feminina; tutelando no estupro a liberdade sexual, mas apenas quando cometido contra a mulher e praticada por homem; presumindo a violência, no caso da conjunção carnal, apenas quando fosse menina com menos de catorze anos, não o fazendo em relação ao menino com a mesma idade --- como que admitindo a iniciação sexual deste mesmo antes do início da adolescência; enfim, definindo crimes como "sedução" apenas em relação à mulher, sem a mesma preocupação e com as mesmas consequência em relação ao homem, porquanto a proteção da livre disposição da sexualidade foi estabelecida sob o prisma patriarcal e machista.

II.1 - Ordenações Filipinas

O Livro V das Ordenações Filipinas foi a primeira legislação penal que efetivamente foi aplicada desde os primórdios do domínio português no Brasil, sendo

[*] Professor Assistente-Doutor de Direito Penal da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Universidade Estadual Paulista; Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP; membro do MMPD, IBCCRIM; e Líder do NETPDH – Núcleo de Estudos da Tutela Penal dos Direitos Humanos.

definido na doutrina como o "Código das Monstruosidades" ou "Livro Terrível", retratando a estrutura da sociedade que ensejou o seu surgimento e transposição da Europa para o Brasil:

> Uma sociedade essencialmente desigualitária e beata, organizada a partir do poder absolute do monarca e na qual o homem era apenas uma peça o organism social. O tratamento punitivo diferenciado, privilegiando os estratos superiores da hierarquia social, mostra a fisionomia desigualitária. A brutalidade das punições aos hereges, apóstatas e feiticeiros expõe a face beata da sociedade ibérica dos tempos de Felipe II… O Código Filipino, a rigor, é o retrato --- como as demais ordenações européias de seu tempo --- de um tipo de sociedade que constitui uma página negra da história da humanidade. (LUISI, 2001: 7).

Aníbal Bruno enfatiza o caráter horrendo das Ordenações, que repete muitas vezes o "morra por ello"; lembra que, no caso de sodomia, inexistia preocupação com o princípio da responsabilidade pessoal, pois havia a *"Transmissão da infâmia aos descendentes..."*; e até a possibilidade da aplicação da pena de morte em condenações de menores de idade, segundo o crime e o arbítrio do juiz (BRUNO, 1959 : 160-1).

A homofobia nas Ordenações Filipinas era patente, pois no Título XIII punia os que "cometiam pecado de sodomia", com pena de morte na fogueira e infâmia aos descendentes. Para tanto, incentivava a delação por terceiros, que ficariam com metade dos bens do condenado. Para tanto, garantia-se o sigilo da testemunha, inclusive sem fornecer o seu nome, segundo o arbítrio do julgador.

Importante destacar que não se perquiria sobre eventual constrangimento ilegal para a prática homossexual, punindo simplesmente o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, tanto entre homens, como entre mulheres, sob a rubrica de sodomia.

O estupro heterosexual estava previsto, no Título XVIII, com previsão de pena de morte, porém a definição do crime alcança apenas o homem como autor do crime e a mulher como vítima. Expressamente, aquela legislação determinava a aplicação da pena de morte, mesmo que houvesse o casamento com a vítima, diante de seu consentimento posterior ao crime. No caso de sedução, havia previsão de degredo para as classes superiores, mas morte para os de "menor condição".

Embora no nordeste brasileiro, após 1630, tenha ocorrido a dominação holandesa por quase um quarto de século, afastando daquele território, naquele período, a aplicação da legislação portuguesa, até expulsão dos holandeses, as normas penais das Ordenações Filipinas foram aplicadas no Brasil por mais de dois séculos, com vigência de 1603, até o advento do Código do Império, em 1830.

Enquanto na Europa as teorias enciclopedistas eram aplicadas, naquela época, na área criminal, surgiu o livro de Beccaria (1764), podendo ser este periodo classificado como pré-liberalismo (THOMPSON, 1976 : 104).

Referido período foi marcado pelo predomínio do patriarcalismo, do despotismo, do beatismo e pela completa ausência dos postulados trazidos pelo Iluminismo, e bem se aplicam as críticas formuladas por Beccaria, em seu livro Dos delitos e das penas.

Neste sentido, analisando a sexualidade feminina no Brasil-Colônia, através da arte da sedução, Emanuel Araújo (2008 : 45) afirma que:

> Das leis do Estado e da Igreja, com frequência bastante duras, à vigilância inquieta de pais, irmãos, tios, tutores, e à coerção informal, mas forte, de velhos costumes misóginos, tudo confluía para o meo objetivo: abafar a sexualidade feminine que, ao rebentar as amarras, ameaçava o equilíbrio domestico, a segurança do grupo social e a própria ordem das instituições civis e eclesiásticas.

Em 1641, os vereadores da Câmara Municipal de Salvador registraram um alarme quanto ao fato de que as escravas estavam se vestindo com tamanha gala – como se vestiam as escravas prostitutas, para atrair os homens e, assim, sustentarem seus senhores – que muitos homens casados estavam deixando suas esposas e a fazenda perecia (ARAÚJO, 2008 : 56). Da mesma forma, há registros de que as prostitutas brancas se vestiam bem e bonito, mas às vezes se excediam, que o governador da Capitania de Minas Gerais, Conde de Galveias, quis explusar do Serro do Frio o "grande número de mulheres desonestas" (ARAÚJO, 2008 : 57).

As prisões do Santo Ofício foram abarrotadas com indivíduos que mantinham relações extraconjugais, que punham em dúvida a excelência e a primazia do estado clerical de castidade, que se casavam mais de uma vez na igreja, quando o primeiro cônjuge ainda estava vivo, entretanto, destaca Ronaldo Vainfas (2008 : 117) que

> […] entre todos esses desvios de conduta transformados em erros de crença, talvez o mais importante – ou pelo menos o mais violentamente perseguido – tenha sido a sodomia, também chamada de `abominável pecado nefando'.

II.2 - Código Criminal de 1830

Após a vinda da Família Real portuguesa para o Brasil, em 1808, pouca alteração houve em relação à aplicação das Ordenações Filipinas. Proclamada a Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, o Imperador D. Pedro I abriu os trabalhos da Assembléia Nacional Legislativa Constituinte, em 4 de março de 1823, mas dissolveu-a em 12 de novembro de 1823. Pela Carta de Lei de 25 de março de 1824, o Imperador outorgou a Constituição do Império, em cujo artigo 179 estabeleceu diretrizes alterando o sistema penal, as quais deveriam ser observadas pelo legislador ordinário.

A Constituição de 1824 acolheu as idéias de Jeremias Bentham sobre a utilidade que deve orientar os sistemas legislativos, estabelecendo no referido artigo 179, inciso II que *"Nenhuma lei sera estabelecida sem utilidade pública"*. No inciso III, foi fixado o princípio da irretroatividade da lei penal; no inciso XIII, estabeleceu o princípio da igualdade penal, quanto à proteção, como quanto à punição; no inciso XIX, aboliu as penas cruéis, mencionando os açoites, a tortura e a marca de ferro quente; no inciso XX, fixou o princípio da personalidade, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do delinquente; e, enfim, o inciso XXI, determinou que as cadeias deveriam ser limpas e bem arejadas, com distintos estabelecimentos para separação dos presos, conforme suas circunstâncias pessoias e a natureza dos crimes cometidos.

A concepção liberal da Constituição de 1824 retratou as idéias iluministas e estabeleceu as diretrizes que foram incorporadas no Código Criminal de 1830.

Inicialmente, foram apresentados dois projetos de Código Criminal, respectivamente de autoria de Bernardo Pereira de Vasconcellos e de Clemente Pereira, sendo certo que as comissões que foram designadas deram prevalência ao primeiro.

Em decorrência disto, merece destaque a circunstância de que Bernardo Pereira de Vasconcellos tinha formação ideologica liberal, apesar de assimilar as concepções escravocratas daquele período, uma vez que era formado em Direito, por Coimbra, onde foi aluno de Pascoal de Mello Freire e recebeu o influxo da obra de Beccaria. Além disso, o seu projeto apresentava aspectos da concepção kantiana sobre a pena, mas predominavam as idéias de Jeremias Bentham, no sentido de que a pena deve considererar a sensibilidade dos delinquents e, por isso, para o mesmo delito a pena deve ser distinta para os co-autores (PIERANGELI, 2001: 66).

A primeira Comissão chegou a analisar uma tradução do Projeto de Código Penal para a Lousiana, posteriormente incorporada aos Estados Unidos da América do Norte (PIERANGELI, 2001 : 67).

Dois modelos influíram na elaboração do Código de 1830: a) Projeto de Pascoal José de Mello Freire, entregue ao governo português em 1786; e, b) Projeto de Edward Livingston, destinado à Louisiana e apresentado em 1825.

Conforme ensina Pierangeli, Mello Freire formou-se (2001: 68):

> […] nas mais puras concepções iluministas… sofreu extrema influência de Beccaria, Filangieri, Grócio, Pufendorf, Montesquieu, Voltaire, Püttman, Paulo Rizzi, Felipe Maria Renazzi, Blackstone, Servant, Bentham, entre outros, muitos dos quais vêm citados na apresentação de seu Projeto de Código Criminal, onde ele dá uma clara idéia da sua formação cultural e da tendência iluminista que orientava o seu trabalho e a sua obra, em geral.

Por outro lado, o trabalho de Edward Livingstone tinha um cunho pragmático e equilibrado, apesar de assimilar as idéias utilitaristas de Bentham e, ao mesmo tempo, mitigá-las com a adoção de critérios jusnaturalistas e idealistas (PIERANGELI, 2001 : 70). Além da pena de morte, propugnou a eliminação das penas infamantes ou estigmatizantes. É bem verdade, também, que sofreu influência do Código da Baviera, de 1813, também conhecido como Código de Feuerbach, principalmente quanto à presunção de dolo e ao erro de execução.

Em 16 de dezembro de 1830, foi promulgado o Código Criminal do Império, mantendo-se as penas de morte e de galés para os crimes comuns, sob o patrocínio da bancada conservadora, que venceu por maioria de votos quanto a tais penas (PIERANGELI, 2001: 67-8), apesar de toda a influência iluminista e utilitarista.

Diversos doutrinadores como José Henrique Pierangeli, Luis Jiménez de Asúa e José A. Sainz Cantero destacam a influência do Código Penal brasileiro de 1830 no Código Penal espanhol de 1850 e nas diversas codificações da América Latina (PIERANGELI, 2001: 73).

Quanto aos delitos sexuais, o Código Criminal agrupou-os na Seção I, denominada "Estupro", do Capítulo II – Dos crimes contra a segurança da honra. Confundia-se os delitos contra a liberdade sexual como violação da honra.

A tutela da virgindade atendia à concepção machista da época, tanto que instituiu-se como crime o defloramento da mulher virgem, menor de dezessete anos, sem qualquer exigência de o fosse realizado mediante violência real ou fictícia. A punição era de desterro da comarca, de um a três anos, mais a entrega de um dote à mulher. Contudo, o casamento afastava as punições, pois a mulher não seria rejeitada

por outro homem, posto que não aceitaria casar-se com mulher deflorada. A virgindade era um requisito exigido pelos homens, para aceitarem casar-se.

O estupro era previsto apenas como uma violência sexual praticada pelo homem contra a mulher, mas para que houvesse a caracterização do crime e a punição com prisão de três a doze anos, mais um dote para a vítima, a mulher tinha que ser "honesta". Se fosse prostituta a vítima a punição era de apenas um mês a dois anos. Da mesma forma que o estupro-defloramento, o casamento com a vítima afastava a punição.

Virgindade, dote, distinção entre mulher honesta e prostituta, e casamento do réu com a vítima, evidenciam o patriarcalismo e androcentrismo vigentes à época e enfatizavam a forma como se tratava as violações da livre disposição da própria sexualidade e da dominação do homem em relação à mulher, sendo relevante verificar que aquela legislação penal não previa a punição do constrangimento ilegal, para a prática de ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, como no relacionamento homossexual forçado, mediante violência ou ameaça.

Tais formas de discriminação sexual instituídas na própria legislação tornam clara que a igualdade preconizada desde a Constituição de 1824, até o Código Penal de 1830, não eram materializadas na prática, conquanto tivessem sido inspiradas aquelas legislações nas idéias iluministas.

II.3 –Código Penal de 1890

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, o Ministro da Justiça, Campos Salles, incumbiu João Batista Pereira de preparar um novo Código Penal, dando prosseguimento nos trabalhos que estavam sendo realizados desde antes da mudança da ordem juridico-política no país. O Projeto elaborado foi adotado, por meio do Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, pouco depois que o Decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890, aboliu a pena de galés, reduziu as penas perpétuas a 30 anos, mandou computar a prisão preventiva na execução da pena (detração) e estabeleceu a prescrição das penas (PIERANGELI, 2001 : 74), seguindo os postulados iluministas.

Magalhães Noronha revelou-se pasmo diante do título referente aos delitos sexuais "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor", agrupando os crimes contra a honra das famílias, o estupro de meretriz, o lenocínio etc. (NORONHA, 1978: 69).

Houve nítida influência do Código italiano de 1889, o Código Zanardelli, e do Código argentino de 1886, baseado no Projeto de Tejedor (PIERANGELI, 2001 : 77).

Aquele Código italiano, importante destacar, sofreu duras críticas de Lombroso e de outros positivistas, que, desde logo pleiteavam a sua reforma, surgindo um grande número de leis extravagantes, que se fundamentava na "Terza Scuola e na Escola Positiva" (PIERANGELI, 2001: 77), que prevaleciam na doutrina da época.

Surgiu, então, no Código Penal de 1890, dentre os delitos sexuais, o crime de violência carnal, definido como o atentado contra o pudor de pessoa "de um, ou de outro sexo", por meio de violência ou ameaças, com prisão de um a seis anos, ao lado do crime de defloramento de menor de idade, por meio da sedução, engano ou fraude, com pena de um a quatro anos e, bem assim, ao lado do estupro, definido como o abuso, com violência, de uma mulher, virgem ou não, mas com punições distintas para os casos de mulher "honesta" e mulher "pública ou prostituta". Permaneceu o dote, como pena adicional.

O casamento do réu com a vítima, também era hipótese de exclusão da punição. Nessa legislação criou-se a presunção de violência, em relação à vítima menor de 16 anos; o aumento de pena por circunstâncias pessoais do acusado (ministro religioso, casado, criado ou domestico da ofendida, ascendente, irmão ou cunhado, tutor, curador etc.; e, também fez-se a distinção entre a ação penal pública e privada, segundo estivesse, ou não, presente o abuso do pátrio poder, pobreza da vítima, resultado morte ou perigo de morte ou lesões graves.

Subsistiram, então, o patriarcalismo e o androcentrismo, apesar dos avanços na tutela da liberdade sexual, como na definição do atentado violento ao pudor.

Neste período, com a consolidação do capitalismo e o incremento da vida urbana, houve a ascensão da burguesia, o surgimento de uma nova mentalidade (D'INCAO, 2008: 223) e surgiu uma nova mulher nas relações da família burguesa, dedicada à maternidade e à intimidade familiar, como relata Maria Ângela D'Incao (2008 : 239): "O ideal da maternidade dedicada, cultivado pela família burguesa, marca presence em publicações para mulheres, romances e obras de arte do final do Século XIX e das primeiras décadas do XX".

Durante a *Belle Époque,* a nova ordem burguesa, a modernização e a higienização do país passaram a pautar as ações dos grupos dominantes (SOIBET, 2008: 362-3), no Brasil, inclusive sob a influência de Cesare Lombroso, a partir do final do Século XIX, que

> […] argumentava que as leis contra o adultério só deveriam atingir a mulher não predisposta pela natureza para esse tipo de comportamento. Aquelas dotadas de erotismo intenso e forte inteligência… Constituíam-se nas criminosas natas, nas prostitutas e nas loucas que deveriam ser afastadas do convívio social.

Pelo Código Penal de 1890, apenas a mulher era penalizada pelo crime de adultério, enquanto o homem seria adúltero se possuísse concubina.

As mulheres das classes médias e alta passaram a se vestir segundo os padrões da moda francesa, abandonando as roupas sóbrias e sisudas (RAGO, 2008 : 586). Assim, Rachel Soibet (2008 : 366) enfatizou que, no início do Século XX,

> […] além das tentativas de 'reajustamento social' das mulheres dos segmentos populares, havia a preocupação de que adquirissem um comportamento 'próprio para mulheres' […] Fato que facilitava a repressão e a arbitrariedade policial […]

Ainda nas primeiras décadas do Século XX, diversos artigos da imprensa operária denunciavam ataques sexuais de contramestres e patrões contra as mulheres trabalhadoras que, ao lado de crianças, constituíam grande parte do proletariado (RAGO, 2008: 578).

II.4 –Código Penal de 1940

A Consolidação das Leis Penais de 1932 de autoria do Desembargador Vicente Piragibe nada alterou quanto ao regime jurídicos dos crimes sexuais, como se encontravam no Código Penal de 1890.

Sobrevindo o Estado Novo, com a ditadura instalada a partir de 1937, o Presidente Getúlio Vargas outorgou a Constituição dictatorial, em 10 de novembro de 1937, que também foi apelidada de Constituição Polaca, adotando o modelo Polonês, sob Pilsudzki. Seguia, bem assim, os modelos totalitários da Europa, com traços facistas da época, quando estavam no auge a Alemanha de Hitler, a Itália de Mussolini, Portugal de Salazar, Espanha de Franco, Romênia de Antonescu e Hungria de Horthy. Portanto, a Constituição de 1937 rompeu com o liberalismo das Constituições imperial de 1824 e republicana de 1890.

O Ministro Francisco Campos incumbiu Alcântara Machado de elaborar um projeto de Código Penal, que foi apresentado em abril de 1940, mas que não se converteu em lei, sendo submetido a revisão por uma comissão composta por Vieira Braga, Nélson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, sob a presidência de Francisco Campos (PIERANGELI, 2001 : 78).

Na exposição de motivos do projeto de Alcântara Machado foram reproduzidas advertências de Enrico Ferri, sobre o projeto italiano de 1920, e de Euzébio Gómez e Jorge Coll, estes em relação ao projeto de Código argentino de 1937.

Na Itália, o projeto de Ferri de 1920 não logrou aprovação legislativa, prevalecendo as idéias positivistas, com o Código italiano de 1930, resultado do trabalho de Manzini, Massari e Rocco, que substituiu o Código italiano de 1890, tendo valorizado "extraordinariamente as mais significativas propostas" da Escola Positiva (PIERANGELI, 2001 : 77-8), o qual tornou-se o referencial para o Código brasileiro subsequente.

O Código Penal brasileiro foi aprovado pelo Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, entrando em vigor em 1º. de janeiro de 1942. A doutrina brasileira tem afirmado que o Código Penal de 1940, cuja parte especial ainda está em vigor, relativa aos crimes em espécie, com alterações pontuais, seria eclético.

Na própria Exposição de Motivos, publicada no Diário Oficial da União, em 31 de dezembro de 1940, confessou-se no item n. 3 que *"Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva."*. E, outrossim, no item n. 11, o Ministro Francisco Campos deixou explícito que:

> Seguindo o exemplo do Código italiano, o projeto entendeu de formular, no art. 11, um dispositivo geral sobre a imputação física do crime. Apresenta-se, aqui, o problema da causalidade, em torno do qual se multiplicam as teorias. Ao invés de deixar o problema às elucubrações da doutrina, o projeto pronunciou-se expressis verbis, aceitando a advertência de Rocco, ao tempo da construção legislative do atual Código italiano.

Magalhães Noronha (1978: 72) foi mais contundente e afirmou que o Código Penal de 1940 *"acende uma vela a Carrara e outra a Ferri"*

Arremata, José Henrique Pierangeli (2001: 81) que:

> No Código de 1940 vislumbram-se os mais destacados traços do positivismo, ao que se ajunta o pior do neo-idealismo de Giovanni Gentile, que até nós chegou através do Código Rocco, quando se adotou o sistema do doppio binário --- que ainda encontra defensores entre nós, certamente pouco ligados ao desenvolvimento da ciência

> do direito penal. Esse esquema, diz Zaffaroni, "se assenta no idealismo atual, quanto ao sistema do duplo binário, que pretende, com a pena, retribuir a 'parte livre'da conduta e, com a 'medida de segurança', neutralizar a 'parte de determinismo' da mesma (Eugenio Raúl Zaffaroni. Reflexões acerca do Anteprojeto de Lei referente à Parte Geral do Código Penal do Brasil (artigo), tradução de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Revista Ciência Penal, n. I, 1981, p. 14).

Em suma, constatou-se que o Código Penal de 1940 foi inspirado pelo Código Italiano de 1930, também conhecido como Código Rocco, adotando um perfil eclético entre o neoclássico e o positivismo.

Quanto aos delitos sexuais, o Código Penal de 1940 colocou-os sob o Título VI "Dos crimes contra os costumes", dividido nos capítulos "Dos crimes contra a liberdade sexual", "Da sedução e da corrupção de menores", "Do rapto" e "Do lenocínio e do tráfico de mulheres". Manteve os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, e incluiu os crimes de "posse sexual mediante fraude" e "atentado ao pudor mediante fraude".

O estupro foi definido como o constrangimento da mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, excluindo da proteção o homem, diante da concepção androcentrica, como se apenas a mulher pudesse ser constrangida à conjunção carnal e, pior, em relação à presunção de violência, pela menoridade da vítima, com menos de 14 anos, protegia-se, então, apenas a menina, excluindo da proteção do estupro o menino menor de 14 anos, que pela concepção machista não seria vítima, mas beneficiário da iniciação sexual precoce --- vale destacar que o Código de 1940 reduziu a idade de 16 para 14 anos, para fins de presunção de violência.

Já o constrangimento ilegal para fins de atos sexuais diversos da conjunção carnal, abrangendo as relações homossexuais não consentidas, independentemente do sexo, estava previsto sob a rubrica do crime de atentado violento ao pudor.

As duas novas figuras criminais relativas à aplicação da fraude, fazem um paralelo com as figuras do estupro da mulher e do atentado violento ao pudor, porém discriminando as mulheres, pois a vítima apenas seria a mulher e, mais, apenas a mulher honesta - o que corresponde a uma discriminação dentro do próprio gênero - como que presumindo que os homens não poderiam jamais ser vítimas de fraudes sexuais e sempre seriam honestos.

No crime de sedução, seguindo aquele viés machista, apenas a mulher poderia ser seduzida, entre 14 e 18 anos, mantendo relacionamento sexual, por inexperiência ou justificável confiança. O homem jamais seria vítima e, se o fosse, o legislador considerou o fato atípico, porquanto estaria recebendo um benefício, um favor de natureza sexual. A denominação deste crime na legislação anterior era crime de defloramento e o legislador preocupou-se em alterar o nomen juris, para açambarcar as hipóteses em que a vítima apresenta complacência himenal.

O casamento do agente com a vítima foi previsto como causa de extinção da punibilidade, em relação aos crimes contra os costumes, no artigo 109, inciso VIII.

A manifestação do patriarcalismo adotado fica explícito no crime de rapto consensual, quando não se proteje a livre disposição da sexualidade da maior de 14 anos e menor de 21 anos, mas, sim, pune-se a ofensa ao pátrio poder ou autoridade tutelar, que não consentiu no relacionamento em questão.

Conquanto buscasse a modernidade, o legislador penal brasileiro retratou no Código Penal de 1940 a sociedade machista e patriarcal, que estabelecia um papel secundário para a mulher e, em material de liberdade sexual, a sua tutela foi fixada em função da perspectiva masculina, segundo a qual a sexualidade feminina deve ser protegida no interesse do homem, que se apropria dela, como se fosse um objeto exclusivo, que lhe pertence, primeiramente ao pai e, depois, o marido ou companheiro.

Esta concepção é reforçada pela circunstância de que o Código Civil de 1916, que vigorou até 2003, admitia a anulação do casamento pelo marido, caso constatasse que a esposa houvesse sido deflorada, antes do casamento.

O androcentrismo permaneceu na sociedade, então, tanto que (BASSANEZI, 2008 : 613):

> A moral sexual dominante nos anos 50 exigia das mulheres solteiras a virtude, muitas vezes confundida com ignorância sexual e, sempre, relacionada à contenção sexual e à virgindade. (…) A virilidade dos homens era medida em grande parte por essas experiências (com prostitutas ou garotas fáceis que "não eram para se casar"), sendo comum serem estimulados a começar cedo sua vida sexual.

III –DIREITO COMPARADO: BRASIL E ITÁLIA

Como já afirmado acima, o Código Penal brasileiro sofreu forte influência do Código Italiano, também conhecido como Código Rocco, razão pela qual faz-se aqui uma comparação entre a evolução de ambas as legislações penais, quanto aos crimes sexuais.

A evolução dos crimes sexuais da lei penal italiana, correspondentes aos crimes da lei brasileira, que são definidos como "crimes contra a liberdade sexual", resumidamente, aconteceu da seguinte maneira (BORGES, CARVALHO NETO, 2009):

a) Estupro: inserto inicialmente no artigo 519 do Código Rocco. Com a Lei nº 66, de 15 de fevereiro de 1996, que reformou o Código Penal Italiano, principalmente no referente aos crimes sexuais, passou a ser tipificado pelo artigo 609-A, como crime comum, sem qualquer distinção baseada em gênero, podendo ser cometido tanto por homem como por mulher, contra vítima de ambos os sexos. Teve suas penas aumentadas, para o mínimo de cinco anos e máximo de dez anos – a pena original era de três a dez anos. No mesmo período, no Brasil, o crime que era punido originalmente com reclusão de três a oito anos, mas após mudanças passou a ser punido com reclusão de seis a dez anos, mantida a definição em que somente a mulher poderia ser vítima de conjunção carnal.
b) Atentado violento ao pudor: definido inicialmente pelo artigo 521 do Código Rocco, como ato libidinoso violento, sendo crime comum quanto ao autor, como a vítima, sem qualquer distinção quanto ao gênero. A Lei nº 66, de 15 de fevereiro de 1996 fez com que o delito passasse a não ser um crime especificado em artigo próprio. A conduta passou a ser uma ramificação das previsões do artigo 609-A. No Brasil, o crime era originalmente punido com reclusão de dois

a sete anos e, após alterações, passou a ter pena de reclusão, de seis a dez anos, mas permaneceu como crime autônomo, sem qualquer fusão.

c) Posse sexual mediante fraude: não tinha tipificação autônoma no Código Rocco e era uma das hipóteses de ocorrência do crime de estupro (art. 519, parágrafo quarto), tendo a mesma pena do caput. Após a reforma por meio da Lei nº 66, de 15 de fevereiro de 1996, continuou sendo uma das hipóteses de configuração de estupro, prevista no artigo 609-A, parágrafo segundo, do reformado Código, com as mesmas penas do caput: de cinco a dez anos de prisão. Já no Brasil, apenas o caput tinha sido alterado, permanecendo como crime autônomo.

d) Atentado violento ao pudor mediante fraude: também não tinha tipificação autônoma no Código Rocco. Mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 66, de 15 de fevereiro de 1996, não teve tipificação autônoma, podendo ser considerado também como uma das hipóteses de configuração de estupro, na previsão do parágrafo segundo do artigo 609-A, já que o caput usa o termo genérico "atos sexuais". Por sua vez, no Brasil houve supressão do termo honesta presente na norma originária, o que fez com que ela fosse reescrita, sem maiores modificações, em 2005, mas permanecendo como crime autônomo.

Ainda, em conseqüência da reforma dos crimes sexuais na Itália, há condutas existentes no atual Código Italiano que não se encontram em tipificações autônomas no Código Penal Brasileiro, mas apenas como disposições gerais a todos os crimes contra os costumes, como o estupro em grupo (Itália: artigo 609-G; Brasil: artigo 213, combinado com artigo 226, inciso I). E há também previsão expressa no Código Penal Italiano quanto à assistência às vítimas de crimes sexuais por parte do Estado italiano (artigo 609-I), o que não há no Brasil.

Vale ainda acrescentar que o Brasil tipificou, em 2001, o crime de assédio sexual, no artigo 216-A do Código Penal, sem paralelo na lei italiana.

Pode-se notar que a reforma da legislação penal da Itália, no tocante aos crimes contra a liberdade sexual, foi muito mais ampla que a do Brasil, realizando fusões que não foram acompanhadas aqui, nem houve a eliminação de tipos criminais autônomos, que são espécies de estupro na Itália.

A Itália alterou profundamente seu Código Penal, no tocante aos crimes contra a liberdade sexual. Deslocou tais crimes do Código Penal, uniu várias condutas criminosas em uma única figura, como a união dos antigos crimes de estupro e atos libidinosos no disposto no artigo 609-A do atual Código Rocco. Há também punição específica ao estupro cometido em grupo (artigo 609-G), previsão de pena específica ao crime de ato sexual cometido contra menor de dez anos, bem como outras disposições importantes.

No Brasil, as reformas após o Código Penal de 1940 foram pontuais. Apesar da inovação surgida com a inclusão do crime de assédio sexual no Código Penal (artigo 216-A), o restante continua sem grandes mudanças. A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) inovou no sentido de incrementar as penas para os delitos de estupro (artigo 213) e atentado violento ao pudor (artigo 214), e suas formas qualificadas (artigo 223), o que deixa claro que tal lei foi criada para aplacar o instinto punitivo da sociedade.

As outras mudanças trataram apenas de adequar a redação legislativa aos tempos atuais, como através da retirada de termosmachistas e preconceituosos como "mulher honesta" do Código Penal. E tal retirada serviu para, no caso do crime de atentado

violento ao pudor mediante fraude (artigo 216), com a substituição do termo pela palavra alguém, incluir o homem como possível vítima de tal conduta, acolhendo as críticas doutrinárias quanto à violação do princípio da igualdade de gênero (BORGES, CARVALHO NETO, 2009).

Como a doutrina brasileira vinha indicando, dentre os quais se destacaram Luíza Nagib Eluf (1999, p. 18) e Paulo César Corrêa Borges (2005, p. 164-172; 2007, p. 198-203; et. al., 2009, p. 303-4), uma boa opção legislativa que poderia ser importada do legislador italiano, mesmo do português e espanhol, era a de fundir as condutas criminosas de estupro (atual artigo 213, CP) e atentado violento ao pudor (atual artigo 214, CP) em um único crime, pois são condutas assemelhadas, que acabam por se complementar, permitindo a punição mais eficaz de quem quer que seja o sujeito ativo e o sujeito passivo dessas condutas.

A mudança de costumes, de moral e pensamento da sociedade não poderia mais ficar à mercê de um Código elaborado durante a ditadura de Getúlio Vargas, no período conhecido como Estado Novo – 1937 a 1945. Apesar de o Código Rocco também ter sido concebido em um governo totalitário, sua adequação aos tempos modernos tem sido mais eficiente (BORGES, CARVALHO NETO, 2009).

Surgiu, então, a Lei n. 12.015, de 05.ago.2009, acolhendo aquela sugestão doutrinária e fundindo os referidos delitos, estupro e atentado violento ao pudor, com a revogação do artigo 214, passando as duas figuras a integrar o mesmo tipo penal do artigo 213, com a seguinte redação: "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso".

A fusão já representou um grande avanço, conquanto bastasse apenas ter sido feita referência a ato libidinoso, que já abrange a conjunção carnal e seria evitada a redundância da menção a conjunção carnal e a outro ato libidinoso.

No mesmo sentido da fusão anterior, os crimes de posse sexual mediante fraude, previsto no artigo 215, e atentado ao pudor mediante fraude, que estava previsto no artigo 216, que mantinham correspondência aos dois crimes anteriores, estupro e atentado violento ao pudor, dos quais se distinguia pelo emprego de fraude, também foram fundidos no artigo 215, revogando-se o artigo 216, e passando aquele a ter a seguinte redação: "Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima".

Outra importante alteração trazida pela Lei n. 12.015/09, foi a alteração do Título "Dos crimes contra os costumes", para "Crimes contra a dignidade sexual", acolhendo as críticas doutrinárias a respeito e indo mais longe do que a denominação que mais se aproximaria da objetividade jurídica destes crimes, isto é, a liberdade sexual. Com efeito, a nova denominação deu ênfase à própria dignidade humana, como princípio do Estado Democrático de Direito, sendo uma de suas manifestações a dignidade sexual.

A presunção de violência que havia sido prevista no artigo 224 foi revogada e, a partir de nova lei, foi criado um novo capítulo denominado "Dos crimes sexuais contra vulnerável", cujo artigo 217A englobou os menores de 14 anos e as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Nesta última hipótese, havia a previsão do artigo 9º, da Lei n. 8.072/90 de aumento de metade da pena, quando a vítima estivesse nas hipóteses do artigo 224, do Código Penal. Como o novo regime jurídico da tutela da dignidade sexual dos vulneráveis incluiu as hipóteses de lesão grave ou morte, nos parágrafos 3º. e 4º., do artigo 217A, e revogou os artigos 223 e 224, aos quais a Lei de Crimes Hediondos fazia referência, tornando-se inaplicável o referido aumento de metade da pena ao estupro de vulnerável, que tem pena de dez a vinte anos e doze a trinta anos, respectivamente, quando resultar em lesão grave ou morte.

Outra importante inovação referiu-se à criação do crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, prevista no artigo 218B, incluído pela Lei n. 12.015/09. A definição legal equivale ao artigo 228, que trata do favorecimento da prostituição, porém, referindo-se ao menor de dezoito anos e com o dobro da pena, isto é, a pena é de quatro a dez anos de reclusão.

Importante destacar que, para fins de incriminação de exploração sexual de vulnerável o menor vulnerável não é o mesmo do artigo 217A, que se referiu a menor de catorze anos, pois a idade para o crime do artigo 218B é de dezoito anos. Ficou vedada, então, a prostituição de menor de dezoito anos, no Brasil, tanto que incide nas mesmas penas quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de dezoito e maior de catorze anos, que esteja na situação de exploração sexual (BORGES, CARVALHO NETO, 2009).

Referido dispositivo seguiu o artigo 3º., letra "c", do Protocolo para Prevenir, Suprimir, e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças de 2000, que expressamente indicou que o conceito de "children" para os efeitos daquele protocolo corresponde ao menor de 18 anos.

A livre disposição da própria sexualidade para os adolescentes, no Brasil, entre os catorze e dezoito anos foi restringida, pois ela é admitida desde que o relacionamento sexual não envolva a exploração sexual, como a decorrente da prostituição de vulnerável, a partir da referida legislação.

IV –EUROCENTRISMO

O eurocentrismo representa uma manifestação da experiência ocidental da modernidade, podendo ser sintetizada na naturalização da sociedade liberal européia, como sendo universal e objetiva, mas desenvolvida em uma situação de assimetria de poder global (BORTOLUCI, 2009 : 110).

No Brasil, no início da colonização, predominava a influência da cultura portuguesa, que estava em decadência e o experimentalismo *"tinha sido abafado por um falso humanismo - retórico e formal - de maneira que a cultura portuguesa se desviara de seu verdadeiro sentido"* (LEITE, 2007: 406).

No início do Século XIX, a cultura da sociedade brasileira foi marcada "pela europeização", tornando-se evidente o deslumbramento dos brasileiros com as correntes intelectuais européias (CRUZ COSTA, 1950: 77).

De 1870 a 1900, predominou no Brasil o positivismo comtiano (LEITE, 2007: 406). Contudo, a cultura luso-brasileira apresentou uma certa autenticidade, na medida em que preponderou a busca de soluções imediatas do homem, decorrente da característica permanente do povo brasileiro: o pragmatismo (LEITE, 2007: 408).

As ideologias de caráter nacional brasileiro passam por diversas fases, merecendo destaque neste estudo, o período compreendido entre 1880 a 1950, que efetivamente é a fase daquelas ideologias, sendo aceita pelos autores brasileiros a teoria racial e que servirá, como na Europa, para justificar o predomínio das classes mais ricas. Coincide com este período a tese do determinismo geográfico ou antropogeografico – outra forma de racismo. Aqui, como na Europa, as classes dominantes justificavam seus privilégios pela incapacidade dos mestiços, negros e índios (LEITE, 2007: 432-3).

O discurso antropológico representou uma substituição do discurso colonialista-teocrático, mas ainda dentro da categoria focaultiana, pelo exercício do poder dentro de uma nova forma de instituição de sequestro, que representa uma limitação à autodeterminação, por meio da submissão do colonizado ao sistema produtivo, em favor do colonizador, através da imposição da língua, da religião, de valores e da destruição das relações comunitárias disfuncionais diante daquele interesse, muitas vezes justificando a violência genocida a pretexto de beneficiar as próprias vítimas (ZAFFARONI, 1991: 74-5).

Nesta perspectiva, conquanto inicialmente o panóptipo benthamiano pudesse ser o modelo de controle social programado ideologicamente, para propiciar a acumulação central, o controle social periférico ou marginal seguia o modelo de Césare Lombroso, pois considerava a inferioridade humana, em sentido biológico, do criminoso nos países centrais, da população periférica como um todo, das crianças, dos idosos e das mulheres - esta pela sua incapacidade racional para a produção e sua menor agressividade para a competição agressiva. Este modelo representou um verdadeiro "apartheid criminológico natural", como ensina Eugenio Raúl Zaffaroni (1991: 77).

Os países centrais experimentaram sua própria lógica com Adolph Hitler e, rapidamente, as concepções biologistas de Lombroso foram abandonadas e surgiu uma defasagem no saber das minorias "proconsulares", que reproduziam os discursos centrais apreendidos nas universidades européias e causavam uma contradição entre o discurso universitário e a prática do aparelho repressor estatal, que causava o referido apartheid criminológico, ademais censurado pelos países centrais (ZAFFARONI, 1991: 79).

Nas buscas de relegitimação do sistema penal, desloca-se o centro da atenção, antes bioantropocentrica, para o próprio sistema, surgindo o pensamento sistêmico nas Ciências Sociais, transferido para o discurso penal, o qual remonta ao funcionalismo de Durkheim e tem por defensores Talcott Parsons, depois Niklas Luhmann (ZAFFARONI, 1991 : 85) e, recentemente, Jakobs.

Como corolário, no plano jurídico-penal, a pena deixa de ter finalidades de prevenção (geral ou especial), assumindo a busca de afirmação do próprio sistema, que estaria sendo negado pela conduta que viola a norma incriminadora.

A partir de tais perspectivas, verifica-se que as teorias sistêmicas podem ser aplicadas segundo qualquer projeto, emancipatório ou imperial, para a tutela de bens jurídicos fundamentais, concernentes à dignidade humana, como os direitos humanos e as questões de gênero, ou simplesmente, para aplicar uma sanção prevista em lei como decorrência da afronta à dignidade sexual, que passa a ser secundária, diante da preponderância da funcionalidade do sistema.

Com efeito,

> Torna-se óbvio que o funcionalismo sistêmico pode levar também a uma sociedade "negra" (neonazi), à medida que renuncie à integração de componentes éticos e antropológicos (ZAFFARONI, 1991: 91)

Dentre as teorias deslegitimadoras do Direito Penal, importante mencionar o abolicionismo penal, proposto por Louk Hulsman, encontrado em sua obra Das penas perdidas, a qual indica outras alternativas para a solução dos conflitos decorrentes de comportamentos que comprometem a convivência social e demandam instâncias de superação, diverso dos aparelho repressor estatal, como é conhecido.

Na mesma linha, merece destaque Alessandro Baratta, que propõe um direito penal mínimo, cuja permanência permitiria uma espécie de tática descrita por Zaffaroni (1991: 92), para a manutenção dos atuais sistemas penais, enquanto não se alcança aquela minimização, como a: "[…] utilização do sistema em benefício das classes subalternas ou carentes, como propõe o "uso alternativo do direito", praticamente a única corrente que encara uma resposta neste plano".

Para Alessandro Baratta, a integração entre os dois sistemas penais (atual e mínimo) somente é possível com a transformação do jurista – de mero operador do sistema – em cientista social, a partir de uma relação dialética entre técnica e ciência social.

Explica, então, Alessandro Baratta que a articulação programática da idéia de intervenção penal mínima, como uma idéia-guia de política criminal, a curto e médio prazo, é uma resposta à questão sobre os requisitos mínimos do respeito aos direitos humanos na lei penal, explicando que (1985: 443-4):

> O conceito de direitos humanos absorve, neste caso, uma dúplice função. Em primeiro lugar, uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal. E, em segundo lugar, uma função positiva em relação à definição do objeto, possível mas não necessário, da tutela por meio do Direito Penal. Entre aquelas funções, um conceito histórico-social de direitos humanos oferece o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que constitue hoje o momento prioritário de uma política alternativa de controle social.

Contudo, sentencia Zaffaroni (1991: 93) que permanence um imenso vazio, representado pela distância entre a ciência social e o discurso jurídico.

Talvez isto decorra da circunstância de que, em pleno Século XXI, ainda permaneçam no imaginário e na praxis dos juristas concepções de que a legislação é o único momento criativo do direito, enquanto a jurisprudência o momento teórico ou congnoscitivo de um direito preexistente, dadoe acabado, operado pelos aplicadores do direito: advogados, defensores públicos, promotores de justiça e juízes de direito (JOSÉ, 2009: 83).

Analisando o monismo e o pluralismo jurídico, ou centralismo e policentrismo jurídico, Ana Lúcia Sabadell (2010 : 138; 151) também destaca que quase todos os legisladores, juízes, promotores de justiça, advogados - podem ser incluídos professores universitários - sem a menor hesitação, afirmam que o Direito é criado apenas pelo Estado, arrematando que "Os fenômenos infrajurídicos constituem sistemas de regras de comportamento, cuja vigência é limitada e fluída, faltando sanções obrigatórias e

reconhecimento official." e que (2010: 150) "Em outras palavras, todos sabem que o verdadeiro direito é o estatal.".

Por outro lado, o autor do livro "Derecho y razon: Teoría del garantismo penal", Luigi Ferrajoli (2000 : 868), evidenciou que, no Direito pré-moderno, havia uma pluralidade de fontes e ordenamentos coexistindo e ocasionando conflitos – igreja, império, feudalismo, municípios, corporações, jurisconsultos romanos etc. – mas na Idade Moderna, com a formação dos Estados nacionais e com o desenvolvimento das codificações, firmou-se a forma e o monopólio estatal da produção jurídica, a partir do quê apenas as normas produzidas pelo Estado é que são classificadas como normas jurídicas. Isto em certo sentido explica a referência de Sabadell a "fenômenos infrajurídicos", ao invés de classificar como "normas jurídicas" tais fenômenos.

Tirante tais aspectos, o festejado autor garantistas, Ferrajoli (2000: 868), é categórico ao afirmar que o garantismo não é concebível fora do horizonte teórico do positivismo jurídico, conquanto defenda uma versão crítica do positivismo.

Hélio Gallardo (2008: 240) critica o positivismo crítico ou social de Ferrajoli, por este desconsiderar as lutas sociais, equiparando-o ao positivismo mais ingênuo de Noberto Bobbio, que é centrado no Estado. Adverte que:

> […] expressão de conflitos e lutas sociais, os chamados direitos fundamentais devem ser política e culturalmente construídos e, por isso, podem ser, assim mesmo, política e culturalmente destruídos ou revertidos. Seu fundamento, então, não é estatal senão sociopolítico, ou seja, remete a mobilizações sociais e relações de força. (…) o Direito efetivo condensa em seu nível mobilizações sociais e sua incidência cultural.

Como se verifica, entretanto, remanesce forte a vinculação atual dos juristas ao positivismo jurídico, apesar da grande distância entre a ciência social e o discurso jurídico. Neste sentido, não se pode olvidar que, após afirmar que uma teoria material dos direitos humanos estaria condenada ao fracasso, Robert Alexy (2001: 554) apresenta a tese segundo a qual:

> Em geral, vale a tese segundo a qual somente dentro do marco de um sistema jurídico, a razão prática, que vincula a argumentação e a decisão de maneira racional, pode lograr sua realização. À luz deste racioncínio, é razoável a instituição de uma justiça constitucional, cujas decisões possam, e requerem, ser justificadas em um discurso jusfundamental racional.

Apesar daquelas críticas positivistas, buscando superar o positivismo jurídico, David Sánchez Rubio (2010: 36-7) indica o pluralismo jurídico como forma de maximizar o fortalecimento dos direitos humanos, ainda na fase pré-violatória, chegando a sustentar que qualquer resistência frente ao excesso de poder é uma fonte de criação de direitos, a serem institucionalizados pela totalidade da cidadania, além do seu reconhecimento pelos tribunais, que atuam na fase pós-violação. Por fim, destaca que: "Se entre todos se constrõem tramas sociais de emancipação em todos os espaços sociais, melhor funcionará um sistema jurídico garantista e constitucional".

No que pertine aos direitos humanos ou fundamentais, a proteção internacional tem sido apresentada como um dos aspectos positivos da globalização do Direito, através de tratados internacionais, na medida de suas incorporações ao ordenamento jurídico interno, apesar das disputas monistas e dualistas e das críticas sobre ser a globalização uma espécie de neocolonialismo, mas

> […]a prevalência do direito internacional seria a única forma de se neutralizer as ações dúbias dos Estados, e nesse sentido caminhou a Constituição Brasileira de 1998, abrindo espaço para que se entenda possível que, pelo menos nos casos de proteção internacional dos direitos fundamentais, os tratados internacionais ampliadores de tais direitos prevaleçam sobre a constituição. Privilegia-se, portanto, a coerência dos atos dos Estados, elemento essencial em tempos de globalização. (VEDOVATO, 2009 : 247-8)

Apesar da maior efetividade do Direito interno, abstraindo-se das disputas entre as duas correntes que tratam do monopólio das normas jurídicas, ou do policentrismo – mais adequado ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos – a dubiedade entre o discurso internacional do Brasil e a sua praxis em matéria de aplicação interna de garantias fundamentais, constitucionalmente previstas, demanda a adoção imediata das normas internacionais, estabelecidas em tratados internacionais, com fundamento no artigo 5., parágrafo 1. e 2o., da Constituição Federal de 1988, além da utilização dos organismos internacionais para a efetivação daqueles mesmos direitos.

Importante destacar, ainda, a ação dos movimentos sociais, que estão na base da criação dos direitos humanos, e que, ao questionarem processos de exclusão e marginalização, incomodam a ordem estável de convivência, como que pondo em risco os mecanismos de dominação, mas são respostas legítimas que buscam a teorização e a institucionalização de direitos. Neste sentido, David Sánchez Rubio (2007: 35):

> Assim, por exemplo, fenômenos como a imigração, os movimentos feministas e de gênero, movimentos indígenas e antiglobalização, de negros, de jovens, ambientalistas, de campesinos, de homossexuais… são manifestações em resposta que as pessoas, em sua maioria do Sul, adotam ante uma situação limite de pobreza e exclusão. Lutam não apenas pela liberdade e pela igualdade, senão, sobretudo, pela vida e por uma sociedade em que todos caibam. Porém, como põem em perigo a ordem de convivência dos países do Norte, supõem uma ameaça que devem controlar. Amenizam, então, suas ações, eliminando e deixando para trás qualquer conotação de resistência.

A concepção garantista de Ferrajoli desconsidera as situações e lógicas de poder, subordinando as lutas sociais ao âmbito politico, tornando desnecessária a ruptura, para mudanças radicais ou para a revolução, e, pior, entrega-as mobilizações sociais à clausura da dominação e do reformismo dos direitos sociais fundamentais (GALLARDO, 2008: 247). Entretanto, aquela concepção comporta uma revisão crítica, porquanto tem todos os elementos necessários, na medida em que admite o caráter sociohistórico dos direitos fundamentais e também reconhece o papelo do conflito e a violência nas experiências sociohistóricas (GALLARDO, 2008: 249).

A concepção de direitos humanos de Helio Gallardo e de David Sanchez Rubio (2010: 13) envolve cinco elementos, para o seu reconhecimento: 1) lutas sociais; 2) aporte teórico ou filosófico; 3) institucionalização (caráter dogmático ou positivação); 4) eficácia; e, 5) sensibilização sócio-cultural.

Neste sentido, a própria evolução do tratamento da liberdade sexual pela legislação penal brasileira indica que na base das reformas podem ser encontradas as críticas decorrentes dos movimentos feministas emancipadores, denunciando os ranços machistas da legislação, quanto à definição dos delitos sexuais, ao lado do referencial teórico indicando a questão de gênero envolvida e a configuração androcêntrica dos tipos penais.

A institucionalização decorreu das próprias reformas legislativas já analisadas e, por outro lado, a eficácia das mesmas está vinculada à sua aplicação pelo Judiciário, mas a busca da impunidade demanda uma crescente sensibilização sócio-cultural junto à populacão, aos profissionais da área judical (juízes, promotores de justiça, advogados, delegados de polícia, investigadores, psicólogos, assistentes sociais etc.), escolas e universidades.

Resta verificar, no Brasil, o papel decisivo ou não do movimento feminista brasileiro, na útlima reforma legislativa --- que trouxe a fusão do crime de estupro e do atentado violento ao pudor, com uma péssima redação --- ou mesmo admitir que, simplesmente, houve a importação de modelos de países do hemisfério norte (Estados Unidos e Alemanha), inclusive como efeito daquela forma de globalização, com a incorporação de padrões estrangeiros, no Direito Interno, criados por movimentos feministas de países centrais, numa espécie de neocolonialismo, por falta de uma postura crítica, ainda que para reconhecer a influência sofrida e consentânea com os postulados emancipatórios do movimento feminista nacional.

V –O MOVIMENTO FEMINISTA

No tema dos delitos sexuais, sua evolução e os desafios em um mundo globalizado, paralelamente ao eurocentrimos, é fundamental constatar as contribuições do movimento feminista mundial e brasileiro.

Neste sentido, destaca Margareth Rago (2008: 604) que:

> Muitas mulheres, trabalhadoras e, especialmente, as feministas, têm lutado nas últimas três décadas pela construção de um esfera pública democrática.Elas querem afirmar a questão feminina e assegurar a conquista dos direitos que se referem à condição da mulher.

Prescindindo de uma análise profunda da evolução histórica do movimento feminista, no Brasil - a participação do movimento feminist na sociedade brasileira, ao logo dos séculos é detalhada no livro Mulher: Da luta e dos Direitos (MONTEIRO, 1998 : 21) - e menos ainda no mundo, vale destacar que, mesmo com a proclamação da República, em 1889, e com a promulgação da Constituição de 1891, as mulheres não participavam da democracia representativa brasileira, pois passaram a votar apenas a partir de 1934, após muita luta que caracterizou a denominada primeira onda do feminismo, que teve início nos Estados Unidos e na Inglaterra, durante o Século XIX e início do Século XX.

A segunda onda do feminismo, por volta dos anos 60 e 70, caracterizou-se pela busca da libertação da mulher em relação aos obstáculos legais - principal característica da primeira onda - e à desigualdade não oficial, à sexualidade, à família, ao espaço de trabalho e até os direitos na reprodução. Iniciaram-se atividades permanentes de reflexão, tais como debates, pesquisas, cursos, publicações etc., logrando formar uma consciência sobre a condição da mulher, no espaço politico, científico e academico.

A terceira onda do feminismo se inicia nos anos 90 e se estende até os dias atuais, caracterizada pela identificação de diferentes ramos do feminismo, decorrentes dos diferentes modelos de mulher formados por questões sociais, étnicas, de nacionalidade, religião, classe etc. Inegável sua influência na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, em que se reafirmou a responsabilidade dos Estados na promoção e proteção dos direitos das mulheres.

Como salienta Blay (2010 : 17),

> […] os movimentos feministas conseguiram grandes avanços para a vida das mulheres, principalmente do ponto de vista legal; entretanto, ainda há um longo caminho a percorrer para a efetivação de uma vida digna para todas as mulheres.

As reformas legislativas brasileiras, no Direito Penal, fazem parte dos avanços indicados, principalmente através da Lei n. 12.015/2009, destacando a liberdade sexual e a sua ligação com a dignidade humana, afastando os ranços da sociedade patriarcal, que considerava os delitos sexuais contra a moral familiar, referindo-se a "costumes".

Isto teve reflexos inclusive no plano internacional, como se verifica da citação no Handbook for Legislaton on Vilence against Women (2010 : 26), disponível no site da ONU, http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/v-hadbook.htm, no qual consta:

> A number of Latin American countries, including Argentina, Bolivia, Brazil and Ecuador, have revised their penal codes to reflect sexual violence as a violantion of the complainant/survivor, instead of as a threat to her "honour" and "morality".

Apesar dos avanços remanescem ainda ranços machistas no Código Penal brasileiro, sendo destacado o artigo 134, que pune o crime de exposição de recém-nascido, incluindo na definição legal a expressão referente à finalidade de agir "para ocultar desonra própria", revelando concepção machista e patriarcal do legislador em relação à maternidade, como denunciam Paula Elias e Ana Lúcia Sabadell (SABADELL, 2010 : 271).

A praxis forense, registrada nos anais dos tribunais superiores, ainda reflete conceções patriarcais em relação aos delitos sexuais, denunciando SABADELL (2010 : 286-7) que, apesar das alterações legislativas já mencionadas, a classificação patriarcal da mulher em honesta ou desonesta ainda permanence orientando os julgadores que a discriminam quando: a) descaracterizam a infância, negando tal condição quando a criança não é mais virgem; b) descaracterizam o estupro, negando a violência e invocando o consenso inferido da falta de indicíos de resistência e luta contra o aggressor; c) reproduzem o discurso patriarcal de instâncias superiors, invocadas como argumento de autoridade. Para comprovar sua tese, SABADELL (2010 : 284-5) cita votos em relação a caso julgado em 1996 (Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus

n. 73.662, rel. Ministro Marco Aurélio de Melo), caso de 1992, julgado em 1998 (Tribunal de Justiça do Amapá – Apelação Criminal n. 918/98, vogal Desembargador Dôglas Evangelista) e a julgamento de 2006 (Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário n. 418.376, rel. Ministro Marco Aurélio de Melo, seguido por minoria de ministros).

Por outro lado, também ocorrem absolvições de estupradores, garantindo a impunidade em decorrência da circunstância de que trata-se de um crime clandestino, dificilmente testemunhado por terceiros, que põe em confronto a palavra da vítima e do agressor, que alega consentimento na relação, quando não desqualifica a vida pregressa da vítima, e, diante de um quadro de incertezas, o Poder Judiciário opta pela absolvição de agressores primários e que têm vínculos sociais e de trabalho, para não submetê-lo às condições do cárcere, em que o estuprador sofre práticas criminosas com a conivência da administração dos presídios, onde nem os presos aceitam o delinquente sexual –-- enquanto as condenções por delitos patrimoniais prevalecem, no sistema penitenciário brasileiro.

Neste sentido foi a conclusão de Daniella Georges Coulouris (2004 : 74-5), após analisar cinquenta e quatro processos registrados nos Cartórios criminais da cidade de Marília-SP, no período de 1995 a 2000, no sentido de que:

> Utilizando as categorias de gênero, classe e raça/etnia, na análise do discurso jurídico, em temporalidades diferentes, percebemos como a justiça no Brasil ainda se organiza segundo o princípio republican de defesa social. A prisão não emerge no País para setores médios ou de elite. Suas condições inumanas e práticas criminosas com os estupradores nunca incomodam estratos privilegiados da sociedade, justamente por que estão cientes da impunidade de classe e de gênero, estão cientes de que não serão enviados para a penitenciária por um juiz 'com bom senso'. Socialmente aceitas como verdadeiras penas de morte para os estupradores, as instituições prisionais funcionam como justificativa para a absolvição de um acusado primário e 'trabalhador'.

Há um longo caminho a percorrer ainda, que não pode prescindir da luta social e nem da sensibilização sócio-cultural, indicadas por Helio Gallardo e David Sanchez Rubio (2010: 13).

Quanto à fusão dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, curiosamente foi rejeitada a tese naquele sentido, apresentada por Paulo César Corrêa Borges, por maioria de votos, sendo liderada a rejeição por uma promotora de justiça, que sustentava que a fusão implicaria no afastamento de um duplo apenamento, quando em um caso concreto o agressor houvesse constrangido a vítima à copula vaginal e a outro ato libidinoso diferente. Naquele III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, realizado de 24 a 27 de agosto de 2005 (ISBN13 9788586508530) prevaleceu o argumento pragmático, a despeito do ranço machista da definição do crime de estupro, tendo por vítima apenas a mulher – em relação ao homem seria mero crime de constrangimento ilegal, com pena de apenas três meses a um ano, contra uma pena de seis anos a dez anos no estupro – que o autor daquela tese já denunciava.

Na Itália, principal influência da legislação brasileira a partir de 1940, como indicado anteriormente, a fusão ocorreu a partir da Lei nº 66, de 15 de fevereiro de 1996.

Entretanto, bem antes daquele ano no Canadá já havia uma campanha para a fusão daqueles crimes sexuais, como destacado por Dianne L. Martin (1998 : 166):

> In one such piece of work (The Potential of the Criminal Justice System to Promote Feminist Concerns. 1990. 10 Stud. L., Pol. & Soc'y 143), sociologist Lauren Snider examined the campaign that in Canada led to redefining the separate crimes of rape and indecente assault into one offence of sexual assault, with a range of punishments.

Com efeito, em 1982, o Código Penal canadense foi alterado para abolir os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que eram previstos separadamente, sendo refundidos como crimes: sexual assault, sexual assault with a weapon, e aggravated sexual assault. O crime sexual assault "*was defined as any sexual contact without consent"* (BENEDET, 2007 : 260). Posteriormente, em 1992, The Canadian Criminal Code incorporou a definição de consentimento como "*the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question*." (BENEDET, 2007 : 260).

Na Encyclopedia of Sex and Gender: Men and women in the World's cultures (ZIMMER-TAMAKOSHI, 2003 : 237) conclui-se que, nos Estados Unidos da América, influenciados pelos Movimentos Feministas dos anos 1970 e 1980, várias reformas foram realizadas para redefinir o crime de estupro e abranger outras vítimas, além da mulher, através de termos sexualmente neutros, e acolher diferentes espécies de estupro, que o conceito do FBI excluía, adotando-se o conceito proposto por Patrícia Searles e Ronald J. Berger, no artigo intitulado Current Status of Rape Reform Legislation: An Examination of State Statutes (IN: Women`s Rights Law Reporter, n. 10, 1987, 25-43):

> Rape is defined as nonconsensual sexual penetration of an adolescent or adult obtained by physical force, by threat of bodily harm or when a victim is incapable of giving consent because of mental illness, mental retardation, or intoxication. Included are attempts to commit rape by force or threat of bodily harm.

Laura Zimmer-Tamakoshi (2003: 237) destacou que os Estados Americanos não estabeleciam uma harmonização nas respectivas legislações sobre estupro e, em 1987, 61% fixavam em dezesseis anos a idade para ser aceito o consentimento para o relacionamento sexual; 26% definiam o estupro envolvendo a penetração na sua caracterização; e 20% incluíam no conceito de estupro toques libidinosos.

A Itália realizou a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, por meio da Lei nº 66, de 15 de fevereiro de 1996, que reformou o Código Penal Italiano, principalmente no que se refere aos crimes sexuais, passando o aborto a ser tipificado pelo artigo 609-A, como crime comum, sem qualquer distinção baseada em gênero, podendo ser cometido tanto por homem como por mulher, contra vítima de ambos os sexos.

No Brasil, entretanto, em 2005, depois da realização da Comissão Parlamentar Mista, formada para análise de todas as formas de exploração sexual de crianças e

adolescentes, em todo o país, foi apresentado o projeto de lei de alteração do Código Penal, principalmente quanto a aspectos terminológicos, para afastar expressões discriminatórias às mulheres, no qual permaneciam definindos separadamente os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, os quais ao final da tramitação no Congresso Nacional foram aglutinados, como um único crime, porém demorou até 2009 para ser aprovado, sem a generalidade que se encontra em diversas legislações de diferentes países, repetindo, no mesmo crime o ato sexual com penetração penis-vagina e outros atos sexuais.

Nos anais do Congresso constam debates que revelam divergências acirradas entre os parlamentares, baseadas inclusive em dicursos de ranços patriarcais, mas, enfim, as necessárias alterações legislativas ocorreram.

Contudo, ainda remanesce o crime de abandono de recém-nascido, vinculado à ocultação de desonra própria, o que enfatiza a utilização de aspectos morais relacionados à maternidade, inclusive o que contraria as alterações propostas pelo Handbook for Legislation on Violence against Women, das Nações Unidas (2010).

O pragmatismo brasileiro prevaleceu, nas alterações, acolhendo apenas parte das reivindicações dos movimentos feministas internacionais e da América Latina e, bem assim, mantendo crime com definição discriminatória contra a mulher, incluindo aspectos morais em relação à maternidade (d"esonra própria").

A incorporação das alterações mencionadas, notadamente, a fusão dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor decorreu daquela forma de globalização, por meio da qual o Direito Interno incorporou propostas internacionais, inclusive prescindindo de mobilizações dos movimentos sociais interessados na temática atingida.

VI – CONCLUSÕES

O ecletismo brasileiro é evidente, pelo menos em matéria de definição de crimes sexuais, porquanto tem prevalecido uma concepção juspositivista na área jurídico-penal e, conquanto não se possa afirmar que se admite o pluralismo jurídico, a gênese das normas jurídico-penais em questão submeteu-se às demandas das lutas feministas, em países do norte, como Canadá, Estados Unidos e Itália, que influenciaram a modificação da legislação brasileira.

O garantismo penal de Ferrajoli, considerado um juspositivista critico, continua sendo aplicado, ao lado das lutas sociais que buscam a eliminação de todas as formas de discriminação das mulheres.

De um lado, a fusão dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, adotando expressões sexualmente neutras, num único tipo penal, permanece ao lado do crime de abandono de recém-nascido, que inclui em sua definição a necessidade de agir para ocultação de desonra própria, prova cabal de preconceito contra a maternidade, em vigor na legislação penal brasileira, que reclama a manutenção da mobilização social para a obtenção de novos avanços.

A incorporação das alterações em relação aos crimes sexuais, no Direito Interno brasileiro, decorreu menos das lutas dos movimentos sociais internos, que combatem todas as formas de discriminação contra a mulher, do que propriamente de mais uma forma de manifestação dos efeitos da globalização, diante dos movimentos feministas em países do norte, que iniciaram reivindicações de alterações nas legislações dos mesmos, nas décadas de 80 (Canadá e Estados Unidos) e 90, culminando com as alterações das definições dos crimes sexuais.

Tirante tais aspectos, a última reforma legislativa, no Brasil, representada pela aprovação das alterações em relação aos crimes sexuais – já referidas internacionalmente, trazidas pela Lei n. 12.015/2009, com a ampliação do crime de estupro com termos sexualmente neutros e abrangendo o atentado violento ao pudor, iniciou-se quatro anos antes, em 2005, e a longa tramitação do respective projeto de lei decorreu da forte resistência que encontrou – como se observa dos debates registrados nos anais do Congresso Nacional – e não nasceu nas lutas dos movimentos sociais, mas das investigações em uma comissão parlamentar mista, apurando a exploração sexual contra crianças e adolescentes, no país, analisando casos concretos denunciados.

A distância entre o discurso jurídico e a prática juridica, denunciada por Zaffaroni, exige mais do que o pragmatismo, que tem caracterizado o jurista brasileiro, que não deve cair nas armadilhas da globalização, nem submeter-se ao eurocentrismo.

A adoção do princípio da intervenção penal mínima, ao lado da maximização do Direito Penal, como a panacéias dos problemas sociais, demanda a transformação dos juristas em cientistas sociais, numa relação dialética entre a técnica que lhe é peculiar e a ciência social, compreendendo as lutas sociais como fonte de Direito e, outrossim, a necessária sensibilização sócio-cultural para a defesa dos direitos humanos – e no caso específico deste estudo, das mulheres – na linha do pensamento de Helio Gallardo.

A defesa dos direitos humanos das mulheres pode ser realizada por várias maneiras, devendo preponderar as medidas que incidam na fase pré-violatória, como proposto por David Sánchez Rubio, sendo o Direito Penal a última ratio, que, entretanto, pode e deve tutelar os bens jurídicos, como a liberdade sexual, como bem apontou Alessandro Baratta em relação ao Direito Penal Mínimo.

As alterações ligislativas representaram avanços legislativos, em questões importantes de gênero, mas, como no Brasil prevalence o positivismo jurídico, os movimentos sociais devem permanecer vigilantes diante da advertência de Helio Gallardo, no sentido de que dentro do garantismo penal de Ferrajoli, os direitos humanos podem ser construídos circunstancialmente, mas em outras condições podem ser desconstruídos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos fundamentales.** Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARAÚJO, Emanuel. **A arte da sedução: sexualidade feminina na colônia.** IN: PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. 9. ed. São Paulo : Editora Unesp, 2008. p. 45-77

BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale mínimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti dela legge penale.** IN: BARATTA, Alessandro. Il diritto penal mínimo : La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici sulla questione criminale, n. 3, 1985, p. 443-473.

BASSANEZI, Carla. **Mulheres dos anos dourados.** IN: PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. 9. ed. São Paulo : Editora Unesp, 2008. p. 607-639

BENEDET, Janine; GRANT, Isabel. **Hearing the sexual assault complaints of women with mental disabilities: consente, capacity, and mistaken belief.**MacGill Law Journal/Revue de Droit de McGill, v. 52, p. 243-289, 2007. In:

<http://lawjournal.mcgill.ca/documents/1219609936_grant-benedet.pdf> Acesso em: 31 jan. 2011

BLAY, Eva Alterman. **Democracia, direitos das mulheres e feminismos.** IN: BRABO, Tânia Suely Antonelly Marcelino (Org.). Gênero, educação, trabalho e mídia. São Paulo : Ícone, 2010. (Coleção conhecimento e vida)

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal Democrático.** São Paulo : Lemos e Cruz, 2005.

_____. (Coord.) **O princípio da igualdade na perspectiva penal : temas atuais.** Colaboradores Alessandra Beatriz Martins... [Et al.]. São Paulo : Editora UNESP, 2007.

BORGES, Paulo César Corrêa; e CARVALHO NETO, Gil Ramos de. **Estudo Comparado da tutela penal da liberdade sexual no Brasil e na Itália.** Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 12, n. 46, p. 279-304, abr./mai./jun. 2009.

BORTOLUCI, José Henrique (2009). **Pensamento eurocêntrico, modernidade e periferia: Reflexões sobre o Brasil e o mundo mulçumano.**Dissertação de mestrado, Programa de Pós-graduação do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo

BRUNO, A. **Direito Penal.**Rio de Janeiro : Forense, 1959. Vol. I. Tomo 1.

COULOURIS, Daniella Georges. **Gênero e discurso jurídico: possibilidades para uma análise sociológica.** IN: CARVALHO, Marie Jane Soares; ROCHA, Cristianne Maria Famer (Org.). Produzindo gênero. Porto Alegre : Sulina, 2004. p. 61-79

CRUZ COSTA, J. **O desenvolvimento da filosofia no Brasil no Século XIX e a evolução nacional.** São Paulo : s.n., 1950.

D'INCAO, Maria Ângela. **Mulher e família burguesa.** IN: PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. 9. ed. São Paulo : Editora Unesp, 2008. p. 223-240

ELUF, Luiza Nagib. Crimes contra os costumes e assédio sexual. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón : Teoría del garantismo penal.** Trad. Perfecto Andrés Ibáñez [et. al.]. Madrid : Editorial Trotta, 2000.

GALLARDO, Helio. **Teoría crítica: Matriz y Posibilidad de Derechos Humanos.**Murcia : Francisco Gomes, 2008.

JOSÉ, Caio Jesus Graduque (2009). **A construção existencial dos direitos humanos.** Dissertação de mestrado, Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, UNESP.

LEITE, D. M. **O caráter nacional brasileiro.**7. ed. rev. São Paulo : Fundação Editora Unesp, 2007.

LUISI, L. **Prefácio.** IN: PIERANGELI, J. H. Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 7-8

MARTIN, Dianne L. **Retribution revisited: A reconsideration of feminist criminal law reform strategies.** Osgoode Hall Law Journal, v. 36, n. 1, p. 151-188. 1998. In: http://www.ohj.ca/archive/articles/36_1_martin.pdf Acesso em: 31.01.2011

MONTEIRO, Angélica; LEAL, Guaraciara Barros.**Mulher: Da luta e dos Direitos.** Brasília : Instituto Teotônio Vilela, 1998.

NORONHA, E. M. **Direito penal : Introdução e parte geral.** São Paulo : Saraiva, 1978. Vol. I

PIERANGELI, J. H. **Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica**. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RAGO, Margareth. **Trabalho feminine e sexualidade.**IN: PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. 9. ed. São Paulo : Editora Unesp, 2008. p. 45-77

RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.**Trad. Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2010.

_____. **Repensar Derechos Humanos : De la anesthesia a la sinestesia.** Sevilla: Editorial Mad, 2007.

SABADELL, Ana Lucia.**Manual de sociologia juridical: Introdução a uma leitura externa do Direito.** 5. ed. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

SEARLES, P.; BERGER, R. J. **The current status of rape reform legislation: An examination of state statutes.** IN: Women`s Rights Law Reporter, n. 10, 1987, p. 25-43.

SOIBET, Rachel. **Mulheres pobres e violência no Brasil urbano.**IN: PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. 9. ed. São Paulo : Editora Unesp, 2008. p. 362-400

THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.

VAINFAS, Ronaldo. **Homoerotismo feminino e o Santo Ofício.**IN: PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. 9. ed. São Paulo : Editora Unesp, 2008. p. 115-140

UNITED NATIONS. **Handbook for Legislation on Violence against Women.**New York : United Nations, 2010. In: <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/v-handbook.html>. Acesso em: 31 jan. 2011

VEDOVATO, Luís Renato. **A globalização e o Direito Internacional.**IN: LEMOS FILHO, Arnaldo… [et al.]. Sociologia geral e do Direito. 4. ed. Campinas : Editor Alínea, 2009. p. 235-258

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal.**5a. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição.Rio de Janeiro : Revan, 1991.

ZIMMER-TAMAKOSHI, Laura.**Rape and other sexual aggression.**IN: Encyclopedia of sex and gender: Men and Women in the world`s cultures. New Haven: Yale University, 2003; New York : Kluwer Academic, Plenum Publishers, 2003. p. 230-243

TUTELA PENAL-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM PROPORCIONAL DO FENÔMENO CRIMINOLÓGICO NO BRASIL

Roberto Galvão Faleiros Júnior[*]

1. INTRODUÇÃO

As reflexões apresentadas no presente trabalho inserem-se, de forma tangencial, dentro dos estudos atinentes à reformulação paradigmática do Direito Constitucional e suas inúmeras implicações em todas as perspectivas do fenômeno jurídico.

Todo este movimento jurídico-político produziu enormes mudanças não apenas na ciência jurídica, mas também na ciência política e nos contornos dos Estados nacionais.

Estas mudanças teóricas tiveram como marco histórico o final da Segunda Guerra Mundial e, especificamente no Brasil, a promulgação da Constituição da República de 1988. O marco filosófico apontado pela doutrina é a formulação do pós-positivismo e, como marco teórico**,** as considerações sobre a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a confecção de uma interpretação constitucional peculiar[1].

O sistema punitivo de maneira geral e a situação degradante dos cárceres são realidades inquietantes que fazem com que novas reflexões e proposições sejam formuladas para que cessem as constantes violações de direitos. Acaba-se constatando, em certa medida, que o próprio Estado ou sistema jurídico que deveria promover e tutelar os direitos humanos acaba, por uma série de fatores, engendrando ilicitudes e violações.

Para sustentar a elaboração destas críticas e revelações dos problemas recorre-se as formulações contextualizadas dos direitos humanos e da situação do sistema punitivo. A doutrina correntemente utilizada para procurar explicar toda esta situação peculiar demonstrou-se tímida e insuficiente.

Esta situação teórica e a visualização dos problemas concretos permitem estabelecer um profícuo diálogo entre o Direito Constitucional, o Direito Penal e os direitos humanos[2]. Deste modo, a abordagem do fenômeno criminológico estará centrada nos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, em detrimento do foco tradicional operado pela doutrina.

1.1. As concepções tradicionais dos direitos humanos

O desenvolvimento teórico tradicional dos direitos humanos perpassou por diferentes concepções e embasamentos. Inicialmente, procurou-se enquadrar os

---

[*] Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Universidade Estadual Paulista – Campus de Franca. Integrante do Núcleo de Estudos da Tutela Penal dos Direitos Humanos. robfaleiros@hotmail.com

1 Cf. Barroso (2009, p. 243-266)

2 Em todo o artigo, não se diferenciará (com fundamento na doutrina de Paulo Bonavides e Joaquín Herrera Flores) como faz a doutrina tradicional, os Direitos Humanos dos Direitos Fundamentais.

fundamentos desses direitos dentro das formulações teológicas, indicando-os como emanadas de alguma divindade.

Na perspectiva racionalista, os fundamentos desses direitos não estavam mais em Deus, mais na racionalidade do homem. De forma aproximada, era a abordagem antropológica que os fundamentavam na natureza humana. A concepção normativa estrutura esses direitos como oriundos apenas da norma.

A abordagem histórica, mais contemporânea, entende que os direitos humanos são produtos do processo histórico e, neste sentido, afirma Norberto Bobbio (1992, p. 5):

> [...] que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem uma vez por todas [...] Nascem quando devem ou podem nascer.

Essa abordagem nos permite identificar as contradições, os avanços e os retrocessos que permeiam peculiarmente a temática. Por essas razões, costumeiramente se reconhece que a Guerra de Independência Norte-Americana (1776) e principalmente a Revolução Francesa (1789) com seus lemas, liberdade, igualdade e fraternidade, forjaram a noção mais conhecida de direitos humanos.

No sentido desta noção corrente dos direitos humanos, é condizente alertar para as diversas tentativas de identificar, com intuito de compreendê-los, o momento temporal específico do surgimento de cada um dos anseios sociais, denominados doutrinariamente como geração ou dimensão.

Essa construção doutrinária é amplamente criticada em razão da possibilidade de fragmentação da compreensão de todo o processo sócio-histórico que permeia os direitos humanos. De todo modo, as diversas classificações doutrinárias são correntes e próprias dessas perspectivas tradicionais de compreender o fenômeno ora citado.

Nesse viés, diversos estudiosos formularam entendimentos próprios e específicos, o que demonstra a enorme complexidade do tema e a própria fragmentação de concepções e compreensões.

Considera-se, majoritariamente, como precursor T.H. Marshall, que dividiu os direitos humanos em três gerações[3]. Este autor sustentava que a primeira geração, dos direitos civis, teve início no século XVIII; a segunda geração, a dos direitos políticos, foi estruturada no século XIX; e a terceira geração, dos direitos sociais e econômicos, foi edificada nos primórdios do século XX.

No Brasil, refere-se de forma recorrente à tipologia utilizada por José Alcebíades de Oliveira Junior, que acrescenta mais duas dimensões a essa divisão clássica.

José Alcebíades reconhece como de primeira dimensão os direitos civis e políticos, reconhecidos nas declarações entre os séculos XVIII e XIX. Estes direitos irradiados pelo Iluminismo possuem um alcance negativo, ou seja, contra o Estado, e exigem certa abstenção dos órgãos políticos.

A Declaração da colônia inglesa da Virgínia, de 1774, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, são consideradas as primeiras formulações sistematizadas dessa dimensão.

---

[3] Cf. Wolkmer (2004, p. 4)

A segunda dimensão envolve os direitos sociais e econômicos e se edificou entre o século XIX e o início do século XX. Sua amplitude foi concomitante ao surgimento e crise do Estado liberal e o surgimento do Estado do bem-estar social. Considera-se a Constituição mexicana de 1917, a Constituição russa de 1918 e a Constituição da República de Weimar de 1919 as sistematizações precursoras dessa segunda dimensão.

Como de terceira dimensão reconhecem-se os direitos coletivos e difusos, denominados também transindividuais, com exteriorização estimada entre as décadas de sessenta e setenta do século XX. Esses direitos, com conteúdo de solidariedade, transplantam a subjetividade do ser humano, pois, consideram sujeitos indeterminados como os titulares dos mesmos. Dentre os doutrinados do tema, verificam-se diversas especificidades quando tratam sobre os direitos de terceira dimensão. Alguns afirmam que os direitos à comunicação e à paz estão situados dentro desse espectro. Outros alertam para o direito à autodeterminação dos povos, perpassando pelo debate acerca da soberania, disposição dos recursos naturais próprios, identidade cultural e também patrimônio comum da humanidade. De outro lado, surgem doutrinas que relacionam essa dimensão apenas ao meio ambiente equilibrado, aos direitos da criança e do adolescente e aos direitos do consumidor.

Dentro dessa lógica classificatória, alguns estudos aventam que os direitos humanos de quarta dimensão[4] surgiram no cenário mundial no final do século XX, em função do desenvolvimento tecnológico e das pesquisas genéticas que forçosamente inseriram a questão dentro da ordem jurídico-social.

Esta considerada nova dimensão, comumente denominada de bioética, trata da relação médico-paciente; das regulamentações de experiências e pesquisas com seres humanos; de questões envolvendo a procriação, a eutanásia, o genoma humano, transplante de órgãos, organismos geneticamente modificados, etc.

No entanto, parece que não se finda os anseios humanos sobre as formulações das dimensões desses direitos e já se discute uma quinta dimensão como anunciada por Wolkmer (2004, p.12): "A passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual."

As sistematizações mencionadas, embora de viés didático, não conseguem clarear e nem mesmo fornecer elementos que permitam uma compreensão abrangente sobre os surgimentos, desenvolvimentos e consolidações dos direitos humanos.

1.2. Direitos humanos como produto das lutas sociais

Diante da insuficiência das contribuições teóricas retratadas, recorre-se à perspectiva crítica dos direitos humanos para uma concepção mais concreta do tema, aproximando as formulações teóricas dos processos sociais.

A realidade humana construída é permeada de conflitos e contradições e a formulação e busca por direitos é inerente a todas as formas de disputa por poderes e legislações.

Neste sentido, é inerente à própria gênese dos direitos humanos o confronto com a ordem jurídico-social antecedente. O surgimento desses direitos ocorre dentro de um processo de luta, em função, principalmente, dos descompassos do ordenamento

[4] Para Paulo Bonavides a democracia é um direito de quarta dimensão. (BONAVIDES, 2001. p. 9).

jurídico com a realidade social. Neste viés, afirma Joaquim Herrera Flores (2007, p. 100-101):

> [...] es el afirmar que lo que convencionalmente denominamos derechos humanos, no son meramente normas jurídicas nacionales o internacionales, ni meras declaraciones idealistas o abstractas, sino procesos de lucha que se dirijan abiertamente contra el orden genocida y antidemocrática [...][5]

Dentro desta noção é possível perceber como o desenvolvimento da sociedade e as demandas pelo reconhecimento desses direitos possibilitaram a normatização e constitucionalização de diversos anseios.

Ainda, com a crescente complexidade social, progressivamente percebeu-se o surgimento de diversos documentos e tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Neste sentido, o que pode indicar que o surgimento e positivação desses direitos são condicionados por épocas históricas específicas e permeados por diversas construções culturais.

No entanto, esta concepção crítica dos direitos humanos não se contenta e nem se modula exclusivamente nos textos, tratados e constituições. A noção processual, de luta e ação social é constante, o que indica a necessária busca pela reafirmação da dignidade humana, conforme anunciado por David Sánchez Rubio (2010, p. 17):

> Direitos humanos têm mais a ver com processos de lutas para abrir e consolidar espaços de liberdade e dignidade humana. Podem ser concebidos como o conjunto de práticas sociais, simbólicas, culturais e institucionais que regem contra os excessos de qualquer tipo de poder que impedem aos seres humanos constituírem-se como sujeitos.

Constantemente, portanto, deve-se permitir e construir mecanismos que permitam que os sujeitos sejam e tenham suas dignidades promovidas e reconhecidas. Não basta, apenas, a nomeação ou formalização de um direito ou um anseio social, é necessária a permanente abertura de espaços e práticas.

A compreensão dos direitos humanos como processos de lutas possibilita a denúncia da insuficiência das concepções tradicionais produtoras, em grande medida, de igualdades meramente formais. Possibilita, ainda, a identificação de injustiças concretas perpetradas por equívocos e apegos teóricos.

Assim, os direitos humanos, nesta perspectiva, podem ser visualizados também como instrumentos no sentido apresentado por Joaquín Herrera Flores (2009, p. 68-69):

> Ou seja, os direitos humanos não devem ser vistos como entidades supralunares, ou, em outros termos, como direitos naturais. Ao contrário, devem ser analisados como produções, como artefatos, como instrumentos que, desde seu início histórico na modernidade ocidental, foram instituindo processos de reação, insistimos,

5 Tradução livre: [...] é afirmar que o que convencionalmente chamamos de direitos humanos não são meramente normas jurídicas nacionais ou internacionais, nem meras declarações idealista ou abstratas, mas processos de lutas que se direciona abertamente contra a ordem genocidas e anti-democrática [...]

> funcionais ou antagonistas, diante dos diferentes entornos de relações que surgiam das novas formas de explicar, interpretar e intervir no mundo.

De modo que, a percepção e consideração destas outras concepções dos direitos humanos, permitem entender que os direitos humanos não são apenas textos e tratados, mas também podem ser um instrumento importante para compreender as contradições sociais e mediar as relações.

A constante promoção e tutela dos direitos humanos perpassam pela incessante luta por ampliação de seus reconhecimentos jurídicos e pelo aprofundamento da concretização dos direitos já conquistados.

2. PERSPECTIVAS CONSITUCIONAIS DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1. O Código Penal brasileiro e suas desproporções

O Código Penal brasileiro é um Decreto-lei publicado em 1940 e, mesmo sofrendo a reforma da parte geral em 1984 e sucessivas alterações, não corresponde aos anseios da sociedade brasileira do século XXI.

Esse diploma, por inúmeras razões, acaba tutelando de forma completamente desproporcional bens jurídicos relevantes. Portanto, ao invés de realizar e promover segurança, bem ainda respeito à dignidade humana acaba gerando inúmeras disparidades e até mesmo injustiças. Os extremos podem ser aventados quando se disseca o princípio da proporcionalidade/razoabilidade:

> Explore-se um pouco mais além o conteúdo do principio da razoabilidade. Como delineado acima, consiste ele em um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. (BARROSO, 2009, p. 259)

De tal modo, o princípio comentado poderia ser utilizado justamente para controlar a discricionariedade do legislador penal, com o intuito de equiparar tratamentos desiguais. Desta feita, se viabilizaria concretamente que as disparidades exemplificadas abaixo não se espraiassem pelo interior da sociedade.

Inúmeras desproporções são encontradas no Código Penal. De início, menciona-se o notório conteúdo machista, ao tratar o gênero feminino de forma completamente discriminatória. Embora recentes mudanças tenham retirado formalmente a menção "mulher honesta", o art. 59 do Código[6] ainda permite margens para considerações retrógadas.

---

6 Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Como exemplo[7], verificamos que o delito de latrocínio[8] prevê uma pena de 20 a 30 anos de reclusão, em discrepância com a pena de 12 a 30 anos de reclusão prevista para o crime de estupro de vulnerável que resulte em morte[9]. A relação resta gritante se comparada com a pena de 6 a 20 anos reclusão estipulada para o homicídio simples[10]. O patrimônio, segundo o Código, merece uma tutela mais repressora do que os bens jurídicos vida e liberdade sexual.

Para evidenciar as desproporções, menciona, ainda, que o Código Penal prevê uma pena de 2 a 8 anos de reclusão para um agente que reduz alguém à condição análoga de escravo[11] e estipula uma pena de 3 a 8 anos de reclusão para um sujeito que subtrai um veículo automotor e o transporta para outro Estado ou para outro país[12]. Ora, há um nítido tratamento não equânime nesses exemplos. O furto e transporte de um veículo automotor para outros Estados recebe tratamento penal mais repressivo do que manter um trabalhador como escravo.

Ainda mais, escancarando os equívocos mencionados:

> Para deixar um pouco mais clara a reflexão, atém-se ao seguinte fato: se um criminoso, sem a intenção de matar, furar os dois olhos de uma pessoa e, a ainda, deixá-la tetraplégica, poderá receber uma pena de 2 a 8 anos de reclusão, mas, se ousar a roubar o relógio de uma pessoa, ameaçando-a com uma arma de brinquedo, sem lhe produzir qualquer lesão física, estará sujeito a uma pena de 4 a 10 anos de reclusão. (ANDRADE, 2009, p. 27)

Estas previsões e tipos penais podem gerar inúmeras injustiças e estigmas, revestindo determinados sujeitos, segmentos sociais, ou até mesmo o gênero feminino, de uma alta carga discriminante sem qualquer fundamento jurídico.

O que talvez cause maior desalento é perceber que mesmo com as diversas alterações sofridas pelo Código, poucas situações foram amenizadas. Na realidade, o que se verifica é uma perpetuação dessa mentalidade patrimonialista e desproporcional, completamente dissociada de uma necessária adequação à Constituição Federal.

---

7 Cf. Andrade (2009, p. 15-35)

8 Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa

9 Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

§ 4o Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

10 Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos

11 Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência

12 Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

§ 5º A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

2.2. As incongruências do sistema punitivo

As previsões normativas desproporcionais influem de forma decisiva em todo o Sistema de Justiça. Diariamente, inúmeras ofensas a bens jurídicos são tratadas e reprimidas de forma equivocadamente e até mesmo injusta.

Estes aspectos são demonstrados quando se verifica o sistema penitenciário brasileiro. Sem entrar na discussão da notória violação da Lei de Execuções Penais e da própria Constituição em relação ao tratamento dispensado aos presos brasileiros, é possível perceber como são nefastas estas desconexões do sistema.

O relatório de junho de 2010 do Departamento Penitenciário Nacional (DPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça[13], traz inúmeras peculiaridades. A população brasileira é estimada em 191.480.630 de habitantes e a população carcerária é de 494.237 pessoas. O que enseja na alarmante proporção de 258,11 pessoas presas por 100.000 habitantes.

Os dados acima poderiam causar estranheza e desencadear em transformações de diversas políticas públicas, no entanto, com a análise do relatório aos poucos se percebe a enorme gravidade e desproporção do Sistema.

A quantidade de crimes, tanto tentados como consumados, é de 432.787. E a maior quantidade de pessoas presas, 217.247 (50,19% do total), refere-se a crimes contra o patrimônio. Este aspecto poderia ensejar diversas análises e conclusões, denunciando tanto a preocupação meramente patrimonialista do Código Penal e do Sistema de Justiça, como também graves problemas sociais.

Ocorre que o relatório nos traz outros aspectos. No Brasil, existem apenas 59 pessoas presas pelo delito de apropriação indébita previdenciária[14], crime normalmente praticado por pessoas com relativo poder aquisitivo. Como já dito, longe de ser reducionista e para além de inúmeras variáveis que concorrem para essas estatísticas, o Direito Penal brasileiro atua de forma desarrazoada tutelando bens jurídicos em completo descompasso com a realidade e com a Constituição.

Ainda há mais. Segundo relatório da ONG Transparência Internacional[15], o Brasil ocupa a 69ª posição entre 178 países no Ranking de percepção de corrupção. No entanto, segundo o Relatório do Departamento Penitenciário Nacional há apenas 723 pessoas presas por crimes contra a Administração Pública. Estas percepções demonstram que a cifra negra[16] em relação a estes crimes é enorme.

Infelizmente o relatório do DPEN não menciona diversos crimes previstos em legislação especial, tais como, crime contra o sistema financeiro, sonegação fiscal ou contra

---

13 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.html>. Acesso em 20 out. 2010

14 Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

15 Disponível em: www.transparency.org. Acesso em 26 out. 2010

16 (SANTOS, 2006, p. 13) [...] a cifra negra representa a diferença entre aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sobre pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social

a ordem econômica. Esta omissão ou é em razão da falta de presos por estes crimes ou por equívocos no levantamento e não em função da ausência no cometimento de crimes.

A afirmação é possível e constatada após analise do levantamento produzido pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário[17] (IBPT) sobre sonegação fiscal pelas empresas brasileiras. Este estudo foi publicado em 2009 e elenca dados entre anos 2000 a 2008.

O estudo aponta que a sonegação das empresas brasileiras corresponde a 25% do seu faturamento. Alerta que o faturamento não declarado chega a alarmantes R$ 1,32 trilhão. E os tributos sonegados pelas empresas somam R$ 200 bilhões por ano.

Assim, mais uma vez demonstra-se que existe uma persecução penal incongruente no Brasil, pois, bens jurídicos relevantes ou ofensas a certos bens jurídicos que promovem maior repercussão social e econômica são pouco averiguados, reprimidos e punidos. Um redirecionamento da atuação estatal é imprescindível para que o Direito Penal não realize, em certos casos, tutelas excessivas e em outros deficientes.

Neste sentido que se deve buscar substrato no princípio da proporcionalidade como enunciado por Luciano Feldens:

> A doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção de proibição do excesso (*Übermassverbot*). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas como *uma* de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição doe excesso, a *proibição de infraproteção* ou de *proteção deficiente* (*Untermassverbot*) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental. (FELDENS, 2005, p. 108)

2.3. Bens jurídicos constitucionalmente relevantes e sua tutela penal

Assim, para evitar uma proteção insuficiente, a Constituição Federal de 1988 poderia ser considerada como conteúdo normativo do Direito Penal. De tal modo, os bens jurídicos expressamente mencionados receberiam maior tutela e acuidade. Neste viés leciona Feldens (2005, p. 60): "A intensa relação que compartem a Constituição e o Direito Penal pode ser diagnosticada, *prima facie*, pelo universo de normas explicitamente positivadas na ordem normativa superior (Constituição Penal em sentido formal)".

A Constituição brasileira ressalva inúmeros bens jurídicos que merecem uma efetiva tutela penal. No art. 5º encontram-se os seguintes: previsão de legislação repressiva contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, no inciso XLI; racismo no inciso XLII; tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos no inciso XLIII; e ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático no inciso XLIV.

---

17 Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/home/publicacao.list.php?publicacaotipo_id=2>. Acesso em: 15out. 2010.

No artigo 7º, inciso X[18], encontramos a previsão sobre a retenção dolosa do salário dos trabalhadores. No art. 29-A, §2º[19] a estipulação de crime de responsabilidade do Prefeito Municipal e no §3º[20] de responsabilidade do Presidente da Câmara dos Vereadores.

No art. 37, §2º[21] anuncia a responsabilização de agentes públicos por ato de improbidade administrativa. No art. 50[22], aventa para os crimes de responsabilidade de Ministros ou titulares de órgãos subordinados à Presidência da República. Da mesma forma, no art. 85[23], enumera os crimes de responsabilidade do Presidente da República. E no art. 100, §7º[24], com a redação da Emenda Constitucional 62/2009, indica o crime de responsabilidade de Presidente de Tribunal. No mesmo viés, no art. 167, §1º[25] ventila o crime de responsabilidade de gestor público.

Agora, no art. 225[26], denotam-se as condutas lesivas ao meio ambiente e no art. 227, § 4º[27], há estipulação para a punição em razão do abuso, a violência e a exploração sexual de criança ou adolescente.

---

18 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; [...]

19 § 2o Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal: I - efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo; II - não enviar o repasse até o dia 20 de cada mês; ou III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

20 § 3o Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1o deste artigo.

21 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; [...] § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

22 Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.

23 Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

24 § 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

25 § 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

26 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

E no art. 236, §1º[28], prevê a responsabilidade criminal dos notários, oficiais de registro e prepostos.

No entanto, podemos ainda verificar algumas menções implícitas no texto constitucional para que determinadas condutas sejam criminalizadas. Esta percepção, de origem alemã, não pode estar dissociada dos princípios do Direito Penal, em especial da intervenção mínima e da subsidiariedade. Ainda assim, estará permeada, fundamentada e limitada pelo princípio da proporcionalidade no sentido já mencionado.

Assim, aventa-se que o reconhecimento dessas previsões de criminalização implícitas envolveriam a verificação se o bem jurídico tutelado possui relevante situação dentro da estrutura constitucional e se a proteção normativa vigente se mostrasse insuficiente para uma tutela, o que reclamaria a previsão de uma sanção penal. A partir deste recorte, podemos identificar que a Constituição Federal de 1988 não exigiu expressamente a tutela penal de violações contra a vida, a dignidade humana ou mesmo contra a liberdade. De qualquer forma, como inerentes à própria conceituação de Estado Constitucional, evidente que se faz necessária uma previsão punitiva contra atos que os atentem.

Essas previsões expressas e implícitas de tutela, por vezes, são desrespeitadas tanto pelo legislador infraconstitucional, que acaba não confeccionando a legislação determinada pela Constituição, como pelos agentes estatais, que acabam focalizando a persecução penal em bens jurídicos relevantes apenas para o Código Penal. É neste sentido que explana Márcia Dometila Lima de Carvalho:

> Toda norma penal carece de fundamentação constitucional. Portanto, a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na descriminalização ou não aplicação da norma penal. (CARVALHO, 1992, p. 23)

Assim, a discussão doutrinária sobre punição e criminalização de condutas deveria, necessariamente, sob pena de inaplicabilidade ou até mesmo inconstitucionalidade, estar fundada nestas expressões Constitucionais.

3. NOVAS POSSIBILIDADES TEÓRICAS

3.1. Constitucionalização do Direito Penal

A percepção da necessária relação entre Direito Constitucional e Direito Penal não é recente. Como já mencionado no início do artigo, com o pós-guerra e o surgimento do movimento político-jurídico do neoconstitucionalismo, inúmeras transformações se iniciaram na visualização da Ciência Jurídica. Uma delas, pertinente para o intuito ora exposto, refere-se à constitucionalização de direitos. Como construção doutrinária, o processo aludido contém como principais fatores: a eficácia horizontal

---

27 § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

28 § 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

dos direitos fundamentais; a filtragem constitucional (Princípio da interpretação conforme a constituição); a rematerialização da Constituição (Ampliação do seu conteúdo); maior abertura para interpretação constitucional (Métodos de interpretação específicos); e a judicialização de conflitos.

Dentro da sistemática apresentada, diversas disciplinas jurídicas, em razão da mudança paradigmática, passaram a se sustentar em suas Constituições. No Brasil, não foi diferente.

Destarte, dentre outros ramos, o Direito Civil, o Trabalhista, o Processual e o Administrativo buscaram seus fundamentos normativos, limites materiais e fontes valorativas na Constituição. O Direito Penal, peculiarmente, permeou este caminho de forma lenta e gradual. Embora encontremos trabalhos, livros, congressos e jurisprudência nesse sentido, a cultura jurídica nacional resiste de forma mais incisiva numa aproximação.

De qualquer maneira, a justaposição, interlocução e até mesmo determinação fundante do Direito Penal pelo Direito Constitucional é irreversível. A normatividade da constituição (força normativa), a supremacia constitucional e sua centralidade são fenômenos consolidados no cenário jurídico e que ensejam essa abordagem multidisciplinar.

Recorre-se novamente à lição salutar de Márcia Dometila Lima de Carvalho:

> Assim, voltando ao Direito Penal, a sua relação com a Constituição se verifica quando se depreende que a essência do delito se alicerça em uma infração ao direito, e o conceito do que é direito tem que ser deduzido do que se encontra concentrado como tal, como idéia de justiça, expresso no ordenamento constitucional. (CARVALHO, 1992, p. 37)

Nesse sentido, o ordenamento constitucional e os bens jurídicos tutelados (expressa ou implicitamente) serão norteadores de toda a configuração do Direito Penal. Não há, no entanto, uma relação conflituosa ou de sobreposição, mas como explicita Feldens (2005, p. 94): "A relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidências, senão de coerência."

Para o atingimento da necessária coerência, serão necessários, novos mecanismos interpretativos, novos pressupostos normativos e até mesmo outras normas, agora condizentes com esta readequação do Direito Penal.

Em sede Constitucional, a doutrina, sobretudo estrangeira, já está bem avançada ao postular a força normativa dos princípios, a ponderação entre eles, a teoria argumentativa como maneira de superação desses conflitos. No entanto, no Brasil, estamos carentes de fundamentações coerentes e propositivas, dentro de nossa realidade jurídica. Igualmente, acabamos importando estas importantes formulações teóricas, mas que acabam não se adequando completamente às peculiares estruturas normativas.

De qualquer modo, os direitos humanos se apresentam como o ponto nevrálgico entre Direito Penal e ordenamento constitucional. Portanto, para estabelecer decisivamente o alegado, recorremos ao apresentado por Luciano Feldens:

> O discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre a sua adaptação material à Constituição. Ambos compartem, entre si, uma relação axiológica-normativa por

> meio da qual a Constituição, ao tempo em que garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal a partir de estrutura valorativas que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal. (FELDENS, 2005, p. 38).

3.2. Direitos humanos como fundamento para o Direito Penal

Diante de todo o exposto, de forma direcional, são necessárias algumas reflexões e propositurras.

Evidentemente a sociedade não é um todo consensual. Existem conflitos, anseios divergentes, proposições e nuances. Ocorre que diante de uma atuação Estatal, sobretudo preventiva ou repressora levada a cabo, principalmente pelo Direito Penal e agentes públicos, qualquer discrepância ou discriminação deve ser evitada. Não se aventa para a equalização de sujeitos e condutas, postura até contrária a diversos princípios penais. Ocorre que, da forma como é conduzida esta especifica política pública, o Estado brasileiro acaba estigmatizando inúmeros sujeitos que estão no limbo deste vicioso sistema.

De todo modo, a percepção é evidenciada tanto pelos dados já mencionados nesse artigo, como pela construção doutrinária da teoria criminológica do etiquetamento social[29]. Destarte, o fenômeno criminológico, como denunciado, é abordado de forma desproporcional gerando concepções opostas dessa mesma realidade. Algumas pessoas são definidas, estipuladas, estigmatizadas como criminosas e desviantes por outras. Assim, promove-se uma desconfiguração do próprio Direito e até mesmo da atuação do Estado.

A desproporção tanto das normas e penas estampadas no Código Penal, como também a atuação tradicionalmente viciada dos agentes públicos nesta ceara, produz, como demonstrado pelo relatório do DPEN apresentado, obscenidades e injustiças. Milhares de sujeitos são criminalizados de forma incabível, enquanto outras condutas violadoras de bens jurídicos continuam impunes pelas razões apresentadas. A desviação, o cometimento do crime não é um dado ontológico de qualquer ação, mas, na realidade, é o resultado de uma complexa ação social.

Esta percepção já produziu tímidas modificações no ordenamento jurídico brasileiro. Há, em certa medida, a aplicação dos princípios da intervenção mínima, da insignificância e até mesmo da não-culpabilidade. Algumas condutas foram descriminalizadas, para parte da doutrina, com a adoção das penas alternativas ou a previsão dos juizados especiais criminais.

Com efeito, uma das possibilidades de estancar essas violações é uma ressignificação do Direito Penal. No entanto, longe de uma ingenuidade romântica, qualquer construção teórica progressista deve vir acompanhada tanto de mudanças legislativas como da cultura jurídica engendrada.

---

[29] "[...] a decorrência lógica da criminalização de condutas e da persecução penal não é outra que o surgimento de um processo estigmatizando para o condenado. A pena atua como geradora de desigualdades. Ela cria uma reação dos círculos familiares, de amigos, de conhecidos, que acaba por gerar uma marginalização no âmbito do mercado de trabalho e escolar." (SHECAIRA, 2004, p. 300).

Os direitos humanos, como amplamente demonstrados, podem ser, além de limite, também fundamentos desse Direito Penal do século XXI. A intervenção punitiva (preventiva e repressiva) do Estado deve estar claramente delimitada: de um lado, estrutura-se a maximização da intervenção punitiva (com a persecução dos delitos constitucional e socialmente relevantes), tendo os direitos humanos como fundamento; e de outro, concretiza-se a minimização da intervenção estatal repressora (produzindo-se até medidas despenalizadoras) utilizando os direitos humanos como limite concreto.

Ademais, reestruturação do sistema penal perpassará pela elaboração de leis direcionadas para uma repressão mais forte de determinadas condutas e mais complacentes com outras. Posteriormente, com a necessária mudança da cultura jurídica, os aparelhos repressivos do Estado, dentre eles a Polícia, o Ministério Público e Poder Judiciário, agirão com nítido intuito de tutelar os bens jurídicos constitucionalmente relevantes, atendendo e possibilitando uma máxima eficácia aos direitos humanos.

Portanto, o Direito Penal brasileiro, após a promulgação da Constituição da República de 1988, restou carente de novos fundamentos para uma adequação concreta à nova ordem constitucional. Em virtude disso, os direitos humanos, como evidenciação da luta pela dignidade humana, podem ser centrais na edificação deste novo papel do Direito penal. Desse modo, conseqüentemente, os direitos humanos podem ser o fundamento derradeiro do Direito Penal, como profetizado por Fábio Konder Comparato (1998, p. 60):

> [...] é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento da validade – do Direito em geral e dos direitos humanos em particular – já não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica – a natureza como essência imutável de todos os entes do mundo. Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa [...] (COMPARATO, 1998, p. 60)

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa. **Direito Penal Diferenciado.** Florianópolis: Conceito Editoral, 2. ed 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a formulação do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 11. ed., 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência: por uma hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal Democrático.** São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Fundamentos dos direitos humanos.** In MARCÍLIO, Maria Luiza e outros (Coord.) Cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 1998. p. 53-74

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo Manual Básico de Criminologia.** Tradução de Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal:** a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Penal:** garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Tutela Penal dos interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público:** uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos:** os Direitos Humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRAGOSO, Cláudio Heleno Fragoso. **Direitos Penais e Direitos Humanos.** São Paulo: Editora Forense, 1977.

MAÍLLO, Afonso Serrano. **Introdução à criminologia.** Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org). Direitos *Humanos e Globalização* **Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica.** Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo Direitos Humanos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática: a crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. v.1.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia radical.** Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SHECARIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro***,* v. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos.** In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). Direitos Humanos e Globalização Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, p. 03-19, 2004.

A CONSTRUÇÃO CULTURAL DO GÊNERO E A DESCONSTRUÇÃO DOS SUSTENTÁCULOS DA DISCRIMINAÇÃO: UMA CONCEPÇÃO FEMINISTA PÓS-ESTRUTURALISTA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA HUMANA

Taylisi de Souza Corrêa Leite[*]

1. INTRODUÇÃO

Toda vez que se invoca o "gênero" como uma categoria absoluta, "a priori", está-se cometendo um erro profundo. Muito embora toda a nossa cultura esteja fundada numa dicotomia entre homens e mulheres, sustentáculo da sociedade patriarcal, os referenciais identitários que separam masculino e feminino, situando cada qual em categorias apartadas e estanques, é um construto sócio-cultural de salutar importância quando se deseja compreender o fenômeno do sexismo. Nesse passo, a marcação do "gênero", como uma nova possibilidade discursiva emancipatória da subjetividade, é uma tentativa de suplantar a hierarquização. Todas as categorizações desse sistema binário possuem o escopo de situar homens e mulheres em papeis sociais específicos, e esse dualismo, que, no ocidente, remonta à tradição judaico-cristã, não foi alterado na modernidade. Na realidade, a mitificação de um sujeito universal só veio reforçar o não-lugar daqueles que não puderam se enquadrar nesse referencial abstrato que suportou toda a positivação moderna de direitos subjetivos.

O sujeito do cogito cartesiano é, certamente, como o próprio Descartes, um sujeito masculino, que, apreendido pelo ideário iluminista a fim de sustentar a razão esclarecida como única forma de se chegar ao conhecimento, é a única fonte de direitos individuais, numa revisão jusnaturalista racionalista, constituindo o 'sujeito de direito' moderno. Essa categorização universal, própria do iluminismo, reduziu toda e qualquer subjetividade a uma única abstração, a qual, no entanto, não comportava outras subjetividades que não a do homem branco burguês proprietário e heterossexual, claro. Nesse sentido, a modernidade negou subjetividade à mulher, indo buscar fundamento em discursos biologistas, afeitos à razão, pois já não mais se podia afirmar que a mulher era um ser inferior pela vontade de deus. A racionalidade moderna não comporta outras mitificações que não a de si mesma, e, de algum modo, precisava sustentar as teias sociais construídas pela fantasmagoria da religiosidade, enquanto interessantes para a manutenção de estruturas concentradas de poder, de acordo com os interesses do Capital.

Ocorre que as dinâmicas relacionais incrustadas no seio social já se pautavam em relações hierárquicas de poder, que passavam também pela diferença de sexo, idônea a atribuir papeis sociais distintos a homens e mulheres, perfazendo sempre o empoderamento do masculino. Essas dinâmicas remontam à formação moral do

[*] Advogada. Professora universitária. Aluna do programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da FCHS-Unesp, campus de Franca. Membro do NETPDH – Núcleo de Estudos da Tutela Penal dos Direitos Humanos

ocidente e foram apreendidas pela modernidade capitalista de forma muito específica, afastando a mulher do patamar de subjetivação universalizante de direitos e da razão, aproveitando-se de sua subjugação cultural para explorar a mão de obra feminina mais drasticamente do que a masculina, e utilizando as investidas psíquicas de necessidade de aceitação pelo masculino para fomentar o consumismo feminino exacerbado.

Contudo, o machismo não é uma criação do capitalismo nem da modernidade. Por essa razão, ainda que o materialismo dialético seja imprescindível para uma compreensão sociológica, as grandes categorias marxianas são insuficientes para dar conta das relações de gênero nas suas minúcias psíquicas e intersubjetivas mais comezinhas, as quais são justamente o maior sustentáculo da sociedade falocêntrica. Nesse sentido, temos que uma genealogia moral, cultural e social, acompanhando as proposições metodológicas de Michel Foucault, seja mais adequada à compreensão deste fenômeno discriminatório, especialmente, se pensarmos as pontuais relações de poder que se estabelecem entre as pessoas no cotidiano com base na diferença de sexo. Assim, temos que o machismo não é sustentado superestruturalmente pelo Estado, pela economia ou pelo Direito, mas deriva de relações pulverizadas de poder, com fundamento cultural muito profundamente arraigado nos sujeitos; e, mais, por essa razão, ainda que aquele último venha a reconhecer positivamente direitos subjetivos para as mulheres, teremos extrema dificuldade em realizar sua efetivação.

Nesse sentido, é que sugerimos, neste trabalho, uma compreensão antropológica mais profunda dos processos discriminatórios das mulheres a partir da reconstrução das proposições de masculino e feminino ao longo da formação cultural das identidades de gênero no ocidente, para que, a partir daí, possamos conceber o "gênero" como um construto perene e dialético e uma reivindicação de resistência do movimento feminista, que marca a diferença para alcançar a igualdade, até culminarmos numa revisão pós-estruturalista desse sistema binário masculino-feminino em direção à construção, num futuro próximo, de uma identidade humana, simplesmente humana.

2. A COMPOSIÇÃO HISTÓRICO-CULTURAL DA SUPREMACIA DO MASCULINO NO OCIDENTE

Intentando emprestar radicalidade ao estudo do sexismo no ocidente, no sentido de buscar historicizar a discriminação, numa genealogia foucaultiana, cumpre-nos investigar qual a gênese dos processos de inferiorização do feminino. Eis um desafio, uma vez que não há estudos historiográficos ou antropológicos que situem precisamente a questão. Com base em algumas evidências culturais pré-históricas, tem-se, por hipótese, que, nos primórdios dos agrupamentos humanos, a mulher era reverenciada como um ser mítico. A escultura batizada de "Vênus de Willendorf", encontrada na Áustria, que data de cerca de 24.000 a 22.000 a.C. (período paleolítico), é a expressão artística da imagem feminina mais antiga já encontrada no mundo. Acredita-se que a escultura, que mede onze centímetros, era usada em rituais de fertilidade, introduzida no canal vaginal. Caracteriza-se por exacerbar significativamente todas as formas da mulher que expressam o feminino reprodutor, como seios, nádegas, quadris e vulva. Num período em que os homens não podiam compreender a força inexorável da natureza pela especulação filosófica ou pelo método racional, todas as causas da existência eram buscadas magicamente, numa metafísica que não se explica pela lógica.

No período primitivo, do totem e tabu, as próprias forças da natureza eram deuses em si, por sua mágica incompreensível. O vento, o sol, a chuva, o mar eram expressões de poderes incontroláveis, e, na mesma lógica, o surgimento da vida, pela fertilidade, era cultuado totemicamente. A mulher gerava a vida espontaneamente, magicamente; por isso, podia ser equiparada a uma deusa. Assim, primitivamente, o feminino é identificado com o mítico e não com o inferior. Conquanto, quando o homem nômade se sedentariza, passando de *homo erectus* para *homo habilis*, e, deste, para o *homo sapiens*, passa a praticar agricultura e pecuária, e, por esta última, aprende como se dão os processos de reprodução. Assim, conclui que a mulher não gerava a vida sozinha voluntariamente, mas que isso dependia de um processo no qual a participação masculina é crucial. Inclusive, deve-se a tal a transposição da tradição familiar matrilinear para patrilinear. Se a mulher perde seu *status* de mito, somente lhe sobram as possibilidades de interação comunitária conforme suas aptidões. Numa sociedade regida pelas relações de força, é natural que os papeis de liderança se consubstanciassem como masculinos, consolidando-se o patriarcalismo. No entanto, o estabelecimento diverso de papeis sociais não necessariamente se fez acompanhar de subjugação nas relações de gênero, pois, segundo a antropologia atual, os procederes humanos são culturalmente construídos, bem além das questões biológicas. A inferiorização e o controle da mulher perpassam por outros mecanismos, especialmente, religiosos, já na antiguidade.

A tradição de discriminação feminina que se reproduz simbolicamente no ocidente até hoje tem seus fundamentos na visão judaica arcaica acerca da sexualidade e do feminino. Em diversas civilizações do mundo antigo, a mulher não estava restrita a determinados papeis, podendo ocupar cargo e funções de comando. Com exceção de Esparta, por sua tradição belicosa, e das limitações da democracia Ateniense, temos em diversas culturas possibilidades variadas à mulher na sociedade. De fato, não se pode afirmar que a mulher foi sobrepujada na antiguidade, pois as construções culturais eram as mais diversas e possuíam dinâmicas muito ímpares. Porém, entre os povos monoteístas, orientados pelos seus livros religiosos, a mulher era especificamente identificada como uma expressão do mal. Tanto no islamismo quanto no judaísmo antigos, o livro do *Gênesis* representa a criação do mundo pelo deus único e onipotente. Há uma diferença preconizada pelos muçulmanos, de que, no *Alcorão*, mulher e homem são criados por *Alá* simultaneamente e sucumbem juntos ao pecado original. Trata-se de um divergência salutar, pois a mulher criada ao mesmo tempo é um ser completo, e não fragmentário, como aquela que é feita de uma costela apenas, como afirma o judaísmo. Ainda, se a concessão à tentação é compactuada, a mulher deixa de aparecer como veículo do pecado.

Na *Torá*, há a presença de Lilith, inspirada na deusa da noite do povo Sumério. Ao tomar contato com a cultura babilônica, os hebreus teriam aproveitado essa figura mítica suméria para simbolizar a primeira mulher de Adão. O sexo era o ícone da impureza, por ser aquilo que mais aproxima o homem de sua animalização instintiva e, por isso, o afasta do divino, de modo que Lilith passa a ser identificada com a serpente, com o mal, e Eva é aquela que se deixa seduzir, a portadora da perdição. O homem que se purifica é aquele que resiste à tentação do sexo pecaminoso, e o pecado original é a relação sexual, à qual o homem sucumbe apenas porque a sedução da mulher é irresistível. Assim, o homem é puro, e somente se corrompe por culpa da mulher. Por isso, a mulher considerada adúltera ou libertina era apedrejada até a morte (e ainda é em

alguns países islâmicos). O mal precisava ser combatido com veemência, e o único sexo permitido era o marital com vistas à procriação.

Ao transportar essa crença arcaica dos judeus para o cristianismo, convertendo *Torá* em *Velho Testamento* Bíblico, a Igreja Católica reformulou algumas passagens, retirando a figura de Lilith, e incrementando a tradição cultural da diferença. De outro lado, o judaísmo, na redação do *Talmude*, ao interpretar a *Torá*, reviu alguns dogmas, inclusive, transportando a ocorrência do pecado original para o fratricídio entre Caim e Abel.

Na tradição católica, a mulher não só é um ser fragmentário e incompleto, como impuro, portador do pecado e somente pode se redimir pela procriação bendita. A figura de *Maria*, maior símbolo católico, desloca da mulher seu potencial maligno e, pela virgindade maternal, transforma-a em representação cândida do amor divino. A concepção da mãe de *Jesus* pelo *Espírito Santo* somente reforça a idéia de que a mulher possui apenas duas dimensões, uma boa, outra má, quais sejam, a maternidade e o meretrício (ou a mera sexualidade); e que a má deve ser apartada da mãe do filho de Deus para que ela possa ser a mais santa dentre as mulheres, digna de tal propósito. Cogita-se que este é um dos principais motivos pelos quais, também, a Igreja tem negado sistematicamente a presença de Maria de Magdala entre os apóstolos de Jesus. Assim, as representações da *Virgem Maria* e essa identificação do sexo com a perversidade marcarão toda a política de empoderamento dos corpos na idade média, pelo controle da sexualidade.

A imposição da castidade ao clero, que interessava economicamente à Igreja, vai beber nessa fonte segura, assim como todas as políticas religiosas de controle social e docilização corporal de comportamentos. No medievo tomista, com a exacerbação da ideologia dogmática como sustentáculo racional para a supremacia católica, isso se torna assustador. A mulher é, então, definitivamente inferior, pior. Isso justifica quaisquer perseguições inquisitórias, e toda manifestação das potencialidades do feminino seria, então, bruxaria. Daí, toda a barbárie engendrada contra as mulheres pelo Santo Ofício.

E, a despeito do que promulgam os liberais entusiastas, essa discriminação não desparece modernamente. Na modernidade renascentista, o cartesianismo não inclui a mulher no cogito. Se só há sujeitos e objetos, resta-lhe o segundo papel. E a mulher, representada na arte apenas de forma mitificada para o resgate da tradição cultural antropocêntrica clássica, é, ainda, uma *Vênus* ou uma *Santa*. O Iluminismo, com seu trinômio promissor de *liberdade, igualdade e fraternidade*, foi capaz de guilhotinar Olympe de Gouges, mulher ativista da Revolução Francesa, porque esta propusera uma "Declaração Universal do Direitos da Mulher e da Cidadã" como adendo à original. Ensina-nos Claudia de Lima Costa:

> Embora as categorias modernas e valores do Iluminismo – tais como direitos, igualdade, liberdade, democracia – inicialmente tenham instruído muitos movimentos feministas de emancipação, o discurso humanista da teoria moderna, juntamente com suas noções de Sujeito e Identidade intrinsecamente essencialistas, fundacionalistas e universalistas, tendeu a apagar as especificidades (de gênero, de classe, de raça, de etnia, de orientação sexual etc.) dos diferentes sujeitos que ocupavam outras fronteiras políticas que aquelas do homem branco, heterossexual e detentor de propriedades. (COSTA, 2000, p. 59)

E o racionalismo alemão, kantiano e hegeliano, reforça essa visão, como nos ensina Khel:

> [...] **Kant** considerava a ´incapacidade civil` e a ´dependência natural` das mulheres. Embora considerasse Kant que, se a mulher é um ´ser de razão`, deve necessariamente ser livre em suas escolhas, esta mesma razão, escreveu ele na ´Antropologia`, destinará a mulher a seu papel de submissão de seus interesses particulares, aos da espécie, representada pela família. (...) Ao conceber uma respeitabilidade ao espaço doméstico, sobre o qual as mulheres deveriam ´reinar`, **Hegel** reconheceu um estatuto de sujeito às mulheres ´do lar`, mas por outro lado as exclui de qualquer participação na construção das civilizações [...] . (KHEL, 2008, p. 57).(grifo nosso).

Com a evolução do capitalismo após a Revolução Industrial, a mulher é absorvida pelo mercado como mão-de-obra de fácil exploração, por ser já culturalmente subserviente, e aceitar remunerações muito menores, com maior potencial de gerar mais-valia. Na modernidade, a mulher é absorvida pelo mercado, pelo capitalismo; porém, socialmente, permanece com apenas as duas possibilidades existenciais de sempre. No desenvolvimento de sua afetividade, ou é esposa e mãe, ou é "puta", "vadia", nos sentidos culturais mais amplos das palavras.

A modernidade da conquista civilizatória expansiva, progressista, que pretende ir sempre adiante e além, é uma modernidade fálica, que tem na torre Eiffel seu símbolo máximo concretizado, do que a razão moderna pode erigir, para o alto. A aventura do sujeito moderno é uma aventura masculina, pois o sujeito universal, o sujeito de direitos, o sujeito cartesiano, é um sujeito masculino. Quando a mulher deseja viver a aventura da modernidade, frustra-se, pois não há lugar para si nessa lógica. Eis a causa da histeria diagnosticada pelo Dr. Freud em suas pacientes, e tão presente nas literaturas de Flaubert, Eça de Queirós ou Vírgínia Woolf. Por isso, para Freud, a mulher tem "inveja" do falo, ou seja, desse potencial masculino de conquista e desbravamento, que lhe possibilita construir caminhos, fazer seu próprio destino. A mulher, desprovida, fica com a falta, que precisará ser preenchida pelo desejo de um homem, pois será através dos olhos dele que ela verá o mundo, e viverá a fáustica aventura moderna. J. Lacan, desenvolvendo pontualmente essa reflexão, dirá:

> [...] se a libido é apenas masculina, a querida mulher, não é senão de lá onde ela é toda, quer dizer, lá de onde o homem a vê, não é senão de lá que a querida mulher pode ter um inconsciente. E de que lhe serve isto? (...) para fazer falar o ser falante, aqui reduzido ao homem, quer dizer- não sei se vocês chegaram a notar na teoria analítica - a só existir como mãe." (LACAN, 1996, p. 35)

Em complementaridade, segundo Khel:

> O que é específico no caso das mulheres, tanto em sua posição subjetiva quanto em sua condição social, é a dificuldade que enfrentam em deixar de ser objetos de uma produção de saberes de grande consistência imaginária, a partir da qual se foi estabelecendo a

> verdade sobre sua ´natureza`. Não foi possível àquelas mulheres tomar consciência de que aquela era a verdade do desejo de alguns homens, sujeitos do discurso médico e filosófico que participaram das formações ideológicas modernas. A esta produção de pensamentos foi se contrapondo uma grande produção literária ao público feminino, expressão imaginária dos anseios reprimidos de grande parte das mulheres que sonhavam viver, a seu modo, ´a grande aventura burguesa`, para além do papel honroso que lhes era concedido, de mães virtuosas e rainhas do lar. (KHEL, 2008, p. 12)

Assim, a mulher moderna desenvolve uma neurose em agradar o homem e corresponder às suas expectativas, e o capitalismo, através da indústria cultural, serve-se disso com maestria, explorando padrões de consumo em roupas, cosméticos, tratamentos estéticos, alimentos etc. Além disso, a indústria cultural cria padrões de consumo personificados através das artistas do cinema, e as mulheres precisaram ser como as atrizes de Hollywood para despertar o interesse masculino, serem aceitas, desejadas, amadas e realizadas. Porém, se um dia o ideal de beleza foram as curvas suntuosas de Marylin Monroe; hoje, como a intervenção estética as pode mimetizar, o padrão de beleza ideal é esquelético, antibiológico, pois a industria cultural precisa operar com ideais de consumo inalcançáveis.

No pós Segunda Guerra, quando se elabora a Declaração da ONU, o mundo ocidental acredita que conquistou, enfim, suas garantias e direitos fundamentais de dignidade humana. Entretanto, sessenta anos depois, ainda estamos sofrendo as vicissitudes de uma sociedade que reifica os seres humanos e lhes esvazia de qualquer subjetividade. Apesar das garantias formais, a exclusão remanesce, e a perversidade das imposições culturais achaca as possibilidades de dignidade humana feminina. Os ocidentais acreditam que suas conquistas formais representam absoluta evolução em relação à tradição oriental, e, entretanto, é questionável mensurar qual sociedade sobrepuja mais a mulher, pois, enquanto no oriente vicejam padrões estéticos relacionados à delicadeza do feminino, e a beleza da mulher pode estar nos gestos de sua dança e no modo como serve chá; na cultura consumista do ocidente, aquela que não possui um acessório de determinada grife e que não pesa tantos quilos, não pode ser amada e aceita, e a mulher precisa se tornar um objeto de consumo desejável, capaz de atrair fregueses.

Porquanto, para se construir uma cultura de gênero capaz de se opor aos processos discriminatórios da mulher no ocidente, precisamos fazer a crítica da razão moderna e das categorias universalizantes, e de tudo o que a instrumentalização da racionalidade e o capitalismo forjam em contribuição para a manutenção da opressão, sem perder a perspectiva histórico-cultural mais profunda, para, a partir de um sujeito real, concreto, lutarmos por efetivação de direitos.

3. GÊNERO E A LUTA DO FEMINISMO

No Dia 8 de março de 1857, operárias de uma fábrica de tecidos, situada na cidade norte americana de Nova Iorque, fizeram uma grande greve. Ocuparam a fábrica e começaram a reivindicar melhores condições de trabalho, tais como, redução na carga diária de trabalho para dez horas (as fábricas exigiam 16 horas de trabalho diário), equiparação de salários com os homens (as mulheres chegavam a receber até um terço

do salário de um homem, para executar o mesmo tipo de trabalho) e tratamento digno dentro do ambiente de trabalho. A manifestação foi reprimida com total violência. As mulheres foram trancadas dentro da fábrica, que foi incendiada. Aproximadamente 130 tecelãs morreram carbonizadas. Esse episódio que sustenta, hoje, a existência do "Dia Internacional da Mulher" exemplifica magistralmente que as conquistas de direitos pelas mulheres são produtos de intensas lutas sociais, e não meros desdobramentos de um processo civilizatório modernizante.

O feminismo ocidental é sociologicamente dividido em três grandes "ondas": A primeira onda do feminismo refere-se a um período extenso de atividade feminista ocorrido durante o século XIX e início do século XX, no Reino Unido e nos Estados Unidos, que tinha, originalmente, o foco da promoção de igualdade nos direitos contratuais e de propriedade para homens e mulheres, e na oposição de casamentos arranjados. No entanto, no fim do século XIX, o ativismo passou a se focar principalmente na conquista de poder político, especialmente, o direito ao sufrágio por parte das mulheres. As *sufragistas* iniciaram seu movimento no Reino Unido, com a fundação da *União Nacional pelo Sufrágio Feminino* por uma educadora britânica em 1897. A maioria dos parlamentares britânicos acreditava, ainda respaldados nas ideias de iluministas como John Locke e David Hume, que as mulheres eram incapazes de compreender o funcionamento da política, por não serem agraciadas pela razão como os homens e, por isso, eles relutavam em reconhecer seu direito ao voto. O movimento, então, que começou pacífico, foi às ruas e suas ativistas foram detidas repetidas vezes pela polícia, o que ensejou a adoção da greve de fome como nova estratégia de pressão. Após a morte de uma manifestante, que se atirou à frente do cavalo do rei da Inglaterra, o movimento obteve parcial sucesso, com a aprovação do *Representation of the People Act,* de 1918, o qual estabeleceu o voto feminino no Reino Unido – em grande parte, dizem alguns historiadores, motivado pela atuação do movimento das sufragistas na Primeira Guerra Mundial. O advento da lei britânica motivou mulheres de diversos outros países a lutarem pelo sufrágio em todo o ocidente.

No Brasil, a primeira eleitora do país foi um a potiguar, que invocou a lei eleitoral do Rio Grande do Norte, de 1926, dando entrada numa petição requerendo sua inclusão no rol de eleitores do município. O juiz deu parecer favorável e enviou telegrama ao presidente do Senado Federal, pedindo, em nome da mulher brasileira, a aprovação do projeto que instituía o voto feminino, amparando seus direitos políticos reconhecidos na Constituição Federal. Então, a luta pela emancipação feminina foi ganhando impulso em todo o país, levando o voto feminino a ser regulamentado em 1934.

Já a chamada segunda onda do feminismo representa o período da atividade feminista que teria começado no início da década de 1960 e durado até o fim da década de 1980, com o *Women's Liberation Front* (Frente de Liberação das Mulheres), a queima de sutiãs e os protestos por liberação sexual. A nova perspectiva adotada consistia em apartar a mulher de sua identificação necessária com o papel social de guardiã do lar e da família, e da obrigatoriedade identitária de ser esposa e mãe para se reconhecer mulher. As feministas desejavam obter liberdade para formular qualquer escolha profissional sem serem achacadas por uma sociedade patriarcal tradicionalista, mas era central também a luta pelo reconhecimento da sexualidade feminina, a fim de se romper com a visão tradicional religiosa binária de sexo pecaminoso ou sexo para procriação. A luta por liberdade sexual significou um ponto fulcral no processo de luta

por emancipação feminina, que não está superado – ainda em decurso, mobiliza debates até os dias atuais.

É também nesse momento que se inicia o amadurecimento das discussões acerca da discriminação das mulheres, quando o "gênero" vai surgir como uma categoria reivindicada pelo próprio movimento feminista. Epistemologicamente, estudiosas como Judith Butler e Joan Scoth, vão procurar ultrapassar as limitações do materialismo histórico, entendendo que a análise do sexismo precisava incluir categorias como "classe" e "trabalhador", "homem" e "mulher", numa perspectiva conjunta, suplantando as limitações de uma visão marxista mais ortodoxa, dando origem à categoria sociológica "gênero".

> A emergência da categoria [gênero] representou, pelo menos para aquelas e aqueles que investiram na radicalidade que ela sugeria, uma virada epistemológica. Ao utilizar gênero, deixava-se de fazer uma história, uma psicologia, ou uma literatura das mulheres, sobre as mulheres e passava-se a analisar a construção social e cultural do feminino e do masculino,atentando para as formas pelas quais os sujeitos se constituíam e eram constituídos, em meio a relações de poder. O impacto dessa nova categoria analítica foi tão intenso que, mais uma vez, motivou veementes discussões e mesmo algumas fraturas internas. Também as relações de gênero passaram a ser compreendidas e interpretadas de muitas e distintas formas, ajustando-se (a) ou interpelando referenciais marxistas, psicanalíticos, lacanianos, foucaultianos, pós-estruturalistas... (LOURO, 2002, p. 15).

As investidas numa perspectiva teórica que propugnasse a diferença, e que marcasse gênero como uma categoria complexa, histórica e culturalmente constituída, vinha na contramão do universalismo moderno, cuja noção de sujeito somente universalizava as pretensões do homem branco burguês, reforçando as estruturas sociais de poder. Assim, preconizava-se a diferença em nome de uma construção substantiva da igualdade, superando a igualdade formal abstrata e irreal do iluminismo.

Para tanto, era preciso constituir uma teoria do gênero a fim de converter esse conceito numa categoria passível de análise. Daí, fez-se imprescindível recorrer ao pós-estruturalismo, a fim de desconstituir a naturalização de conceitos e categorias, para demonstrar os fundamentos sócio-históricos de sua constituição, como é também o intento do presente trabalho. Segundo Silvana Aparecida Mariano, a contribuição mais importante do pós-estruturalismo, neste sentido, foi o método da desconstrução de J. Derrida, o qual destitui a estrutura de funcionamento interno da cada categoria tomada como natural, desmontando sua base de sustentação e, assim, expondo sua falência (MARIANO, 2005, p. 486). Essa metodologia foi crucial no desenvolvimento teórico do feminismo, apartando-se em definitivo da estreiteza pretensamente universal da razão instrumental esclarecida, além de refutar o essencialismo e o binarismo, permitindo-se pensar um sujeito multifacetado, diverso, plural – e não universal – e se desvencilhar das categorizações "homem" e "mulher" como universais binários, compreendendo-se que existem múltiplas formas de ser masculino ou feminino no mundo e que, inclusive, esses conceitos se interpenetram.

> A repressão das diferenças no interior de cada grupo de gênero, como destaca também Judith Butler, funciona para construir as reificações do gênero e da identidade,alimentando as relações de poder e cristalizando

> as hierarquias sociais. (...) Nesse sentido, a categoria 'mulheres', ao pretender ser globalizante, torna-se normativa e excludente e ignora outras dimensões que marcam privilégios, como de classe e de raça. (MARIANO, 2005, p. 487).

Esta concepção fundamenta o que se denomina terceira onda do feminismo, que começou no início da década de 1990, com uma interpretação antropológica pós-estruturalista do gênero e da sexualidade, enfatizando-se a "micropolítica", e procurarando-se negociar um espaço dentro da esfera feminista para a consideração de subjetividades relacionadas a outras demandas sociais, como questões raciais, religiosas e de opção sexual e afetiva. Essa nova perspectiva passa, é claro, pela desconstrução do sujeito universal, mas não somente daquele identificado com o homem branco proprietário do século XVIII, como também de qualquer forma universal de apreensão do sujeito. Por essa razão, destitui-se também o sujeito "mulher" do centro da luta feminista como categoria universal, pois esta concepção abarcava celeumas estruturais próprias de um universalismo padronizante, como, por exemplo, a heterossexualidade necessária desse sujeito universal feminino.

A chamada segunda geração do feminismo, que partia da marcação da diferença, acabou por universalizar uma concepção de "mulher", paradoxalmente, mimetizando o universalismo iluminista, quando pretendia refutar suas postulações, o que acabou por gerar uma confusão entre o conceito de gênero reivindicado como um lugar de luta emancipatória, e a mera diferença sexual biológica. No final das contas, a despeito da intenção de desfazer os processos discriminatótios, esse movimento acabava por reforçar ainda mais a oposição binária entre homem e mulher, considerando-os categorias opostas, o que não é oportuno numa perspectiva plena e plural para efetivação dos direitos humanos. Sobre essa dicotomização, adverte Teresa de Lauretis:

> A primeira limitação do conceito de 'diferença(s) sexual(ais)', portanto, é que ele confina o pensamento crítico feminista ao arcabouço conceitual de uma oposição universal do sexo (a mulher como a diferençado homem, com ambos universalizados; ou a mulher como diferença pura e simples e, portanto, igualmente universalizada), o que torna muito dificil, se não impossível, articular as diferenças entre mulheres e Mulher, isto é, as diferenças entre as mulheres ou, talvez,mais exatamente, as diferenças nas mulheres. (LAURETIS, 1994, p. 207).

A construção teórica de uma concepção de "gênero" que transforma a mulher num sujeito político feminista universal emula os padrões totalitários do esclarecimento, corroborando uma nova excrescência da racionalidade instrumental. Esse sujeito "mulher", como sujeito de direitos, não é capaz de absorver demandas de outros grupos étnicos e culturais que não se coadunem à universalização. As mulheres latinoamericanas possuem demandas por direitos muito diversas das mulheres norteamericanas ou europeias, assim como as mulheres negras possuem questões incompreensíveis para as brancas, e as lésbicas reivindicam direitos que não estão na pauta das heterossexuais. Essa concepção particular precisa ser levada em conta num processo de construção de direitos, pelo que as universalizações são maléficas se tomadas como categorias "a priori".

Então, as universalizações só podem ser tomadas como uma plataforma primeva de lutas, uma tela sobre a qual se podem pintar as mais diversas matizes de reivindicações consoante as especificidades de cada sujeito e as idiossincrasias de cada grupo. É nesse sentido que o movimento feminista atual se pauta numa concepção pós-estruturalista, sem, contudo, criar uma nova categoria universal que inviabilize direitos.

Um feminismo pós-estruturalista precisa, portanto, partir de uma compreensão da constituição identitária do sujeito, compreendendo que a formação egoica se dá inserida em representações culturais superegoicas, pautadas em relações de poder, de modo que o escamoteamento das diferenças no interior de cada grupo de gênero (entre "homens" e "mulheres") alimenta essas relações de poder e cristaliza as hierarquias. É justamente essa constituição universal das identidades num sistema binário que suporta a padronização de comportamentos atinentes a um ou outro grupo (isso é coisa de homem, aquilo é coisa de mulher). Uma concepção verdadeiramente pós-estruturalista precisa desconstruir, inclusive, esses referenciais identitários opressores, subvertendo os padrões, para que o sujeito se constitua em sua própria experiência no mundo. Para isso, uma ordem verdadeiramente democrática deve primar para que todas as condições sejam favoráveis a essa experiência, permitindo-se a liberdade de escolha, num entendimento amplo acerca da proteção à dignidade da pessoa humana.

É imprescindível, nesse sentido, que os movimentos feministas e os movimentos por direitos humanos realizem um diálogo com a antropologia cultural, segundo a qual a biologia não é um dado determinante, mas, ao contrário, é a cultura que constroi nossa relação com a biologia. Nesse passo, o feminismo pós-estruturalista vai assimilar a compreensão culturalista, afirmando que o próprio corpo é uma construção cultural, e que, num processo emancipatório de gênero, o sujeito precisa ser dotado da liberdade da construção dialética de sua corporalidade. Ressalte-se que não se refuta a existência do sexo biológico, mas que a identidade de gênero se dá pela introjeção subjetiva das aferições que o sujeito formula acerca de sua própria estrutura corporal, libertando-o dos cerceamentos discursivos exteriores hegemônicos acerca do que é "ser homem" ou "ser mulher".

Assim, a luta feminista, para os pós-estruturalistas, passa pela luta por empoderamento dos sujeitos em relação ao seu próprio corpo, permitindo-lhes a construção individual de um feminino ou um masculino próprio. O feminismo passa a ser uma luta contra a normatização do feminino, permitindo a cada mulher formular sua identidade de gênero particular, sem jamais negar, porém, a existência de um masculino e de um feminino. Destarte, o que se combate é a constituição subjetiva a partir de universalizações as quais possuem por escopo construir hierarquias e legitimar opressões, refutando-se um sujeito determinado "a priori", que todos devemos mimetizar. Esclarece-nos Butler:

> Podemos ser tentados a pensar que supor o sujeito de antemão é necessário a fim de proteger a capacidade de agir do sujeito. Mas afirmar que o sujeito é constituído não é dizer que ele é determinado; ao contrário, o caráter constituído do sujeito é a própria pré-condição de sua capacidade de agir. (...) Será que precisamos pressupor teoricamente desde o início um sujeito com capacidade de agir antes que possamos articular os termos de uma tarefa significativa de transformação social e política, de resistência, de democratização radical? Se não oferecemos de antemão a garantia teórica daquele agente, estamos condenados a desistir da transformação e da prática política significativas? Minha

> sugestão é que a capacidade de agir pertence a um modo de pensar sobre as pessoas como atores instrumentais que confrontam um campo político externo. (...) Em certo sentido, o modelo epistemológico que nos oferece um sujeito ou agente dado de antemão se recusa a reconhecer que a capacidade de agir é sempre e somente uma prerrogativa política. Enquanto tal, parece essencial questionar as condições de sua possibilidade, não a tomar por uma garantia 'a priori'. (BUTLER, 1998, p. 31).

Então, a luta feminista é pela criação de condições políticas para que o sujeito formule sua própria identidade. Esse caminho não pode, entretanto, resvalar para o abismo perigoso de um relativismo absoluto, em substituição à anterior dicotomia masculino-feminino, pois a diferença é o principal referencial identitário do ego. Por isso, não é demasiado salientar que não se trata de eliminar as categorias "homem" e "mulher", ou "masculino" e "feminino", mas compreender que a universalização de concepções é que é prejudicial para a emancipação de homens e mulheres distintos entre si, impedindo as mulheres concretas de elaborarem sua identidade, libertas dos discursos sociais acerca do que é ser mulher, que há muito têm sustentado uma sociedade machista, excludente e opressora. Eis a lição de Teresa de Lauretis, ao preconizar um "sujeito do feminismo":

> Com a expressão 'o sujeito do feminismo' quero expressar uma concepção ou compreensão do sujeito (feminino) não apenas como diferente de Mulher com letra maiúscula, a representação de uma essência inerente a todas as mulheres (...), mas também como diferente de mulheres, os seres reais, históricos e os sujeitos sociais que são definidos pela tecnologia do gênero e efetivamente 'engendrados' nas relações sociais. (LAURETIS, 1994, p. 217).

Na esteira do pensamento foucaultiano, esse sujeito será constituído discursivamente pelo próprio movimento feminista, ou seja, não pode ser um dado, uma categoria "a priori" nem universal, mas deve ser necessariamente uma construção discursiva, o que, também, de maneira nenhuma pode significar um determinismo lingüístico, mas um processo constante de inclusão das diferenças. É a partir dessa revisão categorial e do privilégio da possibilidade de uma construção discursiva que poderemos, então, corroborar um novo sujeito, para que os direitos da humana possam finalmente efetivados.

4. DISCRIMINAÇÃO E DIREITOS DA HUMANA

Qualquer luta social não é meramente uma luta por conquistas legais formais, mas, antes de tudo, uma luta subjetiva, que Axel Honneth desenvolve enquanto *luta por reconhecimento,* traçando um estudo profundo sobre como as reivindicações são, na verdade, necessidade de afeto:

> A formação do Eu prático está ligada à pressuposição do reconhecimento recíproco entre dois sujeitos: só quando dois indivíduos se vêem confirmados em sua autonomia por seu respectivo defronte, eles podem chegar de maneira complementaria a uma compreensão de si mesmos como um Eu autonomamente agente e

> individuado.(...) Porque dependem de critérios socialmente generalizados, segundo o seu modo funcional inteiro; à luz de normas como as que constituem o princípio da imputabilidade moral ou as representações axiológicas sociais, as experiências pessoais de desrespeito podem ser interpretadas e apresentadas como algo capaz de afetar potencialmente também outros sujeitos. (...) Só graças à aquisição cumulativa de autoconfiança, auto-respeito e auto-estima, como garante sucessivamente as experiências das três formas de reconhecimento, uma pessoa é capaz de se conceber de modo irrestrito como um ser autônomo e individuado e de se identificar com seus objetivos e seus desejos. (HONNETH, p. 119-266)

Em meio ao desenvolvimento da modernidade, e a este período a que Lyotard e outros autores chamarão de "pós-modernidade", as conquistas jurídicas por normas de direito positivas não são cortesia da boa administração estatal, tampouco descobramentos naturais do ideal democrático liberal-iluminista. E, agora, na pós-modernidade, quando as promessas da modernidade se mostraram falaciosas e irrealizáveis, o que resta é ainda mais a luta constante por emancipação e reconhecimento de direitos. E os direitos humanos são um reflexo do paradoxo moderno, que formaliza garantias e jamais as efetiva. Ademais, uma discussão consciente de direitos humanos precisa se desapegar dos mitos universalizantes da racionalidade instrumental para caminhar em direção ao multiculturalismo, compreendendo os processos discriminatórios antropologicamente.

No caso do gênero, isso é ainda mais premente, pois se trata de questão culturalmente constituída, de modo que o mero processo normativo nunca será capaz de dirimir, sequer mitigar, os conflitos daí decorrentes. Assim, é preciso pensar a exclusão da mulher de forma cultural, para, então, reconhecer um direito.

Refletindo no sentido sociológico de Michel Foucault, de que a construção cultural de saberes sustenta poderes que se reproduzem em novos saberes-poderes, consequentemente, o racionalismo moderno não é idôneo a romper com processos culturais discriminatórios, mas, ao contrário: reformula racionalmente os saberes sociais, instrumentalizando a exclusão a serviço dos interesses do sistema econômico. As construções simbólicas da linguagem encontram, agora, novas correlações entre significado e significante, e os conceitos de objeto "a" de Lacan ou de "objeto transicional" de Winnicot tornam-se quase obsoletos na reflexão sociológica, pois o sujeito é o próprio objeto, que se relaciona com outro sujeito coisificado, seguindo o diagn´sotico de Zygmunt Bauman (BAUMAN, 2008, p. 33). Se a luta por reconhecimento de Honneth dialoga com a psicologia de Winnicot, no sentido de que há um espaço entre o desejo e sua realização, representado pela simulação do desejo, a luta social seria um caminho para a verdadeira emancipação.

Todavia, o que se vê hoje é uma sociedade cujo superego desfaz as possibilidades do ego. Há um projeto emancipatório possível, então? Se houver, ele passa necessariamente pela reflexão filosófica crítica, por uma discussão sistemática dos processos discriminatórios e dessubjetivadores, pela educação em direitos humanos, e pelo respeito ao multiculturalismo, em contraposição à universalização dos padrões de cultura.

A reificação do ser humano e a instrumentalização do conhecimento edificaram os contornos da ciência moderna, que entrou em crise a partir das reivindicações pós-

modernas. Ao descortinar as ilusões iluministas, principalmente após a segunda guerra mundial, a humanidade ressentiu-se das conseqüências das luzes, obscurecida pela inexorabilidade da escuridão do holocausto. A partir de então, surgiu o clamor pelo resgate da verdadeira racionalidade – a que humaniza, e não a que bestializa. Este é o principal substrato dos protestos de maio de 1968, por exemplo, na luta pela efetivação dos direitos humanos prometidos pelo esclarecimento e reiterados em 1948, e pela concretização dos seus ideais emancipatórios, com contundente participação do movimento feminista, que reivindicava o cumprimento da promessa moderna.

Para Helio Gallardo, as lutas feministas da chamada "segunda onda" do feminismo, que partia da diferença para propugnar a concretização de uma igualdade real, invocando a categoria "gênero", foi crucial para desmistificar o cinismo de uma cultura universalista de direitos humanos, mantenedora de uma sociedade capitalista patriarcal:

> Podría decirse, em el extremo, que hasta la década de los sesenta el siglo XX parecía dominado y caracterizado por las movilizaciones anticoloniales. Desde los setenta, en cambio, adquirem resonancia y projección las luchas de la mujer com teoría de género y los movimientos ecologistas (...) la vivencia de la opresión de género em la relación de pareja y de família ayudó a descodificar el mundo imperante como un orden generalizado de violaciones e violencias. La dominación patriarcal y masculina agredía desde luego a las mujeres en él ámbito 'íntimo' del hogar (...) Internalizado el patriarcado por mayorías femeninas (...) hacia verse desde fuera de sí mismas a las mujeres, las llevaba a torturarse, a buscar transformarse (o al menos pretenderlo) en objeto de seducción, de 'encantamiento'. La raíz libidinal de la violencia y sujeción resultó tal vez más vistosa que la tercermundista para trizar la cultura falsamente universalista de patriarcas, varones e corporaciones, pero sin conseguir vincularla decisivamente con la dominación geopolítica y económica. (GALLARDO, 2005, P. 43).

Continua Gallardo, na mesma página, para salientar a importância do autorreconhecimento das feministas e de sua luta para a evolução da grande luta por emancipação e efetivação dos direitos humanos:

> Comprender y asumir que existe lucha política dondequiera se den relaciones de dominación y que derechos humanos se liga con tramas sociales que potencien la autonomía y autoestima de todos y cada uno ha herido, aunque todavía sin lograr morigerarla, la cultura sexista dominante, la sexualidad genitalmente fijada y orientada a la reproducción y a la crianza (familia nuclear heterosexual) como a la pornografía, dos formas de violencia, la santidad unilateral de la maternidad, la idea de que los machos, y con ellos la guerra, son imprescindibles. (...) a las mujeres y a los luchadores contra las discriminaciones de género ya no solo se les tolera, sino que les teme, combate, descalifica y persigue. Constituyen, sin duda, un referente central por derechos humanos y por un concepto ampliado, abierto y libetador, por descentrado, de humanidad. (GALLARDO, 2005, P. 43-4).

Atualmente, para muitos estudiosos, o conceito de "dignidade humana" evoluiu para "a capacidade de cada pessoa em se autodeterminar". Essa concepção, num primeiro momento, deriva do ideário iluminista, quando este elege a "Liberdade" como dogma primordial. Conquanto, nos desdobramentos históricos das revoluções burguesas, a liberdade nada mais era do que o contraponto à submissão dos súditos ao seu monarca, a fim de legitimar a posterior implantação do Estado de Direito, enquanto liberalismo político, e de outro lado, possibilidade de livre iniciativa na produção e mercantilização, sem ingerência estatal, enquanto liberalismo econômico. Ora, a "Liberdade" está muito além dos direitos de cidadania tradicionais, identificando-se com a expressão "Humanidade". Após as trevas produzidas pela razão obnubilada no decurso do século XX, iniciou-se um movimento de inconformismo com as promessas não cumpridas pela modernidade, assim como uma tentativa de resgate de seus direitos fundamentais, culminando na Declaração de Direitos Humanos, a qual se constitui da reafirmação dos direitos já cantados no pós Revolução Francesa. Esse desencaixe entre a previsão formal e a efetivação de direitos é um das perversões da modernidade, que remanesce ainda após a Declaração de 1948, o que motiva as revoltas da década de 1960, e a apatia dos dias atuais. Na modernidade encantada por suas promessas futuristas ou ressentida de não as cumprir, a ideologia se esgota na ideologia do que existe, e não há crença num outro futuro possível.

A partir de tal desajuste, a questão dos direitos humanos foi polemizada, dividindo-se em duas concepções: uma, racionalista e abstrata, vazia de conteúdos e referências às circunstâncias reais das pessoas, centrada apenas em torno da concepção formal de direito; e outra, relativista, absolutamente localista, centrada em torno de uma idéia particular de cultura e de valor. Ora, o desafio é construir uma cultura de direitos humanos que recorra, ao mesmo tempo, à universalidade das garantias e ao respeito pelas diferenças, superando a cisão entre o pretenso universalismo dos direitos e a particularidade de culturas, numa congregação entre os postulados do direito, da sociologia e da antropologia cultural, e as concepções de um feminismo pós-estruturalista vêm justamente nesse sentido reconciliatório.

No que se refere às lutas por emancipação feminina, há que compreender seus fundamentos históricos para denunciar que a subjugação da mulher não só ainda existe, como se agravou na sociedade de consumo, e, que, se as orientais possuem suas demandas de lutas emancipatórias diante de sua cultura, nosso desafio não é menor e, passa, necessariamente, pelo debate ético, que possibilita a transformação.

Porquanto, propomos, neste modesto trabalho, um novo pensamento acerca da luta do feminismo, centrada num sujeito que possa se autoconstituir identitariamente, desagrilhoado de padrões comportamentais universalizantes, a fim de garantir sua capacidade de autodeterminação. Somente assim, será possível avançarmos nos debates acerca dos direitos humanos das mulheres, pois é somente com a garantia e a efetivação dos direitos da humana, isto é, de uma mulher que se saiba mulher por se autorreconhecer como tal através de sua própria experiência feminina, que, enfim, poderemos erigir uma verdadeira ordem justa e democrática.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **A Indústria Cultural e a Sociedade.** São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro. Jorge Zahar: 2004

_____. **Vida para Consumo:** A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. Maio de 68 e os Direitos Humanos: como revisar os 60, os 40 e os 20 anos. In: **Revista OAB,** Minas Gerais, n. 06. Dezembro de 2008, pp. 08-16.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. v. 1 (Fatos e mitos).

BORDO, Susan. "A feminista como o Outro". In: **Revista Estudos Feministas,** v. 8, n. 1, p. 10-29, 2000.

BUTLER, Judith. "Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do 'pós-modernismo'". In: **Cadernos Pagu,** n. 11, p. 11-42, 1998.

_____. **Problemas de gênero:** feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 2003

CARVALHO, Marilia Pinto de; PINTO, Regina Pahim. **Mulheres e Desigualdade de Gênero.** Fundação Carlos Chagas. São Paulo: Contexto, 2008.

CLARK, Gillian. **Women in Late Antiquity?** Pagan and Christian life-styles.Oxford: Clarendon Press, 1994.

CORAZZA, Helena. Inclusão/exclusão da mulher no complexo midiático. In: MELO, José Marques de; GOBBI, Maria Cristina; SATHLER, Luciano. **Mídia Cidadã, Utopia Brasileira.** São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2006.

COSTA, Claudia de Lima. "O sujeito no feminismo: revisitando os debates". In: **Cadernos Pagu,** n. 19, p. 59-90, 2002.

DEL PRIORE, Mary. "História das mulheres: As vozes do silêncio". In: FREITAS, Marcos Cezar (org.) **Historiografia brasileira em perspectiva.** São Paulo: Contexto, 1998.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar,1993.

FISCHER, Izaura Rufino; MARQUES, Fernanda. "Gênero e Exclusão Social." In: **Trabalhos para Discussão,** n. 113/2001, agosto de 2001. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 200, pp. 01-10.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1:** a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. **História da sexualidade 2:** o uso dos prazeres. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. **Arqueologia do Saber.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

_____. **Nascimento da Biopolítica:** Curso dado no Collége de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Microfísica do Poder.** Rio de Janeiro: Graal, 1997.

FUNARI, Pedro Paulo. “Romanas por elas mesmas”. In: **Cadernos Pagu -** 5 - Campinas: IFCH/UNICAMP, 1995. pp.179-200.

FREUD, Sigmund. “**A Etiologia da Histeria**” (1896). Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud Vol.III. Rio de Janeiro: Imago, 1988.

GALLARDO, Helio. **Teoría Crítica: matriz y possibilidad de derechos humanos.** Cartagena: F. Gómez, 2005.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KHEL, Maria Rita. **Deslocamentos do Feminino.** Rio de Janeiro: Imago, 2008.

KOCHMANN, Sandra. “O lugar da mulher no judaísmo”. In: **Revista de Estudos de Religião.** N 2, 2005, pp. 35-45. Disponível em: http://www.pucsp.br/rever/rv2_2005/p_kochmann.pdf. Acesso em 03/04/2011.

LACAN, Jacques. **O Seminário XI:** Os Quatro Conceitos Fundamentais da Psicanálise. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1981.

_____. **O Seminário XX:** Mais, Ainda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

LARAIA, Roque de Barros. Cultura: **Um Conceito Antropológico.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LAURETIS, Teresa de. “A tecnologia do gênero”. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. **Tendências e impasses:** o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 206-242.

LEÓN, Vicki. **Mulheres Audaciosas da Antiguidade.** Trad. de Miriam Groeger. Rio de Janeiro: Record, 1997 .

LOURO, Guacira Lopes. “Epistemologia feminista e teorização social – desafios, subversões e alianças”. In: ADELMAN, Miriam; SILVESTRIN, Celsi Brönstrup. (Orgs). **Coletânea Gênero Plural.** Curitiba: Editora UFPR, 2002. p. 11-22.

MARIANO, Silvana Aparecida. “O Sujeito do Feminismo e o Pós-Estruturalismo”. In: **Estudos Feministas,** Florianópolis, 13(3): 483-505, setembro-dezembro/2005.

MOHAMMED, Sherif Abdel Azeem. **A Mulher no Islam:** mito e realidade. Disponível em http://www.islamismo.org/mito_e_realidade.htm. Acesso em 01/04/2011.

PERROT, Michelle; DUBY, Georges. (org.). **História das Mulheres no Ocidente.** I-IV. Trad. Maria Helena C. Coelho e Alberto Couto. Porto: Edições Afrontamento, 1990.

PINHEIRO, Ana Valeska Maia de Aguiar. “A teia relacional: entrelaçamentos entre arte contemporânea e questões de gênero”. In: **O público e o privado,** n. 08, jullho-dezembro. Fortaleza: MAPPS, 2006.

PISCITELLI, Adriana; PEREIRA DE MELO, Hildete; MALUF, Sonia Weidner; PUGA, Vera Lucia. **Olhares Feministas,** Brasília: UNESCO, Ministério da Educação – SECAD, 2009.

SANTANA DIAS, Josefina Maria de. **A mulher e o direito.** São Paulo: Lex, IASP, 2007.

SCOTT, Joan W. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 5-22, 1990.

SHAUN, Angela; RIZZO, Esmeralda; PASCAL, Maria Aparecida M; SCHAWARTZ, Rosana (org.) **Gênero, Mídia e Sociedade.** São Paulo: Expressão e Arte, 2007.

DIREITOS HUMANOS E GÊNERO: UM APORTE QUASE UNIVERSAL

Talita Tatiana Dias Rampin[*]

INTRODUÇÃO

Los espejos están llenos de gente.
Los invisibles nos ven.
Los olvidados nos recuerdan.
Cuando nos vemos, los vemos.
Cuando nos vamos, ¿se van?

GALEANO, Eduardo. **Espejos: uma historia casi universal.** Madri, Espanha: Siglo XXI editores, 2008.

Tratar de direitos humanos em um plano científico que se pretenda neutro, racionalizado, metódico, exige um distanciamento entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível que, alertamos, não pretendemos realizar. Somos seres humanos e essa condição impede que dissociemos nossa existência da problematização do tema proposto. Tratar de direitos humanos é tratar de uma dimensão normativa que nos afeta diretamente. Somos sujeitos desses direitos, portanto, somos diretamente interessados em sua efetivação.

No presente estudo buscaremos analisar um aspecto específico que incide sobre a efetivação dos direitos humanos, qual seja: a sua extensão. Nesse sentido, problematizaremos a característica da universalidade, tradicionalmente atribuída a todo e qualquer direito humano.

Entendemos que a erição de uma gama determinada de direitos como sendo um patamar comum universal para todos os seres humanos, acaba criando uma espécie de fôrma à qual toda e qualquer situação real deve se acomodar. Utilizando a metáfora da vida como retrato, podemos dizer que os direitos humanos constituem a moldura na qual deverá se enquadrar. Inspiradas pela abordagem poética de Eduardo Galeano, particularmente em sua última obra intitulada "Espejos: uma historia casi universal", recorremos à metáfora do espelho como intróito de nosso estudo. Quando nos deparamos com o fenômeno da positivação dos direitos humanos, percebemos que ele ocorre de modo a retratar um padrão especifico de sujeito, refletindo, portanto, uma realidade social, econômica, cultural, política, ética e historicamente específica. É dizer: direitos humanos são espécie de espelho, a partir do qual esperamos ver refletida nossa imagem. Ocorre que, como observa Galeano, os espelhos estão repletos de gente. Pode ser que a nossa busca incessante em ver o nosso próprio reflexo dificulte a percepção de que existem outros sujeitos que ali também deverão se enxergar. Existem outras imagens para serem refletidas, não obstante nossa cegueira impeça sua visibilização. Os invisíveis nos vêem, a despeito de nosso esforço em exergá-los.

[*] Mestranda em Direito. talitarampin@gmail.com

A tradução dessa metáfora para o campo jurídico denuncia que o paradigma adotado como sujeito de direitos humanos reflete uma realidade específica que, em boa medida, não coincide com a realidade de outros sujeitos, os quais são diferentes, dado suas especificidades. São sujeitos que não se reconhecem na imagem refletida, são invisíveis aos olhos da lei e, portanto, têm sua existência negada.

O objetivo geral deste estudo é analisar a universalidade do paradigma subjetivo de direitos humanos, tendo em vista a especificidade de gênero. Nossa hipótese é que referido paradigma hegemônico não corresponde às contingencias do real, e contribui para o incremento de uma relação de dominação e poder do homem sobre a mulher. Nesse movimento, a negação da fruição de direitos pelas mulheres é uma constante.

Para cumprir nosso desiderato, estabelecemos como objetivos específicos: a identificação do paradigma subjetivo hegemônico; a identificação de uma das realidades e/ou existências negadas; a identificação de uma via ou postura possível que contribua para a expansão da margem de atuação inclusiva dos direitos humanos. Referidos objetivos foram tratados em tópicos específicos, os quais foram estruturados entorno das categorias da totalidade, alteridade e exterioridade, com evidente influência teórica de Enrique Dussel.

Cumpre esclarecer que não refutamos os direitos humanos enquanto pressuposto ou instrumento de tutela do ser humano, contudo, entendemos que o movimento de positivação é somente um dos movimentos possíveis. O desafio maior a ser enfrentado é superar a cultura simplista vigente, que centra na positivação a única alternativa existente. Agrava a situação a percepção de que essa positivação não faz frente às contingências reais, deixando sua fruição a somente parte dos sujeitos. São direitos de alguns humanos.

1. TOTALIDADE: O PARADIGMA HEGEMÔNICO NO DIREITO[1]

O ideário dos juristas, assim como o dos ordenamentos ocidentais em geral, possui certos contornos comuns que permitem afirmarmos viger uma teoria hegemônica do direito, que identifica direito com norma, adota como método a lógica-formal e insere-se num contexto político de liberalismo. Estes traços comuns, constatáveis na maioria dos sistemas jurídicos, tecem paradigmas de árdua ruptura, os quais acabam interferindo de maneira incisiva quanto à efetivação dos direitos humanos, mormente se considerarmos como corte histórico o século XVIII e a eminência da era da modernidade.

Por certo seria ingênuo de nossa parte crer ou primar por uma neutralidade dos direitos humanos, porque não há neutralidade em qualquer das ciências humanas ou sociais. Há condicionantes ideológicas, históricas, geopolíticas, sociais e de outras tantas ordens, que não podem ser ignoradas sob pena de, se negligenciadas, condicionarem a ciência (e também a realidade) a despeito de nossa própria consciência.

Em se tratando de direitos humanos a atenção deve ser redobrada, pois sob sua égide encontramos, além do texto normativo, diversos enfoques teóricos passíveis de

[1] Este tópico foi elaborado tendo em vista os estudos desenvolvidos na disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais, ministrada pelo doutor Antônio Alberto Machado no ano de 2009 no âmbito do programa de pós-graduação em direito da UNESP, campus de Franca/SP. Cf. MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e mudança social.** 2 ed. Atlas: São Paulo, 2009.

serem adotados, dentre eles: o contexto político, o valorativo ou axiológico, o filosófico e o econômico. Esta multidimensionalidade indica a complexidade de seu estudo e, mais ainda, de sua compreensão. Eis pois um campo de estudo instigante, na exata medida de sua complexidade.

Se são múltiplas as dimensões de análise, urge então investigar que conteúdo é esse que, extrapolando a pauta positivada, formal ou abstrata dos direitos humanos, alcança um plano diverso, inserido numa ordem ou esfera real, materializada ou não meramente abstrata. Este conteúdo se apresenta de uma forma mais ou menos uniforme diante dos mais diversos ordenamentos e teorias jurídicas ou científicas, de modo que podemos afirmar existir uma teoria hegemônica acerca dos direitos humanos. Nesse momento, nos debruçaremos sobre os paradigmas filosófico, científico e político vigentes.

1.1. Paradigma Filosófico

O senso comum filosófico vigente aponta para uma visão abstrata ou formal do direito. Invariavelmente os teóricos e suas respectivas teorias retornam à concepções de filósofos célebres tais como Platão, Aristóteles, René Descartes, Emmanuel Kant e Auguste Comte para justificar uma teoria do direito calcada em modelos conformadores da cultura jurídica ocidental, ou seja, viabilizadores da manutenção do *status quo* e do ideário político e científico decorrente do liberalismo.

A noção que temos hoje sobre o que seja o "direito" foi erigida em um plano abstrato, identificando-o com uma "ideia", mais ou menos alcançável, que se projeta sobre a realidade. Esta concepção, independente da perspectiva que adotemos (identificação de direito com lei, norma, justiça, instrumento de emancipação social, técnica, enfim), não é de formação recente, antes, remonta à Grécia Antiga, mais especificamente à Platão (427 a 347 a.C) e sua teoria do conhecimento (ou doutrina da reminiscência). Por meio desta, foi estruturada uma teoria do direito que, como a própria nomenclatura indica, é fundamentalmente teórica, idealizada, calcada em especulações meramente abstratas e, portanto, desligadas da realidade. Platão "constrói" sua teoria com base nas "ideias", considerando estas o princípio lógico (conceito para se trabalhar), ontológico (traz a verdade), epistemológico (arquétipo para a construção) e causal (criador e motivador) do conhecimento. O direito, assim considerado, adquire contornos abstratos, e se consubstancia em aspecto meramente ou eminentemente formal.

Este retorno à hélade clássica (Grécia dos séculos VI a IV a.C) não se esgota em Platão, antes, tem em seu discípulo Aristóteles (384 a 321 a.C) outra importante fonte de inspiração. O ideal de "ordem" e de investigação científica tão prezados pela cultura ocidental encontra no estagirita a sua maior influência, senão o seu precursor. É Aristóteles quem desenvolve um conhecimento científico (partindo do conceitualismo socrático e o método platônico) e estabelece que todo saber pressupõe uma técnica, uma investigação e uma deliberação. Tais referenciais parecem jamais se dissociar de toda forma de concepção do direito, inclusive nos dias atuais.

Outra aspiração que medeia e orienta o mundo ocidental (mormente no tocante ao conceito de ética e de lei) é a filosofia cristã, motivo pelo qual a elencamos como componente do senso comum jurídico-filosófico. A doutrina cristã desloca e transmuda a noção de liberdade, fato este que influi definitivamente na ideia de direito: na

antiguidade, a liberdade possuía um forte conteúdo político, de modo que "ser livre" correspondia ser cidadão na pólis, aproximando-se, pois, da noção de democracia participativa (peculiaridade grega); já na ética cristã, a liberdade é translocada para fora do campo político e do Estado, para o interior do homem, se aproximando muito da ideia de "livre arbítrio". Segundo Marilena Chauí (CHAUÍ, 1994, p.349) "O cristianismo despolitiza a liberdade e, ao interiorizá-la, moraliza-a" e, mais, "subordina o ideal da virtude á idéia do dever e da obrigação (…) exige a submissão (...)". É fácil notar que as aspirações cristãs, tão bem desenvolvidas em São Tomás de Aquino, Santo Agostinho e a escolástica, são as mesmas emanadas da teoria do direito predominante, principalmente nos seguintes valores: a imposição de certa ordem de lei (direito natural ou direitos humanos) à todos e a valorização da autonomia da vontade como expressão da liberdade.

Na Idade Média encontramos também outra forte influência latente da teoria do direito: o projeto filosófico de René Descartes (1596 a 1650), que fora construído como defesa do novo modelo de ciência inaugurado por Copérnico, Kepler e Galileu (MARCONDES, 2000, p.162) contra a concepção escolástica de inspiração aristotélica em vigor na Idade Média, retoma, ao menos em parte, a filosofia platônica e erige um método de conhecimento constituído basicamente de princípios e regras: um método analítico, de visão ou cunho idealista, que permite uma separação da realidade através do uso da razão. Em Platão, Descartes resgata a noção de que todo o conhecimento passa necessariamente pela razão e, em seguida, realiza um destrinchamento ou separação das partes que compõe o real (especializações).

O método cartesiano de conhecimento é muito difundido e aceito nos dias de hoje, e tem por finalidade, segundo Danilo Marcondes (2000, p.162), "pôr a razão no bom caminho, evitando assim o erro", seria um "procedimento que visa garantir o sucesso de uma tentativa de conhecimento, da elaboração de uma teoria científica". Tal método compõe-se de quatro regras: a da evidência (não aceitar uma coisa como verdadeira enquanto a mesma não for evidente), a da análise (divisão das dificuldades em quantas partes forem necessárias para resolvê-las) a da síntese (galgar o conhecimento gradualmente, começado pelos objetos mais simples ou fáceis, até os mais complexos) e a da enumeração (realizar enumerações tão completas e revisões tão gerais quanto possível para se ter certeza de nada omitir). Analisando as pesquisas científicas no âmbito jurídico percebemos facilmente a influência desse método, estando, então, diretamente ligado ao modo de construção do direito.

A contribuição de Emmanuel Kant (1724 a 1804) é também sentida de modo uniforme na teoria do direito. O conhecimento só é possível em Kant na medida em que interagem condições materiais (advindas da experiência) e formais de conhecimento (advindas da razão). No âmbito jurídico, Kant lança as bases de uma distinção fortemente arraigada no ideário de direito atual: moralidade e juridicidade, lastreado no liame tênue que distingue direito e moral. Segundo Eduardo Bittar (BITTAR, 2000, p.335) no sistema kantiano direito e moral distinguem-se como duas partes de um mesmo todo unitário, duas partes que se relacionam à noção de liberdade externa e interna, respectivamente. Essa concepção favorece o alento da doutrina da coercitividade (peculiar a juridicidade, ou seja, ligada ao direito e à idéia de imposição de leis e aplicação de sanções por autoridades), e torna-se caractere indissociável da teoria do direito, marcando, de modo quase absoluto, a distinção entre o agir moral e o jurídico.

A "morte da metafísica", decretada por Kant, propicia o desenvolvimento de duas visões ou vertentes filosóficas de extrema importância: a materialista e a positivista. Nesta última, nota-se um certo esgotamento do conteúdo ético ou axiológico do direito, o que favorece a identificação do Direito com a pauta positivada (erição de um "direito" pretensamente neutro, objetivo, comprovável, certo). O fenômeno do positivismo será melhor exposto a seguir.

1.2. Paradigma científico

Também na ciência do direito percebemos haver um consenso sobre o que venha a ser o seu objeto de estudo. Com maior ou menor intensidade o senso comum jurídico aponta para a identificação do direito com as ideias de norma, lei e ordem. O direito, nesse diapasão, é enxergado como sendo um mero instrumento a serviço de uma técnica, e pouco ou nada contribui para a emancipação do próprio homem em sua condição.

Kant já anunciara, com a "morte da metafísica", que o Direito não é algo existente por si mesmo. Para ele, o direito seria um fenômeno multidimensional, conflituoso, dinâmico, mas existente (não meramente abstrato), já que alcança a realidade e não se restringe à formas. Mas a noção que aparentemente predomina na teoria do direito, e novamente incluímos aqui também o ideário dos juristas, em especial aqueles vinculados a cultura ocidental, é o normativismo kelseniano.

O normativismo de Kelsen surge em um contexto de "confusão teórica", em que a doutrina se debatia sobre a indagativa: será o Direito uma ciência própria ou será ele mero apêndice da sociologia? Kelsen parece "acalmar" os exaltados ânimos da ciência ao realizar uma dupla depuração científica no direito: ele identifica direito com norma, norma esta que brota da lei. Nessa concepção, a norma seria o comando que emana da lei (enunciado feito pelo legislador em caráter geral e abstrato), e ao cientista caberia a investigação das proposições jurídicas de modo "puro e objetivo" (lógica formal).

Como cientista, é certo que Kelsen delimitou o seu objeto de estudo, ou seja, restringiu o objeto do estudo do direito á norma (decorre daí a "depuração" de sua teoria, e não do direito) tendo em vista a "impureza" do direito enquanto fenômeno multifário. Ocorre que ignorar as condicionantes do direito é negligenciar fatores que invariavelmente incidirão quando da sua aplicação. O direito é uma ciência aplicada, uma teoria pura seria desmentida pela realidade.

As premissas estabelecidas por Kelsen que imantam a teoria do direito, de uma forma hegemônica, são: o estabelecimento do sujeito de direito como centro de impetração jurídica; a adoção do método logico-formal; a redução da finalidade do direito á manutenção da ordem; e o postulado de validade da norma pela sua hierarquia no sistema jurídico (norma hipotética fundamental construída como ápice da fórmula piramidal). Dessa maneira, a validade de uma norma é buscada na norma hipotética fundamental (imperativo categórico), não devendo ou podendo o cientista ou jurista questioná-la.

Referida validade, por ser hermética, não permite questionamentos e, neste diapasão, não satisfaz uma teoria dos direitos humanos. É claro que há uma idéia de ordem na norma, mas esta não pode ser analisada somente como instrumento de repressão. As normas também servem, ou deveriam servir, para libertar o homem, e sua compreensão e aplicação, para posterior desenvolvimento, deveria obedecer a um

movimento dialético na leitura de normas (análise do fato e da norma em implicações recíprocas). As normas são um momento do Direito, mas não o Direito. porém, diante várias indagações que eventualmente possam surgir, e principalmente aquelas referentes a tentativa de estabelecer no direito um objeto (que não a norma) e metodologia própria (que não a lógica formal), é considerado mais seguro e satisfaz melhor os anseios liberais primar ela afirmação da teoria normativista: direito é norma e o método é o lógico formal.

1.3. Paradigma político

O liberalismo é outro componente hegemônico na teoria do direito e igualmente na teoria dos direitos humanos.

No plano econômico o liberalismo apresenta alguns traços notáveis: o apreço pela iniciativa privada; a valoração exacerbada da propriedade privada, da liberdade, da desregulamentação do setor produtivo, da livre distribuição da produção pelo mercado, da liberdade contratual; entre outros. No campo político esses ideais se nos apresentam através da defesa de uma postura estatal de intervenção mínima, da liberdade política identificada com o sufrágio universal (e somente assim), da tripartição dos poderes e da democracia representativa, esta, se aproximando mais de uma prática delegativa do que participativa.

No âmbito jurídico não seria diferente. Estes traços econômicos e políticos elencados se refletem em: primado da lei (legalidade), tripartição dos poderes estatais, ilusão da lei como emanação da vontade geral (quando na verdade ela resulta de jogos de poderes econômicos e políticos), monismo jurídico (somente o Estado emana a lei), pretensa neutralidade da lei, aparência de isonomia, pregação de uma igualdade meramente formal, apego à autonomia da vontade. Neste cenário o próprio Direito se descaracteriza. Somente certa ordem de direitos (aqueles individuais, patrimoniais e de defesa) são tutelados de modo eficaz e eficiente, e as vezes nem mesmo estes o são de modo satisfatório.

1.4. Fundamentalidade dos direitos humanos e a especificidade da latinoamérica

A afirmação histórica dos direitos humanos percorreu diferentes momentos na América Latina. Desde sua positivação em nível mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Resolução n.217, na 3ª sessão ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, aos 10 de dezembro de 1948, até o presente momento, várias normas foram editadas para proteger os direitos humanos.

Atualmente, notamos a existência de uma realidade plurinormativa de direitos humanos, na medida em que são várias as normas que tutelam essa gama de direitos, inclusive, em diferentes níveis: nacional, regional e multinacional ou supranacional.

Em linhas gerais, são apontados como traços comuns dos direitos humanos as características da universalidade, da indivisibilidade, da interdependência e do inter-relacionamento. Tendo em vista que a aplicabilidade desta sorte de direitos estende-se a todo e qualquer ser humano, diz-se de sua universalidade, de modo que todos os homens são titulares de direitos humanos pelo simples fato serem homens. Tais direitos são correlacionados de tal forma que o gozo de um é pressuposto para a realização de outro, sendo que a violação de um implica, necessariamente, a violação dos demais. Esta

indivisibilidade está incutida na idéia de aplicação integral dos direitos humanos, os quais são interdependentes e inter-relacionados.

Na busca pela internacionalização da tutela dos direitos humanos alguns instrumentos normativos se destacaram, sendo os principais deles a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1789), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta Social Européia (1961), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) que tornou aplicável a Declaração de 1948, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (1989) e a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais (2000), as várias Convenções da OIT e o Protocolo de San Salvador (1998), adicional ao Pacto de San José da Costa Rica.

A despeito da deseja adesão integral e irrestrita pelos diversos países do mundo, percebemos que a recepção destes instrumentos normativos depende, em muitos aspectos, da articulação política interna em cada país. Em outras palavras, é dizer que sua efetividade depende dos interesses dominantes em cada nação.

Dos documentos normativos elencados, merecem destaque no cenário latinoamericano a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948, em Paris, resultou de um contexto histórico específico, com forte influência européia. Assolado pelos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, cujas batalhas findam em meados de 1945 e cujos horrores repercutem até os dias de hoje, as Nações Unidas reuniram-se com o objetivo de elencar uma base normativa e principiológica comum a todos os Estados e aplicáveis a todo ser humano, haja vista a necessidade incipiente de resguardar sua integridade física e psíquica frente a toda e qualquer forma de abuso que por ventura ameace, tal com o nazismo o fez, a humanidade.

De fato, esta declaração não foi a primeira a ser elaborada no intuito de prenunciar direitos humanos, posto que o pioneirismo francês permitiu, já em 1789, a promulgação de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, impulsionada pela Revolução Francesa e nos moldes dos ideais de liberalismo e individualismo da época. Lastreada no trinômio liberdade-igualdade-fraternidade, esta primeira Declaração pecou por exacerbar a autonomia da vontade como pressuposto do equilíbrio das relações humanas, tendo em vista que situações há em que a manifestação da vontade é subjugada a interesses de classes e interesses dominantes e que inviabilizam o pleno desenvolvimento social.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, foi aprovado pela XXI Sessão da Assembléia Geral da ONU, em Nova York em dezembro de 1966, e traduz a preocupação das Nações Unidas em tornar aplicáveis os princípios sustentados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Este pacto é aplicável no Brasil por força de sua ratificação aos 24 de janeiro de 1992. Quanto à sua natureza, o pacto consiste em lei internacional de direito público face à fonte de sua emanação e o alcance de suas normas, que não se restringe ao território de um só Estado. Trata-se de tratado plurilateral, por serem vários os

signatários, que adentrou em nosso ordenamento com força constitucional, razão pela qual sua aplicabilidade é imediata e sua eficácia é plena, colocando-se como base de todo o nosso ordenamento jurídico e incidente nos mais diversos ramos do direito.

O Pacto tem por objeto a proteção da dignidade da pessoa humana, conforme se depreende da leitura de seu preâmbulo ao reconhecer a dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Pela leitura de seus artigos, encontramos a previsão dos seguintes direitos: o direito ao trabalho livremente escolhido ou aceito; o direito à previdência e ao seguro social; a proteção à família e, especialmente, à maternidade, à infância e adolescência; o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, em respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. O pacto ainda faz outras menções de suma relevância para o desenvolvimento humano em variados aspectos, através da tutela da saúde, da educação e cultura, do desenvolvimento científico e tecnológico, das condições mínimas para a vida humana.

O denominado "Pacto de San José da Costa Rica" é um importante instrumento de tutela dos direitos humanos na América Latina, mormente porque prevê uma Comissão e de uma Corte Interamericana de Direitos humanos (artigos 79 e seguintes), fato este que demonstra uma preocupação latino-americana em fazer cumprir os direitos arrolados, e não somente declará-los. Nos artigos 3 ao 25, estão estabelecidos os direitos civis e políticos, com destaque para o artigo 4º, que dispõe que "Toda pessoa tem o direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente". Em uníssono, as normas transcritas revelam a proteção da vida humana em sua integridade e dignidade.

Ocorre que essas normas, de um modo geral, tratam do homem enquanto sujeito autônomo, como se seus destinatários estivessem a salvo de qualquer forma de vulnerabilidade que os impeça de atuar de forma consciente e realizar escolhas. No contexto político, econômico, histórico e social da latinoamerica, é impossível discutir direitos humanos sem percorrer as tramas sociais, as contingências reais, as lutas existentes e latentes que envolvem as relações humanas na sociedade. Nesse sentido, a feitura atual dos direitos humanos peca por estabelecer ideais, metas, objetivos metafísicos, que contrastam com a realidade de negação dos recursos mais básicos e triviais para a sobrevivência humana, de violação sistêmica do corpo e da identidade do sujeito, da vulnerabilidade que determinados grupos, tal como as mulheres, são expostas.

A partir das disposições dos tratados de direitos humanos, percebemos a construção de um paradigma hegemônico que se impõe à realidade, tal como uma moldura pré fabricada e que deverá servir a toda espécie de retrato. Referido paradigma é androcêntrico, heterossexual, proprietário, autônomo, branco, adulto, alfabetizado, detentor de capital, no pleno gozo de todas as suas faculdades físicas, mentais e emocionais. Ao centrar o sujeito de direitos humanos nesse paradigma, estabelece-se, também, qual sujeito é considerado como "absoluto", como "humano". Este "Um" passa a servir de referência suprema, "ser" uno, superior, hegemônico. Todos aqueles que se distanciam deste "Um" passam a sofrer a vulnerabilidade do "Outro". Notamos que essa forma de pensar e agir reflete a adoção da *totalidade* como categoria

fundamental, que, por sua vez, emerge como afluente da ontologia grega, européia e, porque não, moderna-liberal.

2. ALTERIDADE: SER MULHER E NÃO HUMANA

Parmênides, na antiguidade grega, pressagiou: "o ser é, o não-ser não é". Repetido e disseminado, esse pensamento adentrou as entranhas do pensamento clássico e suas repercussões são sentidas ainda hoje, em nossa realidade. A afirmação "o ser é" deixa implícito que tão somente uma categoria "é". Esse "ser" passa, então, a ser o início e fim da totalidade, limitando e reduzindo a existência o *uno*. Sempre o mesmo.

Enrique Dussel (1980, p.11) explica que essa categoria da totalidade refugia o pensamento no centro, como se este fosse a única realidade possível. "Fora de suas fronteiras está o não-ser, o nada, a barbárie, o sem-sentido (...). O "Outro" "não-é", não existe, é excluído devido ao fato de somente o "ser" compor a totalidade. O "Outro", múltiplo, é então negado. Em nosso estudo, verificamos que o paradigma androcêntrico de direitos humanos tornou-se o "Um" sujeito aos mesmos e a mulher tornou-se o "Outro", cuja titularidade é negada.

Segundo Simone de Beauvoir (1980, p.9), o homem representa a um tempo o positivo e o neutro, a ponto de dizermos "os homens" para designar os seres humanos, tendo-se assimilado ao sentido singular o vocábulo *vir* o sentido geral da palavra *homo.* A mulher aparece como o negativo, de modo que toda determinação lhe é imputada como limitação, sem reciprocidade. Nesse sentido, o movimento de totalização nega o "Outro" ao eliminar a existência das diferenças. Afirma o mesmo como real e exclui todos os não submetidos á totalidade pelo simples fato de ser outro. O "outro" torna-se, na melhor das hipóteses, "algo", nunca, "alguém".

O fenômeno da negação do "Outro" não é fenômeno de recente criação e, principalmente, não é constatado em apenas uma categoria humana. Ao longo da história, várias categorias forjaram o "Um" e, como tais, se sobrepuseram ao "Outro". Este, por "não ser", foi sistematicamente excluído, segregado e violado. São exemplos disso a escravidão do negro (outro) pelo branco (um), o genocídio dos judeus (outro) pelos nazistas (um), a exploração das colônias sul americanas (outro) pela Europa (um), dentre outros.

Simone de Beauvoir observa que a Mulher, enquanto categoria, jamais foi minoria ou autônoma ou independente. No caso das mulheres, não houve um 'fato' que as colocasse em tal situação de inferioridade. Na verdade, elas o são em virtude de sua estrutura fisiológica. Nota-se que sua submissão escapa ao fator histórico, pois a alteridade nesse caso sempre o foi de modo absoluto. As mulheres vivem dispersas entre os homens, e com eles se confundem ou se ligam pelo *habitat*, pelo convívio. São extremamente fortes os laços que as une com os seus opressores.

Se partirmos das particularidades históricas, políticas, econômicas, éticas, entre outras contextualizações possíveis de serem realizadas na latinoamérica, perceberemos que as mulheres constituem parcela da humanidade e, a despeito de sua constituição enquanto sujeito de direitos, suas especificidades são invisibilizadas pelo paradigma hegemônico do direito. Se olharmos para a realidade, para as relações humanas que se nos apresentam, buscando enxergar o invisível, perceberemos a existência de outros sujeitos humanos: mulher, índigena, negra, criança, não proprietária, escravizada, deficiente física e mental, explorada pelo capital, dentre outros. Percebemos que essas

características ou grupos constituem grande parte da população latinoamericana, não obstante sua relevante expressão numérica, sua existência é sistemicamente negada a partir da afirmação de um rol de direitos metafísicos que, na prática, não se concretizam.

Particularmente no que tange às mulheres, partindo de uma perspectiva de gênero, percebemos que existe uma gama de direitos que lhes são negados porque ignorados pelos responsáveis pela positivação. Como exemplos, citamos: a possibilidade de exercer a maternidade, a consideração das especificidades da saúde feminina, a realização de políticas inclusivas que promovam a igualdade a partir das diferenças de gênero, a dignidade sexual, a livre disposição sobre o próprio corpo, dentre outros. São interesses vitais para o desenvolvimento da mulher enquanto sujeito e que, no entanto, não são universalizados e, quando o são, jazem letra morta de lei, não se concretizando.

Talvez o expoente máximo dessa cultura de negação de direitos diga respeito à liberdade. Culturalmente, o corpo feminino é um palco de discussão e interesse público. Desde sua infância, a mulher é levada a "preservar" seu corpo e intimidade de modo a servir, futuramente, aos anseios morais machistas predominantes. Virgindade, sexo, aborto, gravidez, orientação sexual, tudo relacionado ao corpo e intimidade feminina torna-se questão de "interesse público" e é tutelado por outros sujeitos (os hegemônicos) como se sua titularidade fosse de outrem que não a própria mulher. Percebemos que o direito humano de ser sujeito é negado às mulheres, corroborando a tese de que a autonomia é universalizada somente para aqueles sujeitos que interessam impor enquanto universais.

Nesse sentido, a mulher latinoamericana "não é", porque não condiz com as expectativas que tradicionalmente alimentamos quando tratamos de direitos humanos. Uma vez que "não é", a mulher não se torna sujeito de direitos humanos, e, estes, não correspondem às suas necessidades reais. A mulher é o "outro", o "parcial", o "desconhecido", o "objeto", o "alguma coisa", mas, jamais, um "ser".

3. EXTERIORIDADE: A GUISA DE CONCLUSÃO

Identificado o paradigma hegemônico que constitui a totalidade, identificada a alteridade contra-hegemônica que constitui a existência negada, cumpre sugerir apostas que possam ressignificar o conteúdo dos direitos humanos e, principalmente, que possam contribuir para a afirmação da alteridade negada enquanto "ser".

Encontramos na categoria da exterioridade de Enrique Dussel uma alternativa possível, que abandona o pólo centralizador da totalidade e viabiliza uma consideração do sujeito a partir de uma ótica externa. Nesse movimento, percebemos a importância dos estudos de Celso Ludwig (LUDWIG, 2006), que acuradamente investiga a filosofia da libertação a partir do âmbito jurídico. Também notamos a necessidade de realizar um processo de sensibilização sobre os direitos humanos tal como proposto por David Sanchez Rubio (RUBIO, 2010), que propugna pelo incremento de uma cultura sinestésica de direitos humanos, que utilize os diferentes sentidos para conhecer as contingências reais e não se isole na redoma imaginária do positivismo como se este fosse o único viés existente. Confluindo para nossa opção teórica, encontramos em Joaquín Herrera Flores (FLORES, 2009) o lastro necessário para denunciar a estratégia de manipulação simbólica que a positivação dos direitos humanos promove. Os direitos

humanos são postos, apresentados e cultuados como se fossem uma gama nata, indiscutível, absoluta e universal de direitos, eliminando qualquer margem de discussão sobre o seu conteúdo, extensão e eficácia.

Com o pensamento dusseliano encontramos o fundamento filosófico necessário para propugnar pela inclusão do "outro". Segundo o filósofo, optar pela categoria da *exterioridade,* em detrimento da *totalidade,* contribui para a libertação dos oprimidos, dos excluídos, enfim, do "Outro". A partir de uma ótica externa, o "outro" é revelado, na medida em que o próprio discurso é construído a partir dessa realidade. Na exterioridade, o "ser é; o não-ser é real", viabilizando, pois, a alteridade negada. Com Dussel "O ser é e o não-ser é ainda ou pode ser o outro" (2005, p.49).

No tocante aos direitos humanos, um primeiro movimento possível de ser realizado pela exterioridade seria refutar a positivação como único mecanismo de tutela. O segundo seria refutar a erição de paradigmas hegemônicos que estratifiquem a identificação de sujeitos e titulares de direitos humanos, possibilitando o desenvolvimento de uma cultura em direitos humanos que reconheça o afloramento histórico e social dos mesmos, a despeito de sua positivação. O terceiro movimento, atrelado à ideia sinestésica de reconhecimento, seria a adoção de uma perspectiva transdisciplinar, que pudesse fazer frente à discussão de contingências setoriais de diferença, tal como, por exemplo, o feminismo vem realizando na temática de gênero, constituindo, atualmente, um novo campo científico (SCHIEBINGER, 2001). O quarto, e talvez mais importante movimento, é justamente aquele denunciado por Galeano ao tratar da metáfora do espelho. Olhos despertos, é necessário percebermos que tratar de direitos humanos é tutelar a vida e a humanidade tal como ela se nos revela, e não como nós queremos que ela se mostre. É dizer: perceber que direitos humanos possuem um aporte quase universal.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo.** 6 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BITTAR, Eduardo C. B. **Teorias sobre a Justiça.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CHAUI, Marilena. **Introdução à história da Filosofia**. Vol.1. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina.** Coleção Reflexão Latino-Americana. São Paulo: Loyola; Unimep, 1980.

_____. **Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão**. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2005.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GALEANO, Eduardo. **Espejos: uma historia casi universal.** Madri, Espanha: Siglo XXI editores, 2008.

LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo.** Florianópolis, Santa Catarina: Conceito editorail, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e mudança social**. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2009.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos à Wittgenstein**. 5 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

RUBIO, David Sanchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.** Trad. Clovis Gorczevski. In Coleção Direito e Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SCHIEBINGER, Londa. **O feminismo mudou a ciência?** Trad. Raul Fiker. Bauru/SP: EDUSC, 2001.

SISTEMA PENAL: CAMPO ADEQUADO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES?

Lillian Ponchio e Silva[*]

1. INTRODUÇÃO

O presente texto consiste numa análise do modo pelo qual o Direito Penal trata a mulher, inclusive no que diz respeito à sua função materna. Tal análise leva em consideração a imensa contribuição da mulher na vida social, política, econômica e cultural, assim como sua função na família, de forma a deixar evidente a existência de diversos fatores culturais que desaguaram na consolidação do dogma da superioridade masculina.

Com relação a essa complexa temática, que cuida da maneira pela qual o sistema penal trata a mulher, vale ressaltar que o ponto que mais gera discriminações está relacionado à sexualidade feminina, dentro da qual se compreende a função materna.

A responsabilidade da mulher pelo cuidado dos filhos é fruto do resultado de um processo histórico. Esse papel foi reforçado no século XVIII, no qual o objetivo principal era a manutenção da sociedade patriarcal. Portanto, as mulheres tiveram de lutar para conquistar um espaço na sociedade.

Uma das principais lutas foi pelo acesso ao sufrágio. As mulheres eram equiparadas aos doentes, deficientes mentais e às crianças, consideradas intelectualmente incapazes de exercer direitos políticos.

O senador norte-americano George G. Vest em 1897 escreveu que o exercício do voto degredaria a mulher, por iria lhe subtrair a capacidade de influir, "[...] com seu carinho delicado e gentil os atos do marido." Leda Maria Hermann relata que este não foi o único político a defender isso. Grover Clevand, ex-presidente americano, disse em público que "[...] um dos grandes encantos das mulheres está no fato de elas não serem particularmente receptivas ao raciocínio." Há ainda, em 1900, um tratado de obstetrícia sustentando que a mulher "[...] tem cérebro muito pequeno para o intelecto, mas grande o bastante para o amor", dando embasamento médico para essa forma de discriminação. (HERMANN, 2007, p. 61).

O direito de votar somente foi estendido à mulher na década de 30 do século passado. Foi precisamente em 1933 que o código eleitoral brasileiro concedeu o direito ao voto às mulheres.

Maria Garcia, professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), diretora-geral do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) conta que no campo profissional havia "[...] um trato que muitas vezes exalava discriminação." A professora relata ainda que no Poder Judiciário, por exemplo, o tratamento às advogadas era paternalista, "[...] éramos tratadas como se fôssemos umas bobinhas, não advogadas." (GARCIA, 2010, p.12-13)

---

[*] Advogada do escritório Adi & Marchi Advogados Associados em Barretos-SP, mestre e bacharel em Direito pela UNESP e docente do curso de graduação em Direito da UNIP em Ribeirão Preto-SP. Email: *lillianpss@hotmail.com*

Diante disto, fica nítida a maneira pela qual a mulher é tratada no seio social, no qual teve que enfrentar diversos desafios para ser respeitada, inclusive, profissionalmente. Acreditava-se que à mulher cabia apenas desempenhar sua função materna, não sendo considerada apta a desempenhar demais papéis sociais.

A propósito, observa-se que o chamado "controle social", que ocorre por meio da regulação moral, define o papel que, obrigatoriamente, a mulher precisa desempenhar para que fique de acordo com os códigos sociais. Em outras palavras, para que a mulher seja considerada como cumpridora desses códigos, precisa obedecer aos papéis que lhe foram impostos.

Uma explicação dessa submissão da mulher aos papéis sociais é trazida à baila por Simone de Beauvoir ao ressaltar que:

> [...] a história mostrou-nos que os homens sempre detiveram todos os poderes concretos; desde os primórdios tempos do patriarcado, julgaram útil manter a mulher em estado de dependência, seus códigos estabeleceram-se contra elas. (1980, p. 179)

Na verdade, essa vigilância social é encontrada tanto nos meios formais de controle social, dentre os quais se vislumbra a inserção do Direito Penal, mas também pode ser constatada nos meios informais, tais como a igreja, a mídia, a escola, a prática da medicina, o mercado de trabalho e a opinião pública.

A conseqüência mais imediata desse problema é o processo de segregação e preconceito encontrado nas leis penais, de modo que fica evidente a impregnação de valores extremamente machistas.

É lícito concluir que essa situação representa o oposto da aspiração dos direitos humanos, cuja finalidade é contemplar, sem exceção, todas as pessoas. A própria origem dos direitos humanos custou muito sangue, muita luta social. Há, assim, manifesta incompatibilidade com a lógica da segregação inerente ao Direito Penal e a lógica da inclusão dos direitos humanos.

2. SISTEMA PENAL: OPRESSÃO, EXCLUSÃO E DOMINAÇÃO.

Vale salientar que a dignidade representa a essência da condição humana. Todavia, esta é constantemente ameaçada por mecanismos formais e informais que mesclam opressão, exclusão e dominação. Com efeito, é forçoso concluir que o sistema penal trata a mulher de maneira preconceituosa.

Com relação a essa problemática, verifica-se que a seara penal, muitas vezes soluciona questões essenciais, mas, noutro giro, age de modo a reforçar antigas discriminações. Portanto, não seria exagero dizer que há uma grande necessidade de se rever a crença sobre o funcionamento do sistema penal em relação às questões de gênero, levando em consideração que, em sua atuação, pode ser encontrado um misto de tutela e proteção com exclusão e discriminação.

Na verdade, o fato é que as conquistas da sociedade atual, sejam elas quais forem, resultam das gerações anteriores. Em outras palavras, o momento vivido atualmente, baseado em atitudes discriminatórias, é fruto do que foi vivenciado até então. Em sendo assim, pode-se dizer que há uma transferência dos valores considerados importantes em determinados momentos históricos, sejam eles positivos ou negativos.

Analisando a transmissão desses valores, é possível perceber, por exemplo, que em determinados momentos, a sociedade ficou atrelada ao valor do "santo", isto é, o valor religioso, de modo que todos os outros valores derivavam deste primeiro.

Tudo isso, na verdade, demonstra que o Direito Penal não somente transporta, como também acaba por reproduzir esses valores considerados extremamente relevantes no meio social, em determinada época. Logo, observa-se que, por um período extenso, a mulher foi trata de maneira discriminatória, ou seja, como um objeto pertencente ao homem, vestígio este sombrio e brutal da cultura patriarcal.

Seja como for, tudo isso revela a lógica de reprodução dos valores pelo sistema penal. Aliás, é forçoso reconhecer que existem diversas passagens que podem servir como nítidos exemplos desse processo de segregação, como é o caso da civilização judaico-cristã, ao ressaltar a inferioridade biológica e intelectual da mulher, sendo que as genealogias bíblicas não listavam as filhas mulheres, além da submissão amplamente presente nos livros do Antigo Testamento. De um modo geral, a obediência total e irrestrita da mulher perante o homem representava regra inquebrantável e somente a fertilidade conferia à mulher algum prestígio. (HERMANN, 2007, p.54)

Com suas diferentes nuances, dentre esses espaços, destaca-se que o senso comum, fruto da cultura patriarcal, trata a mulher de maneira discriminatória, ao utilizar-se de expressões (infelizmente) aceitas no meio social, consideradas normais, mas que contém um forte conteúdo de violência, pois acaba por atingir, de maneira intensa, a dignidade humana.

Exemplos dessas expressões são encontrados facilmente, tais como "mulher gosta de apanhar", "mulher é o sexo frágil", "mulher no volante perigo constante", dentre outras. Indubitavelmente, essas inúmeras manifestações no seio social podem ser encontradas, ainda que de modo não tão explícito, também no sistema de justiça criminal, baseado em valores que consagram o moralismo sexista. (ANDRADE, 2003, p. 275-176)

Essas são, por assim dizer, constatações de que existe uma infinidade de mecanismos que acabam por legitimar tais comportamentos, pois fazem com que a prática cotidiana violenta faça parte das relações sociais. Em suma, é de clareza solar a alta carga de violência contida nessas práticas, levando em consideração o fato de que muitos não conseguem visualizar isso prontamente.

Portanto, é preciso lembrar que, inúmeras vezes, o Direito Penal age de modo a confirmar a superveniência dos valores patriarcais na sociedade. Logo, diante de uma realidade social profundamente injusta, essa análise das várias facetas da violência é fundamental. Tais expressões discriminatórias são encontradas em atitudes e leis, que acabam por consagrar, ainda que implicitamente, valores totalmente incompatíveis com a própria essência dos direitos humanos, que buscam a inclusão.

Um exemplo dessa situação de submissão e discriminação pode ser encontrado na relação da mulher com o tráfico de drogas. Foi constatado que, muitas vezes, há uma relação afetiva anterior, ou seja, as mulheres são, em grande parte dos casos, esposas, irmãs ou filhas de traficantes. Em outras palavras, essa é mais uma constatação da submissão da mulher em relação ao homem, também no campo criminal, de fato que essa situação permite que a mulher concilie suas tarefas de dona de casa e mãe, constituindo-se, dessa forma, numa alternativa de subsistência. (SPOSATO, 2007)

A esse respeito, há um artigo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), que faz uma análise detalhada dos dados referentes à população feminina

reclusa no Distrito Federal. Com base em dados disponibilizados em agosto de 2009 pela direção da Penitenciária Feminina de Brasília, esse estudo corrobora o fato de que é muito expressiva a participação de cidadãs presas por ofensa à Lei de Drogas.

Os gestores da Penitenciária Feminina de Brasília afirmaram que, na maior parte dos casos, as detentas que respondem por delitos relativos à antiga Lei de Drogas (artigos 12 e 16 da Lei 6368/76) e à nova Lei de Drogas (artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06) são "[...] mulheres, companheiras, namoradas que foram surpreendidas levando ou tentando levar drogas para os seus parceiros presos." De fato, isso alerta para o fato de que não se pode perder de vista que o enfrentamento dessa questão é um "[...] indicador da maturidade da própria sociedade." (FERREIRA; ZACKSESKI, 2010, p. 12-13).

Edson Ferreira e Cistina Zackseski traçam uma perfeita comparação com o que bem ensina Nelson Mandela, ao afirmar que:

> [...] costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha entrado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como se trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos. (MANDELA, 1995)

Os autores ainda complementam esse ensinamento de Mandela, ao pontuarem que não é somente pelo modo que uma nação trata seus cidadãos mais baixos, mas sim pelo modo como os maltrata, ou, até mesmo, pelo modo como os ignora.

Vale ressaltar que o estudo demonstra graficamente que o perfil da mulher presa no Presídio Feminino de Brasília é de uma cidadã pobre, parda, com ensino fundamental incompleto, jovem, com idade entre 18 a 25 anos, solteira, católica, presa por uso e tráfico de drogas.[1]

Portanto, lamentavelmente, é nítida a forma com que as instâncias de controle recrutam sua clientela no segmente mais vulnerável. Assim, "[...] há uma contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam." (FERREIRA; ZACKSESKI, 2010, p. 12).

Parece acertado dizer que fica escancarada a profunda sintonia existente entre os mecanismos de controle social informal (igreja, escola, família, entre outros) e o sistema penal. Eis a razão pela qual o sistema penal representa um reflexo da sociedade e, portanto, da desigualdade social.

Ao se fazer reflexões como essas é imprescindível citar o Código Criminal do Império de 1830, por possibilitar a compreensão da discriminação no plano histórico. Acerca desse problema, na previsão do crime de adultério, o homem apenas era considerado autor deste delito caso promovesse a manutenção de uma concubina. No entanto, para a mulher ser considerada como autora, um pequeno desvio de conduta era mais do que suficiente para configurar o adultério.

É certo, portanto, que o Código Penal de 1940 trilha, em muitas de suas passagens, essa mesma linha de cunho patriarcal. Paulo César Corrêa Borges, ao tratar dessas violações do princípio da igualdade por normas incriminadoras encontradas no

[1] Os autores resumem, de forma não simplista, os dados obtidos em forma de dez perguntas, nas quais suas respostas revelam os números da seletividade e confirmam a vulnerabilidade da população selecionada.

ordenamento jurídico brasileiro, conclui que "muitas aberrações existem na Parte Especial". (BORGES, 2005, p.148)

Nesse mesmo diapasão, Miguel Reale na obra "Novos Rumos do Sistema Criminal" menciona que vários autores enaltecem a virgindade, chegando até mesmo a considerá-la como um estado santo. Além disso, verifica-se que as mulheres são tratadas pelos estudiosos do campo penal como "ingênuas donzelas". (REALE JÚNIOR, 1983, p. 78)

Em outras palavras, é dessa forma que foi edificado o Direito Penal, com base na cultura patriarcal, extremamente discriminatória. Ao optar por esse tipo de tutela, no Direito Penal, a mulher é considerada como uma desprotegida, enquanto o homem é visto como o "assaltante da honra feminina". Galdino da Siqueira relata que o legislador do Código Penal, ao tratar da virgindade, "[...] fez da ruptura do hímen a agressão que além de efeito material traz o de ordem moral, a perda da pureza da alma e do coração." (1951, p. 254)

Na precisa observação de Miguel Reale, o fato é que esse tabu da virgindade implica em dizer que esse pensamento reflete o que é vivenciado na sociedade, na qual a mulher é vista apenas nos "limites estreitos das tarefas domésticas". (1983, p.179).

Torna-se então evidente que há um condicionamento obrigatório dos papéis a serem desempenhados pela mulher na sociedade e, assim, esta visão foi refletida também no Direito Penal. Outro fato que confirmava isso era o delito de sedução, por representar a "prova cabal do machismo que permeou a definição dos crimes sexuais no Brasil". Paulo César Corrêa Borges aprofundou-se nas questões decorrentes da disparidade do tratamento penal em relação aos gêneros e afirma que a discriminação das mulheres na definição do delito de sedução representava o ápice da afronta à dignidade feminina. (2005, p. 172)

O legislador penal distinguia a mulher virgem do homem virgem, que na cultura machista deve ser "iniciado sexualmente" após os 14 anos. Portanto, caso fosse seduzido por uma mulher, estaria recebendo, na verdade, "um benefício". Por outro lado, a mulher virgem seduzida não seria beneficiada, mas, ao contrário, isso seria um malefício na ótica do legislador de 1940, pois seria rejeitada pelos homens que pretendessem casar-se com ela, "[...] quando descobrissem que não poderiam demarcar o domínio pelo defloramento, que no caso já teria sido feito por outro homem." (BORGES, 2005, p.172-173).

Assim, a sexualidade feminina era tratada apenas em função dos apetites sexuais masculinos, afrontando a igualdade material entre os sexos afirmada pela Constituição de 1998.

Em resumo, é mais do que necessária uma análise aprofundada das leis penais, ou seja, além da superfície na qual se encontra o senso comum, dotado de ausência crítica, com a finalidade de revelar a intensa carga moralizante contida no ordenamento jurídico, principalmente na seara penal. Para que isso seja feito de maneira efetiva, não basta um simples conhecimento descritivo das normas, mas sim uma reflexão verdadeiramente comprometida em desvendar os valores consagrados por tais normais.

Dessa forma, a exclusão, a opressão e a dominação são valores amplamente presentes nas discriminações, sejam elas baseadas no gênero, cor, raça, classe, etnia, crença e demais preconceitos, fulminando na colocação de mulheres, pobres, negros e homossexuais à margem da sociedade.

É muito interessante o posicionamento de Nilo Odália ao afirmar que, inúmeras vezes, um comportamento extremamente violento pode passar despercebidamente, ou seja, como se fosse um ato natural, necessitando de um certo esforço para que haja a percepção que se trata de uma violência. (1985, p. 23)

Tal constatação revela os valores transmitidos e consagrados pelas leis penais. Se for feita uma leitura apenas superficial de tais normas, não é possível revelar essa alta carga discriminatória. Na verdade, isso acaba por reforçar a convicção da seletividade do sistema penal em relação às mulheres.

Não seria despropositado concluir que fica comprovado que o controle social não se restringe ao sistema penal, pois também está presente na estrutura familiar, na religião, na escola, na mídia e na opinião pública, integrantes do controle social informal. Assim, há todo um mecanismo de controle social (formal e informal) relacionado às mulheres.

Com efeito, por ser o Direito Penal uma espécie de controle formal, acaba por reproduzir os valores reconhecidos na sociedade. Nesse ponto, é necessário ressaltar o modo pelo qual a mulher é decodificada pelo sistema penal.

Todas essas situações tensionais decorrem da constatação de que o sistema penal, nos moldes em que se encontra atualmente, apesar de avanços, ainda reforça os preconceitos e as desigualdades sociais.

Um exemplo claro de discriminação e da visão patriarcal estava contido no delito de atentado violento ao pudor mediante fraude, no qual somente poderia ser vítima a mulher honesta. É certo que esse crime é fruto de um modelo cultural de submissão, que coloca a mulher em situação inferior a do homem.

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira explica que a expressão "mulher honesta", largamente utilizada pelo Direito Penal, possuía o objetivo de "[...] regular a moral subjetiva e mesmo a maneira de ser das pessoas, algo evidentemente incongruente — para dizer o mínimo — com qualquer regime democrático." (2006, p. 18)

O autor observa ainda que essa apropriação, pelo Direito Penal, da ideia de honestidade no comportamento sexual da mulher nunca escondeu suas verdadeiras pretensões. Em outras palavras, significa dizer que, dessa forma, o Direito Penal desempenha sua função latente, consistente na tarefa de manter uma determinada ordem social e preservar valores morais impostos ou manipulados por segmentos da sociedade que controlam os mecanismos de criação do direito estatal, tanto o Legislativo como o Judiciário. Um exemplo disso é a ideia de "mulher honesta", na qual a decência e a honra do comportamento sexual são atributos ligados por essa ideologia a um perfil específico de mulher, ou seja, é a mulher casada, do lar e educadora dos filhos.

Mais um fato que comprova o ranço machista na sociedade brasileira presente no Código Penal era a intitulação "crimes contra os costumes". Paulo César Corrêa Borges explica que a palavra "costumes" era utilizada como um sinônimo de "moral pública sexual". (2005, p. 164).

É certo que esse título foi alterado recentemente, com a Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, passando a conter a denominação de "crimes contra a dignidade sexual" e, embora tenha sido considerado por muitos como um grande passo, ainda falta muito para que o Direito Penal realmente desvincule-se de sua alta carga moralizante preconceituosa.

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira ressalta ainda que a mera retirada dessa expressão dos tipos penais não é suficiente. Em outras palavras, a supressão de um

termo obsoleto de uma norma penal não é capaz, por si só, de repercutir no modo pelo qual o discurso do sistema punitivo desempenha suas funções. (2006, p. 19).

É inegável que, um Estado que pretende ser laico, pluralista e democrático não deveria, em tese, ter uma visão moralizadora. Por isso, é imperioso destacar que a proibição de qualquer tipo de discriminação decorre da Constituição.

Em poucas palavras, Paulo César Corrêa Borges consegue sintetizar esse tratamento da tutela da sexualidade feminina, ao afirmar que, por meio de "expressões jurídicas vagas e preconceituosas como mulher honesta e mulher virgem", eliminadas somente em 2005, o legislador de 1940 discriminou à mulher, numa clara afronta à igualdade material. (2005, p. 165).

Daí a necessidade de se rever vários dispositivos penais, sob pena de se manter uma realidade profundamente discriminatória. É óbvio que a liberdade sexual deve ser protegida sem que haja uma discriminação de gênero, isto é, sem que a moral pública sexual esteja num patamar valorativo mais elevado do que os direitos do ser humano.

É interessante observar também que o conceito de honestidade era diferente na relação homem e mulher. Assim, convém lembrar que, para o homem, ele está ligado ao caráter financeiro, isto é, homem honesto é aquele que "paga suas contas em dia" e mantém financeiramente sua casa. Já para a mulher, a honestidade está intimamente atrelada ao caráter sexual. Sem diminuir a importância da retirada da expressão "mulher honesta" da legislação penal, isso ainda não implica na superação completa da questão.

É certamente com preocupações dessa natureza que Paulo César Corrêa Borges sustenta ainda que, se homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, as respectivas liberdades privadas que se relacionam com a finalidade sexual mereciam receber a mesma punição. Conforme o autor, sob esse prisma, é evidente que o objeto da tutela jurídica nunca foi a liberdade sexual feminina, mas sim a chamada moral pública sexual, reconhecendo que ainda falta muito para que haja uma real superação das discriminações decorrentes da visão machista do legislador penal de 1940, "[...] para a implementação prática e legislativa da igualdade entre homens e mulheres, no Brasil." (2005, p.175).

Fica evidenciado que o sistema penal não pode ser considerado eficaz na proteção do livre exercício da sexualidade da mulher. Com relação a essa problemática, é de clareza solar a proteção da família nos moldes patriarcais, que busca a procriação "legítima". Ou seja, a mulher casada, ao procriar, está protegida sob o manto da sexualidade honesta, pois está comprometida em manter o casamento, em constituir uma família e, assim, reproduzir legitimamente.

Mergulha nesse contexto, é extremamente interessante a constatação de Vera Regina Pereira de Andrade, no momento em que estabelece a ligação entre o casamento, a família e a reprodução legítima. Conforme explica a autora, ao proteger a unidade familiar, protege-se, ainda que de maneira indireta, a unidade sucessória, ou seja, o direito de família e sucessões, que, por fim, serve para manter a unidade da classe burguesa no capitalismo. (1997).

A opção apenas pelo estudo acrítico das leis penais representa um risco muito grande, pois resulta no que Antônio Alberto Machado denomina de "[...] formação de juristas meramente reprodutores da ordem vigente, no interesse da classe dominante, que põe e impõe os padrões legais de comportamento social segundo seus próprios objetivos." (2009).

Assim, não basta simplesmente "[...] jogar na lata do lixo da história legislativa conceitos legais arraigados na tradição jurídica brasileira", senão de fazer refletir no sistema punitivo como um todo as mudanças sociais observadas. Entretanto, isso não se resume à mera intervenção do legislador. Antes, é o resultado de um "tormentoso processo de reestruturação de valores e de mentalidades", envolvendo todos os agentes do sistema de justiça criminal. Fazendo eco com Marcus Vinícius Amorim de Oliveira "[...] é preciso, enfim, que o sistema punitivo seja, pelo menos, um pouco mais honesto naquilo que se refere às questões de gênero." (2006, p.19)

Em sendo assim, avaliar toda essa complexidade inerente ao fenômeno da discriminação em relação à mulher somente é possível a partir de uma abordagem crítica da realidade, ou seja, a única que pode proporcionar uma compreensão adequada do tema.

3. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O MOVIMENTO FEMINISTA

Constatado, portanto, o conteúdo discriminatório com base no gênero presente em muitos dispositvos penais, busca-se avaliar os diversos movimentos que contribuiram para que esse tema entrasse na pauta das discussões atuais.

Tais movimentos, com fundamento em teorias críticas, entendem o Direito como um instrumento de transformação social, isto é, um meio de inclusão de pessoas originariamente desprotegidas. Portanto, o Direito visto como uma forma de implementação de justiça social. Assim, propalam a necessidade de rompimento com a mera reprodução acrítica do saber jurídico.

Antônio Alberto Machado explica que, na verdade, as correntes críticas do Direito buscam realizar uma "interpretação transcendente da ordem normativa", isto é, orientadas pelo critério da inclusão social, visam fazer do Direito um dos "[...] instrumentos de transformação sociopolítica, econômica e cultural." (2009, p. 29).

No entanto, desde já, é preciso esclarecer que os ordenamentos jurídicos, em geral, sempre foram tidos como mecanismos de manutenção da ordem, sem qualquer compromisso com a transformação social.

Pois bem, parte-se primeiro de uma análise da Criminologia tradicional, considerada a ciência que estuda o delito, o delinqüente, a vítima, bem como o controle social dos delitos. Assim, contempla diversas searas do conhecimento, tais como a Sociologia, a Política, a Economia, a Psicologia, entre outras.

Constata-se que, inicialmente, a Criminologia possuía quatro pilares principais: o conceito legal de delito não questionado, as teorias etiológicas da criminalidade, o princípio da diversidade patológica do homem delinqüente e os fins conferidos à pena, como resposta justa e útil ao delito. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2008, p. 66)

Assim, a Criminologia tradicional justificava etiologicamente a clientela do sistema penal afirmando que os criminosos seriam, dessa forma, indivíduos com alta carga de periculosidade, com uma maior tendência a cometer crimes.

Com efeito, surge a Criminologia crítica para romper com o "senso comum" que não se aprofunda nas raízes dos problemas. Portanto, parte do pressuposto de que o sistema penal protege os interesses que são próprios das classes dominantes, mantendo o "*status quo*", perpetuando, assim, a desigualdade social.

Nesse diapasão, o pensamento crítico estabelece um diálogo com as determinantes sociais do fenômeno jurídico. Assim, as teorias críticas são sensíveis aos problemas reais da sociedade e comprometidas com a transformação democrática. (MACHADO, 2009, p.28).

Para Paulo César Corrêa Borges, a transformação democrática é a finalidade primordial das teorias críticas e está intimamente ligada à inclusão de todas as pessoas às condições mínimas de existência digna, visto que a desigualdade social no Brasil é gritante, devendo, desse modo, ser combatida. Apenas dessa forma é que será implementada a igualdade material, que é a essência do Estado Democrático. Com efeito, o autor conclui que o Direito Penal poderá ser considerado democrático na medida em que não for utilizado como "[...] instrumento de opressão de classes sociais subalternas e alcançar todas as classes sociais na mesma proporção." (2005, p.19).

Sob esse aspecto, a Criminologia crítica tem um programa alternativo de política criminal, visando humanizar o sistema penal. Alessandro Baratta trata do mito do Direito Penal como "direito igual por excelência". Nesse sentido, revela que o Direito Penal é tão desigual quanto os demais ramos do direito burguês e, ao contrário do que aparenta, é o "direito desigual por excelência". (1999, p.162)

Importa, por conseguinte, situar a entrada do movimento feminista no âmbito da Criminologia crítica, que foi responsável por revitalizar a discussão sobre a utilização do Direito Penal como instância simbólica, na qual ocorre uma valorização dos problemas femininos. Portanto, é preciso destacar a contribuição da Ciminologia crítica que, ao incorporar a perspectiva de gênero, revelou uma visão dominantemende masculina nos conceitos jurídicos.

Essa entrada do movimento feminista foi muito importante, pois houve uma contribuição na ampliação do objeto de estudo da Criminologia crítica. Verificou-se que a seletividade presente no sistema penal, num primeiro momento, não abrangia a desigualdade de gêneros, mas tão somente a desigualdade de grupos e classes.

Assim, as criminólogas feministas afirmam que, quando o Direito Penal exclui o gênero "mulher" do seu objeto, exclui, assim, o controle social, a criminalidade e a criminalização da metade da população, formada por mulheres. Dessa forma, a Criminologia feminista, ao entrar no campo criminológico, situou as categorias de patriarcalismo ao lado de capitalismo, as relações de gênero ao lado da luta de classe e as formas de dominação masculinas sobre a mulher ao lado da dominação classista. (ANDRADE, 1997).

Essa introdução da questão de gênero na Criminologia crítica trouxe uma dupla contribuição: propiciou uma verdadeira compreensão sobre o funcionamento do sistema penal, como também mostrou que, sob o aparente mito da neutralidade e tecnicismo através do qual são aplicadas as normas e são formulados os conceitos jurídicos, há uma visão dominantemente masculina.

Em suma, a Criminologia crítica, em sua vertente feminista revelara que não é somente durante o processo que o sistema penal atua com seletividade em relação às mulheres, visto que, até mesmo na criação de tipos legais, através da estereotipia, a discriminação está presente.

A questão central é a existência de diferenças entre o homem e a mulher, principalmente quanto às funções reprodutivas. Mas, vale ressaltar que é possível escolher entre abrandar essas diferenças ou realçá-las.

É preciso considerar também que, na verdade, o movimento feminista é composto por duas linhas mestras que debatem a seguinte questão: deve ser buscada a igualdade ou marcada a diferença em relação ao masculino?

O fato é que a sexualidade feminina é o ponto que mais desperta discriminações. Historicamente, o exercício da sexualidade da mulher foi condicionado a ser exercido somente com a finalidade de reprodução. Sendo assim, o controle social manifestou-se, essencialmente, pela regulação moral da sexualidade da mulher. De um modo geral, é possível afirmar que, da submissão à figura paterna, a mulher passava à submissão do marido.

Zaffaroni (2003) cita o documento "*Malleus Maleficarum*" (traduzido para "Martelo das feiticeiras") e explica que representa o primeiro modelo integrado de Criminologia e Direito Penal. Segundo o autor, nesse documento consta que a mulher, feita de uma costela, cujo formato é curvilíneo, se contrapõe à postura vertical do homem. Assim, essa curvatura lhe atribuía menos fé, isto é, a mulher era considerada mais fraca que o homem na questão da fé (mais capaz de ofender o Criador) o que se reafirmava por meio de uma etiologia improvisada, na qual "*femina*" derivava de "fé" e "*minus*".

Dessa forma, ao longo dos tempos, constata-se que a mulher sofreu as mais variadas formas de violência, desde expressões jocosas a respeito de sua função materna, salários inferiores, alegação de incapacidade de exercer direitos políticos, agressões verbais e físicas. Portanto, é possível visualizar o fenômeno da violência contra a mulher presente em todos os âmbitos sociais e em suas mais variadas formas, acentuando as suas diferenças.

Vale ressaltar que qualquer conduta que constranja, ofenda a integridade, cause dano, sofrimento físico, psicológico, sexual ou viole o bem-estar representa uma violência contra a mulher. Esses comportamentos são considerados expressões das relações de poder pautadas no gênero, que buscam tratar a mulher com um ser humano menos valioso do que o homem, apenas por terem características diferenciadas.

Vera Regina Pereira de Andrade (1997) explica que o movimento feminista está sempre se debatendo nesse dilema, indagando se a igualdade deve ser buscada ou se é a diferença em relação ao masculino que deve estar bem marcada. A autora, desde o início, deixa claro seu posicionamento, no qual acredita na minimalização do sistema penal, bem como na descriminalização das ofensas contra a moral sexual, tais como o adultério, a casa de prostituição e a sedução.

Vale ressaltar que, a vertente do movimento feminista que acredita no sistema penal como sendo o melhor meio de resolver os problemas em relação ao gênero, confia na chamada "função simbólica" do Direito Penal. Ou seja, a esperança alimentada é de que esse ramo do Direito exerça uma pedagogia social e, assim, ocorra uma mudança de consciência e atitude masculinas.

Para Vera Regina Pereira de Andrade (1997), essas duas facetas do movimento feminista acabam por afetar a própria unidade do movimento. A autora salienta que redimensionar um problema social e convertê-lo em problema penal representa uma trajetória de alto risco, pois equivale a duplicá-lo.

Nesse sentido, essa conversão irá submeter tal problema a um processo que, na verdade, desencadeia mais violência e bem mais problemas do que se propõe a resolver. O sistema penal, por ser um subsistema de controle social seletivo e desigual, conforme já foi demonstrado, é também um sistema de violência institucional.

Tal crença está baseada no mito da lei penal ser igual para todos, ou seja, acredita-se que os autores de comportamentos anti-sociais e os violadores de normas penalmente sancionadas tem "chances" de converter-se em sujeitos de processo de criminalização, com as mesmas conseqüências. (ANDRADE, 1997).

Com efeito, não se trata de sustentar a igualdade absoluta entre o ser humano feminino e o ser humano masculino, levando em consideração que inúmeras diferenças já foram ressaltadas, como por exemplo, a questão da reprodução. Entretanto, essas diferenças não implicam em sustentar a superioridade ou inferioridade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, fica clara a advertência, no sentido de ser fundamental diferenciar vulnerabilidade de diferença e, ainda, desigualdade de diferença. Dessa forma, o acesso e o usufruto do poder social concedido a cada pessoa é que torna desigualdade e diferença duas categorias apartadas.

No entanto, apesar dessa constatação, vertentes femininas ainda recorrem ao Direito Penal, sobrevalorizando a intervenção penal e acreditando em seu valor simbólico. Na verdade, o Direito Penal, em muitos casos, cumpre uma função inversa à declarada.

Em geral, está demonstrado, conforme frisa Zaffaroni, que os "[...] sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades." (1991, p. 149)

Logo, é preciso desfazer o mito do direito penal igualitário, constando-se que não se trata de um problema circunstancial, que se pode ser superado pela boa vontade de legisladores ou aplicadores da lei: é um problema estrutural.

Logo, pode-se concluir que as diferenças trazidas no Código Penal, no tratamento das mulheres, são baseadas em discriminações e preconceitos. Em suma, esse tratamento diferenciado está a serviço de interesses masculinos e da perpetuação do dogma da superioridade masculina, pois são diferenças discriminatórias, e não emancipatórias.

Sabe-se que toda mudança é um processo doloroso e traumático, ao levar em consideração que, em muitos casos, representa a "perda de privilégios e comodidades". A lentidão está presente em toda mudança de cultura e mentalidade, por ser um fenômeno gradual e paulatino. (MACHADO, 2009, p.158)

Com efeito, as mudanças relacionadas à cultura patriarcal e machista estão mergulhadas nesse contexto. Diante de tal realidade social, pedir ao Direito Penal, impregnado de toda uma cultura de humilhação, estereotipia e reprodução dos comportamentos impostos pelo patriarcalismo, que resolva problemas extremamente complexos relacionados à mulher, com raízes tão profundas, é um pedido difícil.

Portanto, o conflito social que está por trás de toda forma de violência contra a mulher, inclusive a violência institucionalizada exercida por meio da discriminação, não pode ser tratado pura e simplesmente como uma matéria criminal. A superação desses problemas depende de profundas mudanças estruturais da sociedade, através da disseminação de uma nova cultura, fundada no respeito e na igualdade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima:** códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 275-276.

_____. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? In: DORA, Denise Dourado (Org.). **Masculino e feminino:** igualdade e diferença na Justiça. Porto Alegre: Sulina : Themis, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 179

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático.** Franca: Lemos & Cruz, 2005. p. 148.

_____. A questão de gênero no código penal. In: _____. (Coord.). **O princípio da igualdade na perspectiva penal:** temas atuais. São Paulo: Ed. Unesp, 2007

FERREIRA, Edson; ZACKSESKI, Cristina. O funcionamento do sistema penal brasiliense diante da criminalidade feminina. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, ano 17, n. 209, p. 12-13, abr. 2010.

GARCIA, Maria. Entrevista. **Jornal do Advogado,** São Paulo, ano 35, n. 348, p. 12-13, mar. 2010

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia:** introdução a seus fundamentos teóricos, introdução as bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais. 6 ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. v. 5. (Ciências criminais).

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha lei com nome de mulher:** violência doméstica e familiar, considerações à lei n. 11.340/2006 comentada artigo por artigo. Campinas, SP: Servanda, 2007. p. 61.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009

MANDELA, Nelson. Longo caminho para a liberdade. Porto: Campo das Letras, 1995 apud FERREIRA; ZACKSESKI, Cristina. O funcionamento do sistema penal brasiliense diante da criminalidade feminina. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, ano 17, n. 209, p. 12-13, abr. 2010.

ODÁLIA, Nilo. **O que é violência.** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. (Primeiros passos, 59).

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O conceito de mulher honesta e a honestidade do sistema punitivo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 14, n. 163, p. 18, jun. 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1951. v. 1.

SPOSATO, Karyna Batista. Mulher e cárcere: uma perspectiva criminológica. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. (Org.). **Mulher e direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al **Direito penal brasileiro:** teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

_____. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução por Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

A EXPERIÊNCIA DE SÃO PAULO NO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS

Anália Belisa Ribeiro[*]

1 – INTRODUÇÃO

O governo do Estado de São Paulo resolve através do decreto nº 54.101 , de 12 de março de 2009 instituir *o Programa Estadual de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PEPETP, junto à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania*. O PEPET, segundo o decreto supra referido fica, portanto subordinado ao Gabinete do Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania, por meio do Núcleo de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

O Núcleo de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - NETP, conta com uma equipe multidisciplinar e é apoiado, em caráter consultivo e operacional, por um Comitê Estadual de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - CIPETP formado por cerca de 43 instituições do poder público e da sociedade civil.

O NETP tem como missão institucional implementar políticas públicas voltadas a prevenção, repressão e responsabilização e atendimento integral as vítimas deste tipo de crime.

Ao longo dos anos de 2007 a 2010, as ações desenvolvidas pelo Núcleo têm sido avaliadas por especialistas no tema, organismos internacionais e nacionais, como uma boa prática cuja metodologia deve ser replicada frente ao desenvolvimento de políticas públicas cuja tecnologia favorece a integração de ações ,entre os setores públicos e privados, no enfrentamento ao crime organizado transnacional.

Ainda na esteira das ações exitosas, o NETP em parceria com o CIPETP SP implantou 14 (quatorze) comitês regionais visando promover a capilaridade desta política pública no tear de uma rede cujo efeito sistêmico é capaz de promover proteção integral às vítimas em situação de risco.

Na verdade, os CIPETPs constituem um sistema descentralizado e participativo além de ser um espaço essencialmente político, instituído por representações governamentais e não governamentais responsáveis por elaborar, fiscalizar e implementar políticas públicas eficazes para interdição do comércio nacional e internacional de vidas humanas.. Portanto, os Comitês são instrumentos para concretização do controle social, uma modalidade do direito à participação transparente e democrática que deve interferir efetivamente, no processo decisório da política e do plano de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas em nível regional, estadual e nacional.

Um sistema descentralizado e participativo, como esta sendo criado no Estado de São Paulo, configura-se como instituto político não tradicional de gestão de políticas públicas, voltado para a democratização do Estado e da sociedade civil.

---

[*] Anália Belisa Ribeiro é psicóloga, especialista em Direitos Humanos e Proteção a Testemunhas (UFRJ).Especialista em proteção a testemunhas pela Scotland Yard e Polícia Montada do Canadá e Coordenadora do Núcleo de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas de São Paulo

Para se garantir a eficácia e eficiência do sistema supramencionado, foi construído, de maneira coletiva, um fluxograma tendo como referência metodológica estudos de casos exemplares atendidos pelo NETP em conjunto com o CIPETP/SP. Tal instrumento vem servindo de referência no sentido de garantir acessibilidade as instituições públicas assim como, edificar políticas inovadoras capazes de produzir mudanças culturais e fomentar parcerias entre o poder público e a sociedade civil. O já referido instrumento vem sendo referenciado no aprimoramento cotidiano das ações desenvolvidas frente ao atendimento integral prestado as vítimas do Tráfico de Pessoas no Estado de São Paulo.

No caso deste fluxograma pode-se verificar que o mesmo reflete o desenvolvimento de ações conjuntas perpassando os três eixos do Plano e da Política Nacional quais sejam:: prevenção, repressão e responsabilização e atendimento integral as vítimas.

O Fluxograma permite ainda, que cada área de atuação reúna um conjunto de ações e propósitos bem distintos entre si. Podendo-se inclusive, estudar cada um desses grupos separadamente, tendo-se em mente, no entanto, a existência de pontos de intersecção entre eles, sendo em verdade um único sistema que se retroalimenta. No centro dele insere-se o NETP, que se dedica a coordenar e promover a articulação dos atores envolvidos.

Outro aspecto relevante a ser considerado é a parceria entre o Núcleo e o Posto Avançado de Atendimento a Migrante em funcionamento no aeroporto de Guarulhos. A elaboração de um planejamento ,via o fluxograma de ações integradas, permitiu ao NETP e ao PA / GRU a realização de atendimentos as vítimas do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas pautados pela interdição do processo de banalização da vida que é capaz de transformar pessoas em mercadorias.

Não bastasse o evidente refinamento da criminalidade organizada, que não permite mais lançar mão dos modelos tradicionais de repressão, o próprio tráfico de pessoas é um fenômeno social multifacetado portanto, de caráter político-econômico, que exige o tratamento interdisciplinar a exemplo da experiência do Estado de São Paulo, não sendo suficiente apenas o controle judicial. Traficar alguém é muito mais que cometer um crime, cujo mal social é evidente, mas é 'coisificar' o ser humano, ferindo seu direito supremo à dignidade

Diante do exposto, vale informar que este texto visa apresentar, de maneira sintética, a construção de uma metodologia eficaz para o enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, passível de ser reformulada a partir das vozes das vítimas que indicam caminhos de possíveis voltados a estruturação de um sistema integral de proteção.

As vítimas do comércio de vidas clamam por direito a uma cidadania consistente. Reivindicam não apenas a "inclusão" nas políticas públicas, porém, o direito de participar na construção de um sistema democrático garantidor do Estado de Direito. Levando-se em conta as diversidades de questões emergentes contemporâneas, principalmente as Latino-Americanas necessariamente pautadas pelo compromisso efetivo com os Direitos Humanos.

Assim, na articulação entre cidadania e democracia retomam-se mais uma vez, a articulação entre ética e política. Tal compreensão gera um espaço social onde os conceitos se complementam e as relações cidadãs reafirmam as identidades através do diálogo, do respeito mútuo, da justiça e da solidariedade.

A esperança é que os governos municipal, estadual e federal invistam verdadeiramente, na consolidação desta política pública, E que a sociedade civil exerça

o seu papel e seja efetivamente, capaz de fiscalizar de maneira qualificada os passos e procedimento adotados pelo poder público voltados ao enfrentamento ao Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas.

1.1 - Cenário Nacional

A experiência é o nome que damos
aos nossos erros.
Oscar Wilde

O único homem que está isento de erros, é
aquele que não arrisca acertar.
Albert Einstein

O ano de 2006 constituiu-se como um marco histórico para o Brasil, no que se refere à construção de uma Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. O PNETIP reconhece o tráfico humano como um problema multidimensional que necessita de ações articuladas, e envolve pela primeira vez todos os diferentes atores e agências governamentais que deveriam estar envolvidos. Numa análise mais ampla, pode-se dizer que a política antitráfico brasileira se baseia nos princípios de direitos humanos (Artigos 1º. e 3º.), uma vez que, por exemplo, declara que nenhum direito da vítima é condicionado a sua cooperação com a justiça (Artigo 3º., III).

A partir do ano de 2009, pode se observar um incremento frente à implantação da Política e do Plano supra-referido. O Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Justiça, passou a priorizar essa temática assumindo o desafio na implantação do Sistema Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Desta maneira, tomou para si o papel de organizar e apoiar a implementação do I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Contudo, apesar do prazo para sua implementação haver sido concluído ainda, existe um grande trabalho pela frente para a efetiva avaliação deste primeiro e elaboração do segundo plano de enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

O desenvolvimento e a implantação do segundo Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, conforme previsto na Política Nacional deverá estabelecer metas específicas a longo, médio e curto prazo, um cronograma, responsáveis governamentais e necessariamente um orçamento detalhado. A sociedade civil, sem dúvida, tem um papel importante no monitoramento da implementação da Política e deste segundo Plano Nacional.

Vale ressaltar que as ações elencadas no I Plano não deram conta de estruturar uma política pública eficaz. O Brasil, não possui um banco de dados oficial capaz de gerar relatórios sobre este tipo de crime em suas diferentes modalidades

O primeiro PNETP previa também, em seu arcabouço, a realização de uma pesquisa nacional capaz de gerar dignidade científica as ações que vem sendo desenvolvidas. No entanto, o Brasil não teve ainda, a oportunidade de lançar mão desses dados em seus relatórios oficiais.

Os Núcleos e Postas Avançados implantados pela Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), por sua vez, não conseguiram delinear uma face pública que os identifique frente a estruturação de redes inteligentes e qualificadas de enfrentamento ao crime

organizado transnacional. Fato este gerador de descompassos em relação à atuação dos mesmos promovendo desalinhos no atendimento e proteção as vítimas do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas.Ou seja: o Brasil ainda, não possui um sistema de retaguarda capaz de interditar o ciclo de revitimização das pessoas aliciadas para o comércio de vidas.

Outro ponto relevante a ser destacado é o fato do Brasil não ter uma legislação que tipifique o crime e simultaneamente, crie um sistema nacional de enfrentamento ao comércio de vidas. Apesar, de uma proposta legislativa haver sido elaborada pelo Ministério da Justiça através da Secretaria Nacional de Justiça e ter sido encaminhada formalmente ao Congresso Nacional (Projetos de Lei: nº 28.45/2008 / 23.75/2003).Este projeto de Lei encontra-se na Comissão de Justiça da Câmara Federal a espera de um relator.

Diante do cenário ora apresentado, cabe ao Governo Federal incrementar esforços no sentido de efetivamente, resolver as incongruências existentes no primeiro plano. Dar conta de promover a realização das ações do primeiro plano que ainda, não foram implementadas, avaliar as existentes e promover ajustes com vistas a garantir o efetivo cumprimento das ações e metas a serem estipuladas no segundo plano que se encontra em fase de elaboração.

Por oportuno, vale ressaltar a participação das equipes que compõem os NETPs e PAs,em nível nacional, como protagonistas na formulação e implantação de um novo Plano Nacional uma vez que estes constituem, de fato, o braço operacional dessa política pública.

A participação da sociedade civil também, será fundamental neste processo com vistas a construção de uma rede de proteção as vitimas mas também, para a fiscalização e controle dos passos e procedimentos a serem adotados para a efetivação do segundo plano nacional de enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Aliás, para os membros dos Comitês e do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Estado de São Paulo, esta é a forma de exercitar o Estado Democrático de Direito, onde o poder público, junto da própria sociedade civil, com seus múltiplos interesses, busca representar e fazer atuar o Estado de forma hegemônica.

Neste diapasão, os Comitês e o Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo vêm se colocando a disposição do Governo Federal acreditando ser fundamental reunir forças para enfrentar o Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil.

2 - AÇÕES PRIORITÁRIAS DO NÚCLEO DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS - NETP

2.1 Comitês Interinstitucionais de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – CIPETPs

2.1.1 Implantação dos Comitês Regionais de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas

A construção da Política Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, capítulo parte integrante do Plano Estadual de Direitos Humanos de São Paulo, previu na sistematização dos eixos de ação a (1) a capacitação dos agentes públicos dos diversos setores (saúde, educação, segurança, turismo,) no enfrentamento ao tráfico de

pessoas, (2) construção e reflexão dos fluxos de atendimento às vítimas de tráfico de pessoas nos agentes dos 3 principais eixos de atuação (Prevenção, Responsabilização e Repressão, e Atendimento Integral às Vítimas), (3) Articular redes e estruturas de atendimentos às vítimas, dentre outras ações.

Como forma de consolidar a implantação e operacionalização desses objetivos previstos na Política Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas de São Paulo, foi planejada a criação de 14 (quatorze) entes colegiados denominados **Comitês Regionais Interinstitucionais de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas,** a exemplo do já atuante **Comitê Estadual Interinstitucional de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas de São Paulo (CIPETP)**, e do Comitê Regional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Vale do Ribeira e região, já implantado em 2009 e sediado no município de Registro.

Reunindo representações das esferas do poder público atuantes nos já referidos 3 eixos de atuação (Prevenção, Responsabilização e Repressão, e Atendimento Integral às Vítimas), e os atores da Sociedade Civil Organizada, os comitês são formas de garantir a operacionalidade e a participação na consolidação da Política Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas de São Paulo.

Não obstante a atenção dada pela Política Estadual, a Política e o Plano Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas também dispõe em comum acordo sobre a indispensável necessidade de "estruturação de rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas, envolvendo todas as esferas de governo e organização da sociedade civil". Fato posto deve-se considerar que serão as redes articuladas pelos Estados aquelas diretamente envolvidas e responsáveis pelos atendimentos e encaminhamentos pertinentes das vítimas de Tráfico de Pessoas.

2.1.2 Construção da Metodologia de Implantação dos Comitês Regionais

A equipe multidisciplinar do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas em parceria com os representantes do CIPETP Estadual realizou articulações com os poderes públicos em nível municipal, estadual e federal além da sociedade civil priorizando-se os municípios que foram sedes administrativas com vistas a realização dos Fóruns ocorridos nos anos de 2007 e 2008, a partir dos quais a Política Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas foi construída de maneira transparente e democrática. Através de discussões qualificadas sobre a temática, realização de estudos,diagnósticos e trabalhos em grupos intersetoriais foram estabelecidas as regiões administrativas do Estado para sediarem os Comitês Regionais Interinstitucionais de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. (CIPETPs)

Os passos e procedimentos metodológicos construídos na implantação dos comitês regionais orientaram-se pelas etapas que se seguem.

2.1.3 Definição do Público-Alvo

Conforme definido pelas diretrizes gerais da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, a estruturação da rede de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas deve contemplar todas as esferas do poder público presentes e atuantes nos 3 eixos de ação (Prevenção, Responsabilização e Repressão, e Atendimento Integral às Vítimas), além dos atores da Sociedade Civil Organizada, aqui entendidos como lideranças

comunitárias e de grupos sociais específicos e ONG´s que trabalhem com os grupos expressivamente vulneráveis ao tráfico de pessoas ou em atividade correlata/de apoio a um dos eixos de ação retro mencionados.

A pauta das articulações que foram realizadas para a formação dos comitês regionais foi composta pelas Prefeituras e Secretarias Municipais, pela Câmara de Vereadores do município, através da presidência da casa, e pelos Conselhos Tutelares e CMDCA´s – ou ainda Casa dos Conselhos, quando presente - dos municípios que sediariam cada um dos comitês regionais.

Adicionalmente, e de presença igualmente importante, as Instituições articuladas e representadas no Comitê Estadual Interinstitucionais de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas de São Paulo, foram acionadas a articularem suas bases locais em cada uma das regiões, de forma que também estivessem institucionalmente representadas.

As ONG´s locais e as lideranças sociais com trabalhos focados nas questões de gênero, com ação nos grupos religiosos, étnico-raciais e de diversidade sexual foram igualmente articulados para estarem representados.Além de sindicatos e conselhos de classe que também, foram instados a fazer parte deste colegiado.

2.1.4 Articulação Institucional

Com o objetivo de mobilizar o poder público e lideranças da sociedade civil presentes em cada uma das regiões onde foram implantados os comitês regionais, com a antecedência aproximada de 15 (quinze) dias da data agendada para a realização de uma oficina de trabalho com vistas à criação dos Comitês Regionais, foram agendadas visitas institucionais, concentradas em dois dias de trabalho, que foram realizadas por um membro da equipe técnica do NETP-SP.

Com a representação da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania em cada um dos municípios em fase prévia à realização da oficina de trabalho para a formação de cada um dos comitês regionais, e dispondo-se de material institucional do Núcleo de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Estado de São Paulo, o qual foi levado em forma de kit´s a cada uma das Instituições, solicitamos a representação da Instituição no ente colegiado à ser formado.

As representações municipais que pertencem à circunscrição do município-sede de cada um dos comitês regionais foram oficiadas sobre a constituição dos comitês regionais, e devidamente convidadas a nomearem representações institucionais para participarem da oficina para a formação dos citados comitês.

2.1.5 Definição dos municípios-sede para os Comitês Regionais e Definição do cronograma de implantação

A partir da definição das regiões administrativas do Estado de São Paulo, e a partir dos municípios que já haviam hospedado os Fóruns para a construção da Política Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, anteriormente realizados, foi elaborado um cronograma de trabalhos que pautou a instalação dos comitês regionais, conforme exposto pela tabela abaixo.

Município e região
Araraquara
Bauru
Campinas
Marília
Presidente Prudente
Ribeirão Preto
Santos
São Sebastião
São José dos Campos
São José do Rio Preto
Sorocaba
Vale do Ribeira
Guarulhos

2.1.6 Sobre os Comitês Regionais

Realizadas as oficinas de implantação dos comitês regionais de prevenção e enfrentamento ao tráfico de pessoas, foram sucessivamente marcadas reuniões ordinárias de organização e formação de cada um dos entes colegiados.

Demarcadas as diferenças e especificidades culturais, econômicas e geográficas de cada uma das regiões nas quais estão estabelecidos os comitês regionais, é importante ressaltar que tais características são herdadas por cada um dos comitês regionais, os quais concomitantemente são produtos dessa realidade e responsáveis por nela atuarem ativamente.

Isto posto, denota-se diferenças marcantes nas características e no foco de trabalho de cada um dos comitês regionais, herança das regionalidades de cada parte do Estado de São Paulo.

3 – ESTATÍSTICAS DE ATENDIMENTOS

3.1. Demonstração global estratificada dos atendimentos realizados pelo NETP-SP em 2010

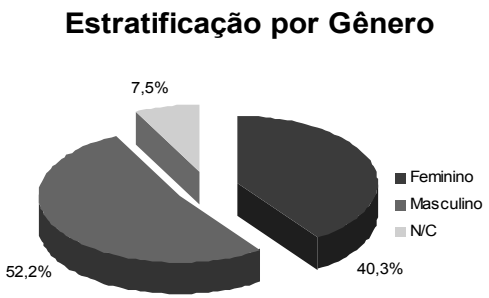


Gráfico 1 – Estratificação dos atendimentos segundo o gênero das vítimas.

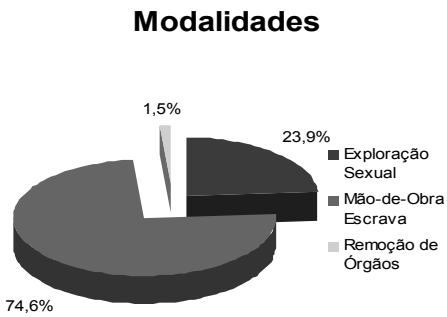
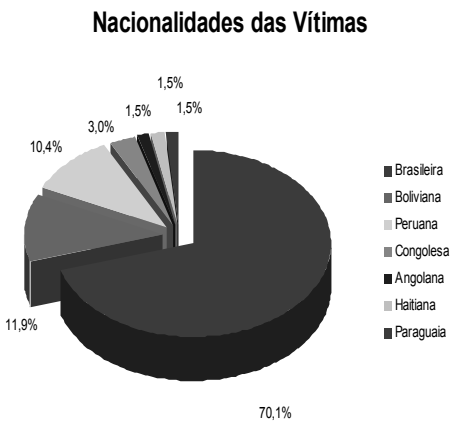
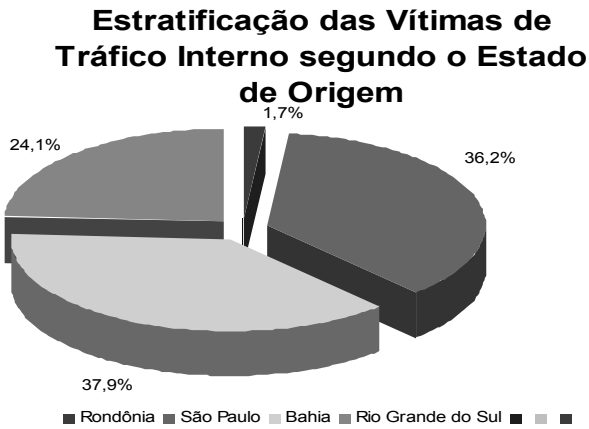


Gráfico 2 – Estratificação dos atendimentos segundo as modalidades de tráfico de pessoas envolvidas.





3.2. Estratificação dos Atendimentos realizados em 2010 por Modalidade de Tráfico de Pessoas

3.2.1 Exploração da Mão-de-Obra em regime análogo à Escravidão

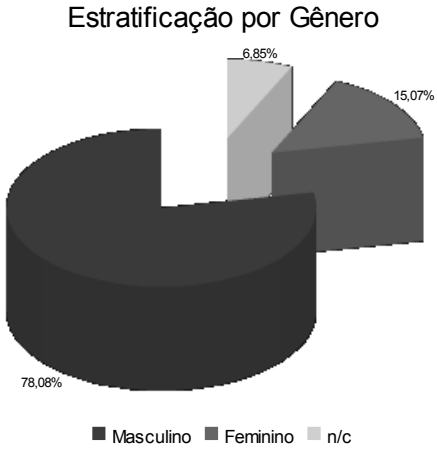


Gráfico 5 – Estratificação das vítimas submetidas ao regime de escravidão segundo o gênero das vítimas.

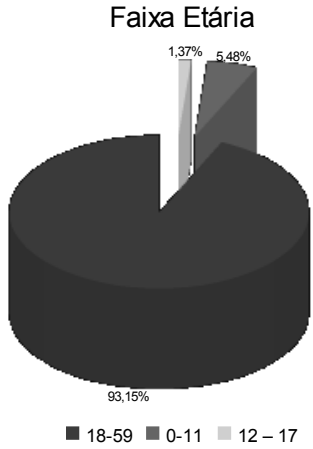


Gráfico 6 – Estratificação das vítimas submetidas ao regime de escravidão segundo a faixa etária.

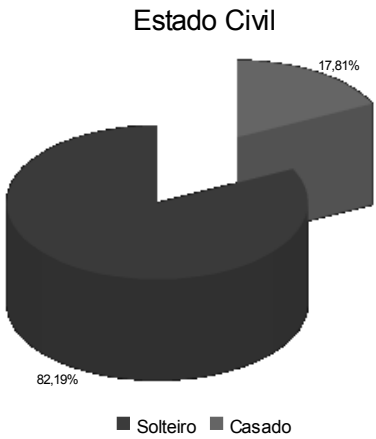


Gráfico 7 – Estratificação das vítimas submetidas ao regime de escravidão segundo o estado civil.

Gráfico 8 – Estratificação das vítimas submetidas ao regime de escravidão segundo a nacionalidade.

3.2.2 Exploração Sexual

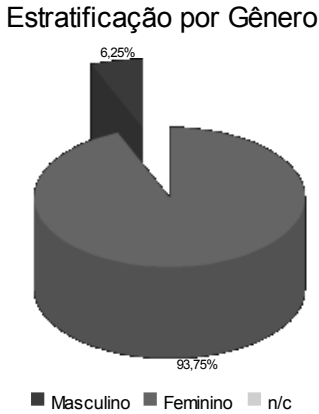


Gráfico 9 – Estratificação das vítimas submetidas a exploração sexual segundo o gênero das vítimas.

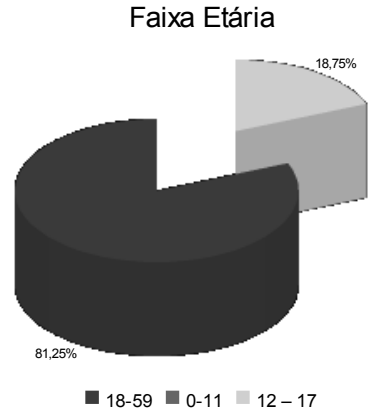


Gráfico 10 – Estratificação das vítimas submetidas a exploração sexual segundo a faixa etária das vítimas.

Gráfico 11 – Estratificação das vítimas submetidas a exploração sexual segundo o estado civil das vítimas.

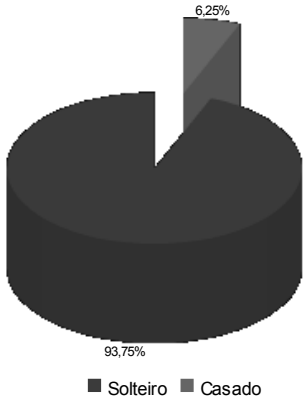
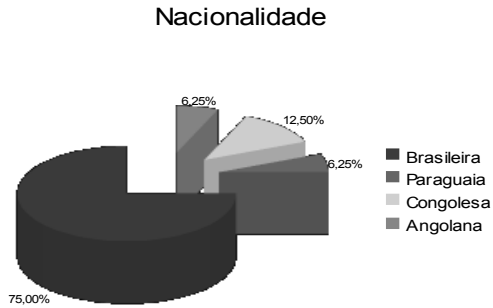


Gráfico 12 – Estratificação das vítimas submetidas a exploração sexual segundo a nacionalidade das vítimas.



3.2.3 Remoção Ilegal de Órgãos

Gráfico 13 – Estratificação das vítimas submetidas a remoção ilegal de órgãos segundo gênero.

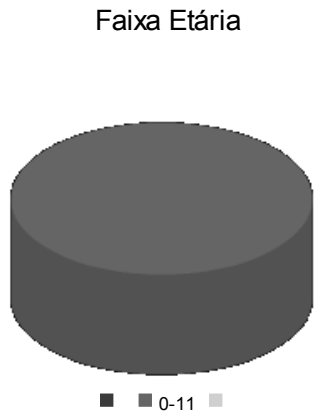


Gráfico 14 – Estratificação das vítimas submetidas a remoção ilegal de órgãos segundo a faixa etária.

Gráfico 15 – Estratificação das vítimas submetidas a remoção ilegal de órgãos segundo o estado civil.

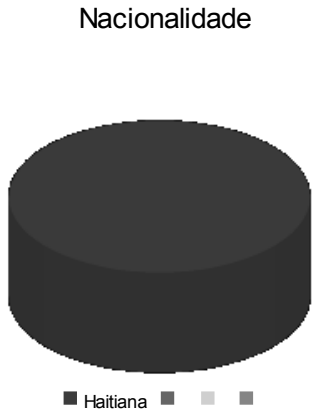


Gráfico 16 – Estratificação das vítimas submetidas a remoção ilegal de órgãos segundo a nacionalidade.

3.3. Demonstrativo da evolução dos Atendimentos[1]

3.3.1 Histórico de atendimentos do NETP-SP estratificado por gênero

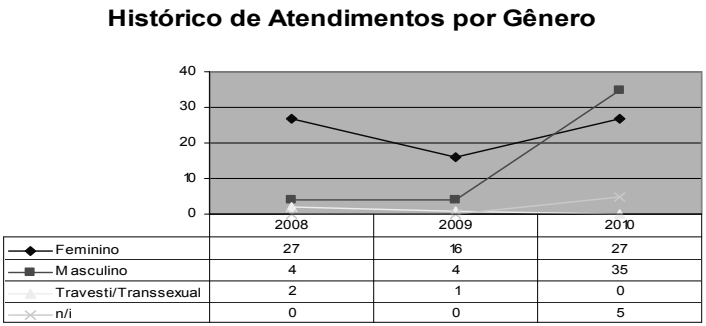


Gráfico 17 – Estrato histórico dos atendimentos do NETP-SP por gênero das vítimas.

[1] Série histórica de 3 (três) anos, compreendendo o período entre 2008 e 2010.

3.3.2 Histórico de atendimentos do NETP-SP estratificado por Modalidade de Tráfico de Pessoas

3.3.3 Histórico de atendimentos do NETP-SP estratificado por Faixa Etária

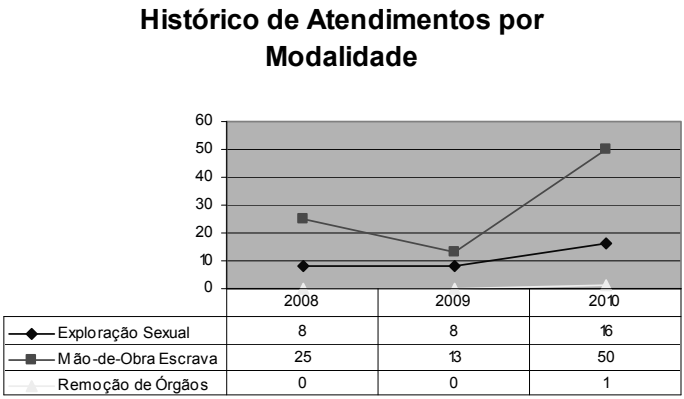


Gráfico 18 – Estrato histórico dos atendimentos do NETP-SP por modalidade de tráfico de pessoas.

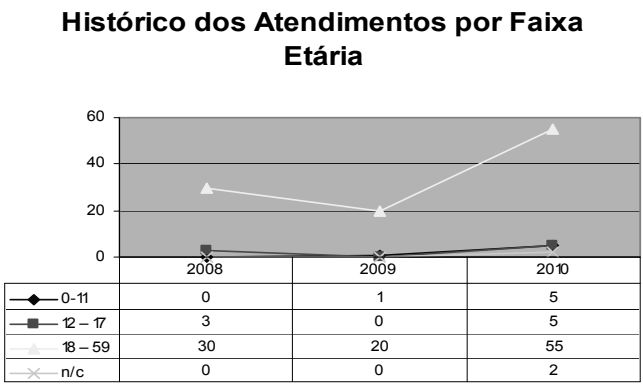


Gráfico 19 – Estrato histórico dos atendimentos do NETP-SP por faixa etária.

3.3.3 Sobre os atendimentos:

Quanto às modalidades de TP.

Aos casos atendidos pelo NETP durante o ano de 2010 tiveram características bastante diferenciadas dos que foram atendidos no ano de 2009. No tocante as modalidades pode-se observar que houve um acréscimo significativo de casos de tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo enquanto que no ano anterior o maior

índice diz respeito a exploração sexual comercial. Observa-se também, que houve incidência de caso referente a tráfico internacional de órgãos.

Quanto ao recorte de Gênero e faixa etária

Os gráficos apontam um acréscimo significativo de atendimentos a homens, na faixa etária entre 18 a 59 anos , vítimas do tráfico para fins de trabalho análogo a condição de escravidão. No tráfico para fins de exploração sexual os aliciadores priorizam mulheres preferencialmente jovens a partir dos 12 anos,solteiras e originárias do Brasil. Diante do exposto, frente uma análise comparativa com o ano de 2009, pode-se constatar uma redução na faixa etária das vítimas aliciadas para fins da prática do sexo comercial.

A partir da visibilidade do fenômeno e da atuação qualificada da rede pode-se verificar que começam a surgir denúncias de casos referentes à remoção ilegal de órgãos. No caso específico o NETP acompanha uma vitima com 11 anos de idade, sexo masculino, originária do Haiti. Este caso exemplar serve de referencia para a construção de metodologias voltadas ao aprimoramento das ações que vem sendo realizadas pelos CIPETPs e NETP/SP. Assim, como indica rotas internacionais que estão sendo trilhadas por organizações criminosas as quais precisam ser monitoradas pelos órgãos de repressão de maneira eficiente e eficaz.

Quanto ao Estado de Origem

Os gráficos denotam grande participação do Estado de São Paulo como rota de origem das vítimas atendidas pelo NETP-SP. Vale mencionar que a significativa participação dos Estados do Nordeste e Norte do país na origem das vítimas, que traçam rotas internas até alcançarem seus destinos finais, ou cruzam destinos intermediários ao longo da rota de tráfico. A partir da leitura conjunta dos dados trazidos por este gráfico, as rotas internas de Tráfico de Pessoas poderá ser delineada, tendo como ponto focal o Estado de São Paulo.

Com relação às vítimas de tráfico interno de pessoas, os gráficos demonstram que as vítimas, sobretudo as que foram submetidas à exploração sexual comercial, são originárias dos Estados do norte e nordeste do país. Desta feita pode-se delinear a rota interna de Tráfico de Pessoas tendo como ponto focal o Estado de São Paulo.

Quanto a Nacionalidade

O NETP ampliou em 2010 o leque de atendimentos realizados a vítimas do Tráfico interno e externo. Pode-se perceber a partir do relato das vítimas que vários países estão efetivamente, na rota do crime organizado transnacional a exemplo da Bolívia, Peru. Paraguai, Congo, Haiti e Angola. Vale salientar que São Paulo no imaginário das Vítimas é o "Eldorado". Ou seja: a terra prometida. E mesmo vivendo em condições subumanas poucas são as que se reconhecem como vítimas e desejam regressar ao local de origem.

4. CONSTRUÇÃO DO FLUXOGRAMA

Em São Paulo, estamos nos encaminhando para uma nova etapa, em que se faz necessário ir além da resposta a demandas pontuais que surgem a partir de casos apresentados pelos participantes do CITEPT-SP ou denunciados ao NETP-SP. Deve-se

partir para a promoção efetiva de políticas públicas de enfrentamento ao tráfico de seres humanos, orientadas por informações acuradas. Para tanto, deve-se adotar os seguintes passos: aumentar o nível de organização do Comitê e do Núcleo; apreender as experiências adquiridas nos passos anteriores; e produzir conhecimentos acerca do fenômeno.

O fluxo de atendimento brevemente delineado perfaz o seguinte roteiro:

- a denúncia recebida ou encaminhada para o NETP percorre os seguintes passos: acolhimento, identificação os riscos, encaminhamento para abrigo (caso for necessário) até o intercâmbio da vítima para o local de origem caso não houver risco de vida à pessoa e/ou familiares. Caso houver riscos, encaminhasse para programas específicos de Proteção à Pessoa (PROVITA ou PPCAAM).
- o caso é encaminhado para o NETP situado no Estado de origem da vítima que passa a ser responsável pelo encaminhamento, transferindo o monitoramento (acompanhamento e encaminhamentos) para a rede local (reinserção profissional, atendimento psicossocial, saúde, educação, etc).
- os encaminhamentos podem variar, conforme a necessidade de cada caso e a problemática apresentada.
- o NETP envia o relato do caso para os órgãos responsáveis pela repressão, dependendo da esfera (municipal, estadual ou federal), e informa a Coordenadoria de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas da Secretaria Nacional de Justiça/MJ.
- o Núcleo acompanha e monitora os casos junto aos órgãos acionados.

O trabalho do CITETP em parceria com o NETP, envolve uma gama de ações que podem se sobrepor no tempo e espaço. É importante que esse conjunto de atividades seja organizado para que as energias despendidas pelos diversos atores envolvidos não seja desperdiçada, evitando-se duplicação de esforços ou omissões. Trata-se então de encarar essa conjugação de ações como um processo único, com etapas ordenadas e divisão de tarefas. Dessa maneira, é possível não só alcançar os resultados imediatos buscados por cada instituição (ex: condenação de um aliciador, retorno da vítima ao seu local de origem), mas também buscar o objetivo mediato e mais amplo: entender o fenômeno do tráfico de seres humanos e desenvolver e implementar políticas públicas eficazes para o tratamento do problema.

A partir do debate e do esforço comum, as instituições que participam do comitê puderam dar uma grande e importante contribuição com vistas à atuação integrada e articulada entre todos os órgãos, por meio da elaboração de fluxograma, que descreve com precisão todo o ciclo do tráfico de pessoas, da prevenção à repressão. A descrição proposta possibilita não somente a visualização e percepção da complexidade do fenômeno, de forma didática, mas principalmente a definição do papel e das competências que se espera de cada uma das instituições envolvidas nos mais variados níveis.

Trata-se de uma representação gráfica, composta por símbolos geométricos padronizados, que descrevem visualmente um determinado procedimento, incluindo todas as etapas nele envolvidas e a seqüencia em que cada um desses eventos deve ocorrer. Trata-se de uma ferramenta consagrada na análise de sistemas e na doutrina

administrativa de organização e método. Um fluxograma é útil na medida em que possibilita a visão global de um processo.

Ele, em tese, não está sujeito a dupla interpretação, uma vez que trabalha com desenhos simples e unívocos. Esse retrato torna mais fácil identificar quais são as etapas mais críticas e essenciais e onde estão as falhas no sistema que representa, para a adoção de medidas corretivas que o tornarão mais eficiente e adequado aos objetivos elencados.

4.1 Fluxograma

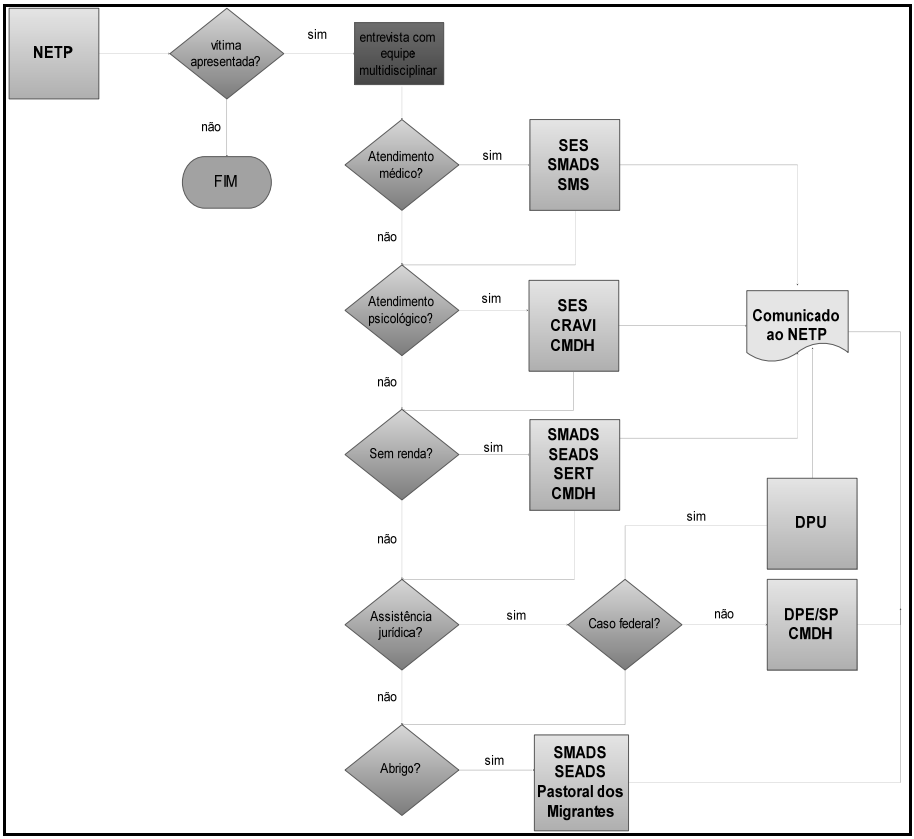


Figura 1 - Atendimento à Vítima – Parcial

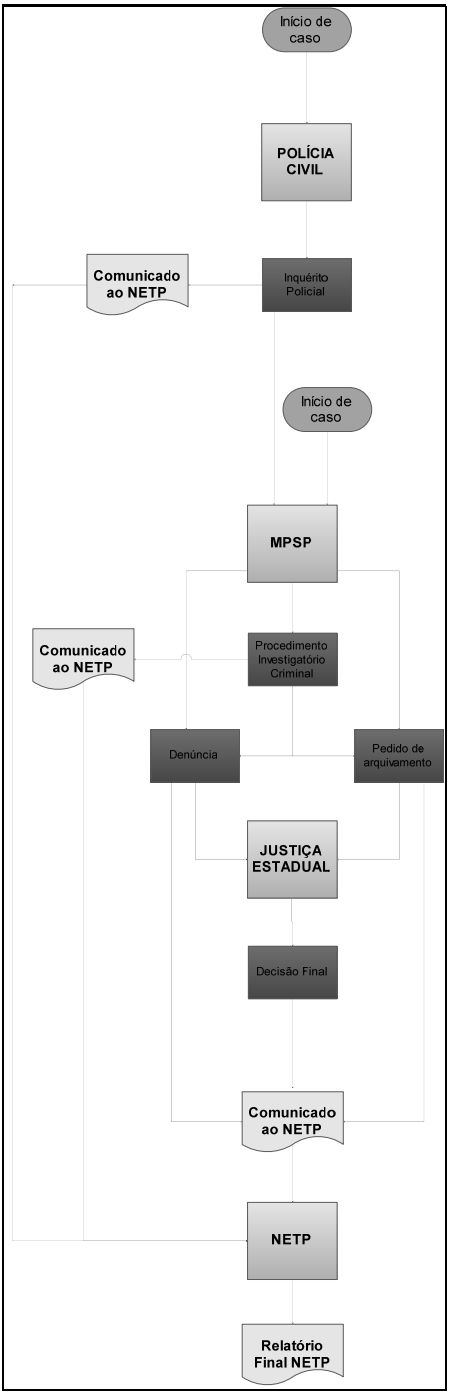


Figura 2 - Persecução Penal - Parcial

5.ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO INTEGRADA: A BUSCA POR RESULTADOS CONCRETOS.

Um sistema é uma rede de componentes interdependentes que trabalham para alcançar, juntos, o objetivo do sistema. Sem objetivo, não existe sistema algum.

A partir desta definição, visualizamos os seguintes membros do sistema de enfrentamento ao crime organizado de forma geral: polícias, ministérios público, poder judiciário, ONGs que atuam nas áreas de prevenção a atendimento à vítimas e órgãos de governo que atuam com interface direta com o tema, como é o caso dos programas de proteção e dos núcleos de enfrentamento ao tráfico de pessoas, além dos Comitês de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

No caso do crime de tráfico de pessoas, seja para fins de exploração sexual, trabalho em condições análogas à escravidão, ou tráfico de órgãos humanos uma força tarefa incluiria: investigação policial, seguido do acolhimento e atendimento às vítimas; denúncia do Ministério Público; produção antecipada de provas em Juízo, visando garantir maior segurança às vítimas e testemunhas; atuação de organismos internacionais e ONGs para dar suporte no retorno das vítimas aos seus locais de origem; produção de Inteligência sobre o caso para orientar a tomada de decisões de todas as autoridades envolvidas e, quando as vítimas e testemunhas passassem a ser ameaçadas, a inclusão em um programa de proteção.

Esta breve descrição dos componentes de uma força tarefa para enfrentar o tráfico humano, se bem articulada por algum dos órgãos atuantes, é uma receita de sucesso. Poderemos verificar que o objetivo da força tarefa foi atingido, quando os réus forem condenados e as vítimas retornarem de forma segura e ao seu local de origem com um plano de reinserção social.

Este modelo, que foi experimentado em São Paulo em casos específicos, deve ser constantemente aprimorado, visando dar maior celeridade aos atos, gerar economicidade operacional e se tornar cada vez mais eficiente. De qualquer forma, casos concretos mostram que forças tarefas atingem resultados melhores, do que atuações individuais

Assim as buscas-ativas organizadas pelo NETP e CIPETP envolvendo os órgãos de repressão e responsabilização são realizadas em locais avaliados como sendo, comprovadamente, suspeitos, nos quais encontram-se vítimas submetidas à exploração sexual ou laboral.

Durante essas ações, a equipe do NETP faz o acolhimento das vítimas enquanto as Polícias, Ministérios Públicos, Ministério do Trabalho e Emprego fazem intervenções junto aos aliciadores.

O Núcleo, através da rede, encaminha as vítimas para abrigos, hotéis, atendimento especializado, terapêutico, médico, ambulatorial, hospitalar, além de propiciar o contato das vítimas com seus familiares e retorno ao local de origem. Vale salientar que a depender da análise de risco as vítimas também, podem vir a ser incluídas nos programas de proteção.

6. MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO

Dentro do processo de consolidação de papéis, tem-se criado pressões junto aos setores públicos e privado no sentido de garantir transparência no uso de recursos e

efetividade das políticas públicas e programas sociais. Desse modo, a avaliação de programas e projetos sociais tem assumido papel fundamental, sendo objeto de um contínuo aperfeiçoamento em seu entendimento e em sua aplicação.

No escopo deste texto, utilizam-se processos de monitoramento e avaliação, como sendo uma coleta sistemática de informações sobre as ações desenvolvidas pelo NETP em parceria com os CIPETPs, as características e os resultados de um programa, e a identificação, esclarecimento e aplicação de critérios, passíveis de serem defendidos publicamente, para determinar o valor (mérito e relevância), a qualidade,utilidade, efetividade ou importância da política estadual de enfrentamento ao Tráfico de Pessoas Além, de oferecer subsídios para fiscalização e controle social das ações desenvolvidas.

Complementando esta definição, torna-se relevante destacar o caráter de aprendizagem contido no entendimento de um processo avaliativo. Pode-se entender monitoramento e avaliação como a elaboração, negociação e aplicação de critérios explícitos de análise, em um exercício metodológico cuidadoso e preciso, com vistas a conhecer, medir, determinar ou julgar o contexto, mérito, valor ou estado de um determinado objeto, a fim de estimular e facilitar processos de aprendizagem e de desenvolvimento de pessoas e organizações.

A idéia central é que os processos avaliativos ajudem os envolvidos a encontrar seus próprios caminhos de aprendizagem e desenvolvimento, e que ampliem o nível de consciência no enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Para cumprir estes objetivos, o papel da avaliação precisa transcender a fiscalização ou controle, abrangendo uma intensa reflexão que deve ser feita com todos os envolvidos no processo.

Diante do acima exposto pode-se afirmar que *Monitoramento*: é uma atividade contínua que assegura a produção de dados e informações adequados e relevantes para a avaliação de políticas públicas e está vinculada a real capacidade de ação de cada unidade considerada.

O monitoramento vem sendo realizado pelo Comitê Interinstitucional de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - CIPETP durante o cotidiano das ações realizadas pelo NETP. A seleção e formulação de indicadores no processo de avaliação constituem esforço de refletir componentes da realidade sob a forma de categorias de análise mensuráveis, ou seja, sob a forma de indicadores. Assim, a avaliação trabalha a partir tanto dos ***indicadores do programa,*** quanto dos ***indicadores do contexto social*** ao qual este se refere de forma mais ou menos imediata.

Assim, as instituições que formam o Comitê Interinstitucional funcionam como observatórios, com vistas à mensuração dessa política pública em fase de desenvolvimento.

7. CONCLUSÃO

As ações pautadas pela integração dos diversos órgãos do poder público e da sociedade civil foram eficientes no sentido de gerar uma política pública voltada ao enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Estado de São Paulo.

A soma de esforços foi capaz de fomentar novas metodologias voltadas ao desenvolvimento de ações exitosas de prevenção, repressão e responsabilização e atendimento integral as vítimas do comércio de nacional e internacional de vidas.

Forças tarefas foram instituídas e coordenadas pelo NETP com vistas à busca de resultados eficientes voltados a proteção integral das vítimas e sobretudo a interdição do ciclo que as re-vitimiza.

Comitês Regionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas foram implantados objetivando promover a capilaridade e consolidação desta política pública.

Um exercício democrático e transparente de trabalho em rede foi capaz de promover a criação de um fluxograma de atendimento propulsor da busca de novas tecnologias e superação de desafios no enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

A experiência de São Paulo vem servindo de referencia em nível nacional e internacional como um exemplo de boa prática a ser replicada.

Diante do exposto a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo, através do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas possui a convicção de que os avanços alcançados diante da luta contra o crime organizado transnacional é fruto do trabalho integrado com os CIPETPs em cujo colegiado se fazem presentes o poder publico e a sociedade civil.

Neste sentido, necessário se faz ressaltar que estão sendo dados os primeiros passos para a consolidação de uma trajetória pedagógica destinada a construção de um sistema descentralizado e participativo, configurando-se como instituto político não tradicional de gestão de políticas públicas, voltado para a democratização do Estado.

As vítimas Tráfico de Pessoas reivindicam silenciosamente, por efetivação da cidadania. Clamam por garantias de inclusão nas políticas públicas e pelo o direito de participar na construção de um sistema democrático garantidor do Estado de Direito. Ë escuta qualificada deste grito silencioso que mobiliza a rede do Estado de São Paulo em defesa e proteção da dignidade destas pessoas cujas vidas são comercializadas pelo crime organizado.

O compromisso e a ética são os amalgamas que unem todos os parceiros que irmanados trabalham na construção de um mundo mais justo e solidário.

LEI MARIA DA PENHA:
UM RECORTE ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

Elisa Rezende Oliveira[*]

INTRODUÇÃO

Dentre os problemas que assolam a sociedade, *um* merece redobrada atenção. A violência doméstica, condenada à invisibilidade durante anos, atualmente se inseriu nos estudos acadêmicos como umas das formas mais contundentes de violação de direitos humanos, necessitando, assim, de intensa mobilização social. A ineficácia da Justiça e o tratamento antiquado ofertado às vítimas antes da incidência da Lei Maria da Penha foram fatores que contribuíram demasiadamente para a banalização da violência privada e a sua consequente *des*criminalização.

Neste sentido, cumpre aos operadores do Direito buscar novas propostas para este velho dilema. Essa é a função dos estudiosos do direito que, por meio da construção do conhecimento, podem agregar informações, de modo a fomentar a pesquisa e, ao mesmo tempo, modificar o contexto social.

O objetivo deste ensaio é refletir acerca da submissão histórica da mulher e o seu consequente anulamento como um sujeito de direitos merecedor de proteção estatal. Busca-se com ele esclarecer os aspectos positivos da Lei Maria Penha, bem como explanar acerca da necessidade de intervenção criminal nesses crimes, algo que ainda não se realizou face a resistência de muitos tribunais em aplicar os mandamentos desta novel espécie normativa.

Do mesmo modo, pretende este trabalho tecer considerações acerca da maior inovação trazida pela Lei n. 11.340/2006, qual seja, a criação dos Juizados Especializados em Violência Doméstica e Familiar contra Mulher, verificando os aspectos positivos e negativos da existência de uma Justiça especializada para tratar somente de conflitos interpessoais.

A violência doméstica não é episódica, pelo contrário, é corrente e socialmente tolerada e escondida pela vítima em nome da sacralidade da instituição familiar.[1] Infelizmente, essa manifestação desumana e preocupante que se desenvolve no plano microssocial ganha, a cada dia, mais adesão no interior de diversos lares brasileiros.

Os contumazes abusos por parte do provedor da casa demonstraram a urgência de se romper com essa nefasta *violência cíclica*[2] (WALKER, 1979, p. 85) que transforma o ambiente onde deveriam prevalecer amor e respeito em um palco de discussões, incompreensões e manifestações violentas.

---

[*] Membro do NETPDH – Núcleo de Estudos da tutela Penal dos Direitos Humanos – Unesp. Email: elisa. rezende@yahoo.com.br

[1] Além da preservação da família, muitos outros motivos poderiam ser suscitados, tais como a dependência financeira e emocional, vergonha, sentimento de incapacidade, impotência, medo etc.

[2] A psicóloga americana Lenore Walker apresentou um modelo de "Ciclo de Violência" que procura explicar como ocorre a violência entre homens e mulheres em suas relações afetivas e íntimas, explicitando que tais atos de violência se apresentam em fases, quais sejam: a construção da tensão no relacionamento (primeira fase); "o episódio da violência" (segunda fase); e a lua-de-mel (terceira fase).

Os multifacetados exercícios de resistência de mulheres que são agredidas no âmbito da unidade doméstica ou da família e, por consequência, sofrem resignadas[3] (ROCHA, 2010, p.15), revelaram a necessidade de tornar o sistema penal mais rigoroso, capaz de deter, ou, ao menos, amenizar a expressão da violência doméstica, não mais intimidada pelos vínculos de consanguinidade e afinidade.

Em face deste cenário de subjugação do gênero feminino, a concessão de um tratamento diferenciado às mulheres que não são respeitadas em seus lares faz-se imprescindível, vez que somente a estruturação de um aparato judiciário aliado ao fiel cumprimento da lei por parte dos operadores do direito é capaz de equilibrar as desigualdades gritantes entre os sexos e garantir às mulheres condições mínimas de dignidade.

A sociedade ainda é patriarcal e machista, predominando o controle do macho sobre a fêmea e, é por conseqüência desta dominação que mulheres necessitam de leis e de órgãos especiais que as ampare, já que, abafadas pelo medo e pela vergonha, não se expõem facilmente perante o Estado.

Desta forma, verifica-se que o alastramento deste cruel delito precisa urgentemente ser rompido, pois não há, diferentemente do que muitos tradicionalistas acreditam, harmonia familiar que se sustente às custas do solapamento da integridade física e/ou psíquica de um dos envolvidos na relação. A incompreensão por parte da doutrina e de alguns juristas, ao desconsiderarem a dinâmica diferenciada e a potencialidade deste crime trazer dados irreparáveis às vítimas inflama, indubitavelmente, a fragilidade da Justiça.

Esta violência ritualizada e secularmente praticada que, infelizmente, se origina de conflitos interpessoais e se desenvolve no espaço privado, precisa, do mesmo modo que qualquer outro problema social enfrentado em nível institucional, de intervenção coordenada e multidisciplinar (SILVA, 2008, *online*). O fato de serem manifestações que ocorrem num contexto de relações íntimas, ao redor de uma entidade inviolável [família], faz com que os próprios envolvidos, em sua maciça maioria, considerem tais delitos meros problemas conjugais. Advém daí a gravidade do problema.

Embora tais atos de violência estejam disseminados no quotidiano da sociedade, não se deve permitir que estes delitos continuem sendo considerados fenômenos "normais". Estes comportamentos, por estarem imbuídos de alta carga de afetividade e de sua ocorrência restar assentada no senso comum da sociedade como algo rotineiro e sem qualquer importância inibe a atuação do Poder Público, que não consegue interferir de maneira efetiva de modo a sanar o definitivamente o problema.

Como já foi dito, a desconsideração da violência doméstica contra a mulher como um grave atentado aos direitos humanos e sua concepção como parte inexorável das relações de casal potencializa a dificuldade de intervenção estatal no espaço privado e a consequente repressão penal. Neste viés, entende-se que para conter este fenômeno, não basta a repressão feita apenas pelo Direito Penal, necessário se faz associar políticas públicas e medidas extrapenais que visem não somente a proteção da vítima, mas também a reeducação do agressor.

Neste sentido, Helleieth Saffioti critica no prefácio da obra O preço do Silêncio: mulheres ricas também sofrem violência, de Tânia Rocha Andrade Cunha, a existência de serviços de atendimento destinados somente às vítimas de violência doméstica,

[3] Afirma Carmen Lúcia Antunes Rocha que "a violência doméstica é silenciosa, não porque o chicote não tenha feito barulho, mas porque o choro delas foi embargado".

esclarecendo que os mesmos serviços deveriam também ser direcionados aos agressores, vez que "se o homem estabelece com sua parceira uma relação violenta e se sua reeducação resulta em fracasso, constituirá uma ameaça à sociedade, na medida em que vitimiza, com regularidade, um elemento da categoria social das mulheres" (CUNHA, 2007, p.13).

Acrescenta ainda que, enquanto não elaboradas políticas públicas efetivas de combate à violência doméstica contra a mulher, de nada adiantará a severidade da repressão penal, pois "não há qualquer relação positiva entre radicalidade de penas e inexistência de violência doméstica e familiar, qualquer que seja sua legislação" (Ibid., p.12).

Partindo deste pressuposto, verifica-se que, embora o Poder Público tenha dificuldade de intervir nestes conflitos, até mesmo pelo seu aspecto singular de crime privativo - só as partes ou, no máximo, a família tomam conhecimento -, não há como desconsiderar que a postura, sobretudo do Judiciário, revela-se como medida repressiva ou até mesmo preventiva de máxima eficiência, pois, apesar da *jurisdicialização* deste conflito ser considerada a *ultima ratio,* não se pode mais permitir que as partes resolvam sozinhas problemas culturais, exteriorizados em violência, que cabe ao Estado coibir.

A santidade do lar não pode ser considerada desculpa para o baixo grau de condenação os agressores [4] (DIAS, 2008, p. 25), não podendo existir entidade inviolável no que tange o respeito e a dignidade da pessoa humana.

1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: UMA QUESTÃO DE GÊNERO

As diferenças entre os homens e mulheres seriam facilmente verificáveis se tais distinções não transcendessem o mero aspecto biológico. Contudo, ao se observar as relações entre estes sujeitos, verifica-se que as características meramente sexuais foram fatores condicionantes para a identificação de papéis impostos pela sociedade, atividades estas que embora pudessem ser exercidas por ambos, foram entregues à apenas um deles, configurando desigualdades sociais que implicam, até hoje, na exclusão feminina.

Seguindo esta linha de raciocínio, logo na segunda metade do século XX, inicia-se a discussão em torno de uma inédita terminologia que poderia (re)construir a história das mulheres. Sob um novo olhar e partindo de uma análise mais abrangente, pautada em distinções socialmente construídas, nasce o conceito de gênero, de modo a destruir o mito da diferença calcada unicamente nas funções orgânicas humanas.

O ponto central desta análise recai na construção de identidades a partir de diferenças anatômicas. O termo gênero, introduzido no debate norte-americano por volta de 1970 por Robert Stoller e difundido com sucesso por Gayle Rubin (CUNHA, 2007, p.25), pode ser compreendido como o "elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, sendo uma forma primordial de significar relações de poder" (SCOTT, 1990). É, portanto, um "produto social que constrói o sexo, pois se as

[4] "Conforme o relatório da Deputada Jandira Feghali, quando da apresentação do projeto de lei, em dez anos de atuação dos Juizados Especiais os resultados reforçam a impunidade, que deu margem à reincidência e ao agravamento do ato violento: 90% dos casos são arquivados ou levados à transação penal. Estima-se que, no Brasil, apenas 2% dos acusados são condenados. De cada cem brasileiras assassinadas, setenta são vítimas no âmbito de suas relações domésticas, evidenciando que, ao contrário dos homens, as mulheres perdem suas vidas no espaço privado".

relações de gênero não existissem, o que conhecemos como sexo seria destituído e não seria percebido como importante" (DELPHI *apud* AUAD, 2006).

O conceito de gênero ingressou nos estudos e debates acadêmicos, principalmente na área do Direito, com o escopo de explicar que mais do que uma diferenciação sexual, homens e mulheres se distinguem pelos microssistemas que representam na sociedade, pois esta, sem que as pessoas percebessem, incutiu nos seres humanos determinados comportamentos, fazendo do homem o provedor do lar e da mulher uma invisível senhora do lar. Por isso a máxima de Simone de Beauvoir: "não se nasce mulher, torna-se mulher" (BEAUVOIR, 1990, v.2, p.9).

Diante desta breve exposição, percebe-se que não é possível compreender a violência doméstica contra a mulher sem um estudo minucioso do elemento normativo extrajurídico já citado e denominado de gênero, até porque, uma análise meramente pontual e superficial não provoca o reconhecimento das raízes deste problema, a que se pretende discutir.

A perspectiva de gênero como produto das relações sociais foi capaz de dar uma justificativa lógica para a existência do conflito entre homens e mulheres, vez que, através do estudo das origens da desigualdade entre os sexos, tornou-se mais fácil verificar a extensão e a gravidade deste problema nitidamente social, que abarca todas as classes sociais, indistintamente.

O aspecto relacional questionado remete ao entendimento de que se determinada forma de conduta é esperada do gênero feminino, outra, em contraposição, é aguardada do masculino (FERERREIRA, 2009, p.15). Um olhar atento para a sociedade permite inferir que tais papéis outrora estabelecidos como atividades próprias dos sexos já foram internalizados pelos próprios sujeitos. Ao reproduzirem, mesmo que inconscientemente, determinadas práticas e valores, coadunam para com a manutenção do modelo patriarcal e destas supostas regras de conduta.

A necessidade da construção de uma terminologia que sustentasse tal assertiva, bem como a busca por maior inclusão da mulher em espaços que antigamente cabia apenas ao homem adentrar, provocou um profícuo debate em diversos entendimentos acerca do tema aqui em discussão, até porque não havia nada que justificasse a supremacia masculina.

Não havia mais como permitir a exclusão de uma categoria simplesmente pelo fato da sociedade impor como regra que a mulher necessariamente nasceu para o lar, ocupando, inegavelmente, o pólo oprimido. A valorização dada aos espaços públicos – ocupados por homens, em sua maioria – contribuiu demasiadamente para amparar idéia petrificada de inferioridade feminina.

Neste diapasão, verifica-se que o quão é importante compreender o conceito de gênero e a realidade (patriarcalismo) a qual estão inseridos os sujeitos sociais. É medida de rigor para aqueles que desejam compreender a lógica de um sistema que cultivou a desigualdade entre homens e mulheres.

2 NOVO CENÁRIO JURÍDICO: a revolução trazida pela Lei n. 11.340/2006

O caso Maria da Penha[5], utilizado sempre como um exemplo padrão de violência conjugal, disseminou revoltas e incentivou mulheres a fazerem da dor

[5] O caso Maria da Penha marcou o cenário jurídico brasileiro, sobretudo pela pressão internacional. O Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-

inspiração para o ativismo. Infelizmente, a protagonista desta história trágica não fora a única brasileira a sofrer lesões irreversíveis à saúde; outras tantas mulheres são vítimas cotidianamente das mais diversas formas de violência doméstica: sexual, física, moral, patrimonial e psicológica.

Apesar de ter sido recebida com insegurança e alvo de açodadas críticas, a Lei Maria da Penha mostrou a sua razão de existir: uma lei historicamente integrada e expressiva quando se nota que a desigualdade ainda persiste nos dias atuais, mesmo depois de inúmeras e valiosas conquistas femininas.

Não havia como lutar por uma igualdade material sem a existência de uma Lei que amparasse a mulher de maneira efetiva, atuando por meio de duas frentes: a *punitiva* - jurisdicional e a *preventiva*, por meio das políticas públicas a serem desenvolvidas pelo governo.

Todavia, inúmeras inconstitucionalidades foram proclamadas como forma de impedir a sua vigência. A primeira delas e a mais inconsistente reputa-se ao fato de ser a Lei n. 11.340/2006 discriminatória, ao favorecer apenas um dos sexos com as suas benesses. Alegam que esta Lei rompeu com a igualdade entre os entes, gerando ainda mais discórdia no reduto familiar (DIAS, 2008, p. 55) – *como se essa igualdade realmente existisse (!)*.

A polêmica causada em torno desta Lei remete a um problema histórico. Nunca houve, de fato, igualdade entre homens e mulheres e, não haveria sentido, elaborar uma Lei desta amplitude se o seu objetivo fosse resguardar direitos de ambos os sexos, seja ele vulnerável ou não.

O modelo conservacionista da sociedade colocou, durante anos, a mulher em situação de máxima vulnerabilidade, pois, diferentemente dos homens, não eram consideradas seres dotados de dignidade, merecedores de proteção do Estado. Neste viés, percebe-se que não há qualquer violação no princípio constitucional estampado no *caput* artigo 5°, da CF, até porque tal discriminação legislativa tem total pertinência lógica.

Sabe-se que a pretensa igualdade substancial entre os gêneros só seria atingida por meio de posturas como essas, consagrando a máxima aristotélica de que o "princípio da igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam" (AYRES, Deborah Maria, 2007, *online*)

Neste sentido, somente aqueles com visão meramente simplista e sem qualquer responsabilidade acerca da indisfarçável discriminação contra a mulher, questionam a inconstitucionalidade da sobredita Lei. Ao utilizarem de tais argumentos e polemizar acerca da necessidade ou não da criação de uma Lei desta amplitude, os juristas cerceiam o direito das mulheres fazerem jus aos seus direitos adquiridos. Esquecem que a "atividade-fim" de um aplicador do direito é garantir o cumprimento da norma jurídica e faz a verdadeira *justiça*.

Diante desta postura assumida pelo legislador, muitas alterações foram feitas, de modo a melhorar o tratamento ofertado às mulheres vítimas de violência doméstica. É em virtude deste pensamento que a Lei Maria da Penha inovou, englobando medidas

---

Americano e do Caribe para a defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, juntamente com Maria da Penha Fernandes, formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) a fim de obterem explicações acerca dos motivos que levaram o país demorar 19 anos e seis meses para se obter algum posicionamento da Justiça brasileira.

assistenciais e protetivas, mostrando que muito além da mera descrição dos fatos típicos, preocupa-se também com o reconhecimento da violência contra a mulher como uma violação dos direitos humanos, na perspectiva de gênero.

No âmbito processual penal, alterações importantes também foram feitas. Contudo, controvérsias foram deflagradas, impedindo decisões uníssonas e coesas por parte do Poder Judiciário.

A questão da representação da ofendida como condição de procedibilidade para a instauração da ação penal despertou inúmeros questionamentos, vez que os crimes previstos no Código Penal seguem a regra geral da ação penal pública incondicionada, conforme preconiza o art. 100 do Código Penal. Assim, somente quando a Lei reclamar a iniciativa do ofendido é que os crimes dependerão de representação.

Ocorre que a Lei n. 9.099/1995 modificou a sobredita regra, impondo necessidade de representação às lesões corporais leves ou culposas, incluindo neste rol os delitos cometidos em âmbito doméstico. O problema é que a Lei Maria da Penha, ao vedar a incidência da atuação dos Juizados Especiais no bojo do seu art. 41 e aumentar a pena máxima do delito de lesões corporais, retirou esses crimes, outrora considerados como de menor potencial ofensivo, da competência da Lei n. 9.099/1995, não permitindo que esses delitos façam jus aos benefícios da Lei em tese.

Embora existam argumentos fortes destacando a necessidade de se fazer valer a regra da ação penal pública incondicionada, o entendimento majoritário é de que cabe à própria vítima avaliar acerca da possibilidade de intervenção do Estado em sua vida íntima. Esta é a posição defendida por Maria Berenice Dias, Leda Maria Hermann, Emanuel Lutz Pinto e alguns outros doutrinadores que discordam da natureza da ação ser incondicionada, eis que, a própria Lei, em seu art. 16 defende a renúncia, no sentido de desistência da retratação (Op. cit. p. 120-128).

Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, *online*) explica que ao conceder à vítima a possibilidade de decidir acerca de condição de procedibilidade do processo penal, arma-a de poderoso instrumento de persuasão. Maria Berenice Dias concorda que seria de todo descabido que, mesmo depois de solvidas as divergências que deram azo ao conflito, a ação fosse instaurada, independentemente do interesse da vítima.

Fato é que, sendo ou não um exemplo de retrocesso da legislação penal brasileira, justificável a intenção do legislador ao tentar proteger a vítima de eventuais represálias, que pudesse impedir que a vítima continuasse com sua demanda. Todavia, algumas imprecisões na redação da própria Lei dificultam o entendimento dos operadores do direito que, por debatem incessantemente questões de direito, deixam de dar a atenção devida ao caso concreto que precisa de rápida e efetiva decisão.

Outro dispositivo que, igualmente, merece destaque é o art. 41 da Lei Maria da Penha, que afastou peremptoriamente a atuação dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM) no âmbito doméstico. A Justiça célere e despenalizadora imposta pela Lei n. 9.099/1995 aos crimes de menor potencial ofensivo (pena não superior a dois anos de detenção), ao imprimir velocidade nos julgamentos ao adotar um rito sumaríssimo, não se mostrou suficientemente eficaz para elidir as agressões domésticas contra a mulher, proteger a hipossuficiente na relação afetiva e punir com rigor o vil autor desta violência repugnante.

Ao tentar desafogar o Judiciário dirimindo os casos menos graves ao Juizado Especial, olvidou o legislador que as agressões que se desenvolvem nas relações entre os gêneros não poderiam ser tratadas de forma consensual (composição de danos); tampouco poderiam ser aplicadas penas obsoletas, decorrentes da transação penal. Este procedimento,

estruturado para atender o réu e não a vítima devolvia o problema *agravado* para ser *resolvido* pelas partes: neste mundo oculto e solidificado pela aparência.

A não aplicação do sistema consensual de resolução de conflitos, bem como as modificações processuais acima citadas, foram medidas implantadas pela Lei Maria da Penha que reforçaram o entendimento de que os delitos cometidos contra a mulher têm sim *considerável potencial ofensivo*[6].

Muitas outras inovações poderiam ser suscitadas, entretanto, foi necessário atentar a apenas algumas delas, visto que o espaço é exíguo e a matéria é densa.

A Lei Maria da Penha conferiu legitimidade aos movimentos feministas, e embora o Brasil encontre-se em 18º lugar entre os países da América Latina a efetivar um estatuto protetivo à mulher, nunca se tarda ao fazê-lo.

2.1 Juizados Especializados em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

Uma das principais inovações trazidas pela Lei Maria da Penha foi a criação dos Juizados Especializados em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JEVDFM), com competência cível e criminal, para o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Concebe-se uma nova realidade procedimental: aquela capaz de com presteza atender a mulher que sofre diuturnamente com as mais diversas formas de violência doméstica.

Durante muito tempo, a saga da mulher que recorria ao Judiciário em prol de uma decisão justa e efetiva se transformava numa vã tentativa de ver seu agressor punido, pois, aquela que vencia o medo e procurava a delegacia de polícia, tinha, ainda, que constituir um advogado para, se possível, ter satisfeito seu pedido de antecipação de tutela numa eventual ação de separação de corpos (DIAS, 2008, p. 135). Aguardava temerosa a audiência de tentativa de conciliação proposta pelos Juizados Especiais sabendo que seu ofensor seria condenado a uma pena bastante desproporcional ao mal contra ela causado.

A bifurcação de demandas, veiculadas à mesma causa de pedir, gerando processos distintos (criminais e civis), levava a mulher à exaustão, eis que, para obter integral prestação jurisdicional, era necessário compor lides diversas, culminado, muitas vezes, em decisões conflitantes, o que levava a mulher à sensação de enorme descrédito em torno da Justiça.

Corroborando tal assertiva, tem-se o entendimento de José Eduardo Faria (1994, p.50):

> A ineficácia da Justiça conduz à uma crise de legitimidade do Judiciário decorrente tanto de fatores internos, como do anacronismo de sua estrutura organizacional, quanto aos fatores externos, em face da insegurança da sociedade com relação à impunidade, à discriminação e à aplicação seletiva da lei

[6] A possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência em 48 horas pelo juiz (segurança jurídica), a implementação de políticas públicas destinadas à promoção da igualdade de gênero (prevenção) e a criação do Juizado Especializado em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (melhora da prestação jurisdicional) são alterações que denotam verdadeira revolução no tratamento dado à matéria.

Assim, buscando compatibilidade com os tratados internacionais pactuados pelo Brasil, a referida Lei estabeleceu expressamente no bojo de seu artigo 33, a criação dos mencionados JEVDFM; embora não tenha previsto prazo para sua estruturação, até mesmo para não ferir a autonomia dos Tribunais, conforme preconiza o artigo 96, I da Constituição Federal.

Apesar de tal dispositivo ter sido alvo de acirradas críticas por versar sobre matéria de organização judiciária, não se pode duvidar de sua essencialidade. O legislador, ao propor a criação de uma nova instância judicial teve em mente apenas a intenção de garantir uma forma rápida de acesso integral à justiça para mulheres em constante condição de vulnerabilidade.

De forma exemplificativa e sintética pode-se tecer algumas considerações acerca do aspecto positivo da existência de um órgão especializado para tratar de conflitos que ocorrem no âmbito doméstico: a celeridade na tramitação dos processos, causada pela cisão na tradicional visão de um direito que limita competências (Justiça híbrida); a concessão de medida protetiva de urgência a ser avaliada pelo magistrado do Juizado Especializado que, certamente, teria mais facilidade para apreciar tal matéria; equipe multidisciplinar, treinada e preparada para receber as vítimas de violência doméstica, o que proporciona maior confiança no Judiciário; fiel cumprimento dos preceitos da Lei n. 11.340/2006, o que, ao menos, ameniza a até então convicta sensação de impunidade.

Os casos de violência doméstica contra a mulher não poderiam mais ficar à mercê da inócua atuação dos Juizados Especiais, tampouco merecem permanecer nas mãos das varas criminais, como desculpa de uma Justiça tão somente transitória – enquanto não estruturados os JEVDFM em todo país, permanece a competência para o processo e julgamento dos delitos domésticos nas mãos das varas criminais [7] (Op. cit. p. 148).

A indispensabilidade da criação dos Juizados Especializados por todos os estados brasileiros (inclusive no interior) reside no fato de que atendimento multidisciplinar, integrado por profissionais especializados nas áreas da saúde, psicossocial e jurídica, além de curadorias de serviços de assistência judiciária, viabiliza sobremaneira o direito constitucional de acesso à Justiça, bem como proporciona à mulher tratamento mais adequado.

Não há dúvidas de que sucesso absoluto da Lei Maria da Penha depende, indubitavelmente, das condições estruturais da Justiça para recepcionar as alterações impostas, para que a integridade física e moral das mulheres possam ser efetivamente tuteladas pelo Direito Penal. Diante do arcaísmo que marca particularmente a *praxes* do Judiciário, tem-se, por certo, que a estruturação dos Juizados Especializados contribuirá para a operacionalidade da Lei n. 11.340/2006.

---

[7] "Às claras que os juízes, promotores, defensores e servidores afeitos à matéria criminal terão dificuldades em apreciar questões cíveis e de Direito das Famílias, que são objeto da maioria das medidas protetivas. Ao depois, é indispensável que as varas que atendam a violência doméstica contenham uma equipe de atendimento multidisciplinar (art. 29), suporte técnico inexistente nas varas criminais. Outra dificuldade é o significativo aumento do número de processos nos juízos criminais, até porque cada denúncia de violência doméstica pode gerar duas demandas. Nas varas criminais existem ações de réus presos, que precisam ter tramitação preferencial, para evitar excesso de prazo, o que garante o direito ao agressor de ser posto em liberdade. Como às causas decorrentes da violência doméstica é assegurado direito de preferência (art. 33, parágrafo único), certamente o juiz ficará diante de um impasse."

3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A efetividade prática de uma espécie normativa depende da forma com que a máquina judiciária age diante dos conflitos sociais. Não há duvidas que o empenho do Estado em atuar com a devida diligência, através de seus procedimentos legais e instrumentos processuais, é de extrema importância quando o fim é erradicar um mal que destrói a sociedade e "coloca a família no banco dos réus" (ALMEIDA, 2007, p.76-77). A mulher que sofre continuamente maus-tratos não pode perambular por órgãos a fim de obter assistência na vã tentativa de por fim às agressões; ela precisa ser atendida por um grupo preparado, bem como protegida pelos encarregados no cumprimento da Lei.

Dados divulgados por pesquisas nacionais e internacionais surpreendem[8] (CORRÊA, 2010, p.52) e descortinam o caráter sistêmico da violência doméstica, comprovando a necessidade de intervenção Estatal veemente, como um meio de defesa e satisfação dos direitos e garantias fundamentais.

A relutância do Poder Judiciário em aplicar a Lei n. 11.340/2006 demonstra o elitismo e a reprodução do sexismo jurídico, algo inadmissível para um país constituído sob a égide de um Estado Democrático de Direito e signatário de variados tratados internacionais de direitos humanos (como a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a mulher e a Convenção Belém do Pará).

Incompreensões das mais diversas são exteriorizadas por meio de decisões judiciais. Cite-se como exemplo, a decisão divulgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal no HC 2007.00.2.015293-5 (CAMPOS, 2010, p. 30):

> Ao meu sentir, o rigor exigido fere o que dispõe o artigo 226 da Constituição Federal, porque **oportuniza a desagregação familiar.** Também, vai de encontro aos princípios da economia e celeridade processuais, já que a representação feita no calor da discussão pode, por tempo depois, ser dissipada pela reconciliação das partes, Como já salientou o Exmo. Des. Mário Machado: "Desconhecer a face boa da retratação, impedindo-a, a pretexto de proteger a mulher, pode implicar violência ainda maior contra ela, que é **negar-lhe um meio de restaurar a paz no lar** e restabelecer a união comum." Artigo: Violência Doméstica: a face boa da retratação – TJDF, voto proferido pela Desembargadora Sandra de Santi (grifo nosso).

Ainda neste contexto de incompreensão da Lei em comento, tem-se o entendimento de juristas que afirmam não existir qualquer pertinência lógica na restrição feita pelo legislador, ao considerar como sujeito passivo apenas a mulher que sofre continuamente maus-tratos.

A exemplificar, o juiz da Comarca do Rio Pardo Osmar de Aguiar Pacheco concedeu medida protetiva a um homem que afirmou estar sendo alvo de violência por

[8] "Cerca de 70% dos assassinatos de mulheres no mundo são cometidos por homens com quem elas tinham ou tiveram algum envolvimento amoroso e, segundo investigação feita pela ONG *Human Rigths Watch* no Brasil, a cada 100 mulheres brasileiras assassinadas, 70 o são no âmbito de suas relações domésticas".

seu companheiro (TJRS, 2011, *online*). Em sua decisão, defendeu a tese de que, embora a Lei Maria da Penha tenha como escopo a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica, todo aquele em situação equivalente, ou seja, em situação de máxima vulnerabilidade, pode fazer jus aos benefícios da lei em tese.

Embora esteja ele utilizando de uma legítima forma de defesa dos direitos humanos, até porque não temos uma legislação específica que proteja homens no âmbito das relações familiares, não se pode esquecer que a ampliação em demasia dos dispositivos da Lei pode conduzir à fragilidade normativa, eis que não mais se protege unicamente o sujeito passivo "mulher".

Desta forma, percebe-se que para que uma lei seja devidamente aplicada, é necessário, antes de tudo, que ela seja entendida. Desde a época dos Juizados Especiais, juízes e promotores de justiça aplicavam os dispositivos da Lei n. 9.099/1995 sem o menor compromisso com as partes, o que culminou na falência deste sistema. Com a Lei Maria da Penha, parece existir o mesmo problema.

Verifica-se, portanto, um verdadeiro empecilho para o acesso à Justiça. Os juristas, provavelmente por convicção particular, insistem na não aplicação dos dispositivos da Lei, gerando extremadas controvérsias jurisprudenciais e potencializando a dificuldade na concessão de direitos por parte daquelas que possuem a expectativa de um mínimo conteúdo ético no ato decisório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É irrefutável o aspecto positivo da Lei Maria da Penha, principalmente no que se refere ao caráter protetor e afirmativo dos direitos da mulher. Todavia, os direitos positivados pela novel espécie normativa devem ser realmente garantidos àquelas que recorrem ao Judiciário em busca de uma decisão ágil, *justa* e segura.

Considera-se o sucesso de uma Lei quando os órgãos responsáveis em aplicá-la realmente dão o suporte necessário para torná-la efetiva: a sentença condena o agressor e a fiscalização da decisão judicial protege à vítima. A Lei Maria da Penha, não somente determina condutas e reprime comportamentos, ela suplica por proteção, ou melhor, por meios eficazes que fiscalizem o seu cumprimento.

O problema que aqui se discute é tão preocupante que não seria aconselhável aguardar com passividade as próximas manifestações violentas perpetradas por varões que utilizam, na maioria dos casos, a força física para macular a vítima e desestruturar a família. Mulheres que se encontram em risco de morte não denunciam por medo (fiscalização judicial precária) – as delegacias de defesa da mulher se encontram defasadas (operam com poucos profissionais).

A sociedade ainda se revela conivente com a imagem da superioridade do sexo masculino e a Justiça ainda peca pela morosidade e descaso, eis que o diploma em análise não é devidamente aplicado. Infelizmente ainda persistem bons motivos para a perpetuação deste problema: o agressor sabe que ainda é *barato bater em mulher.*

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Laís de. Violência Juvenil: A família no banco dos réus. ***Trinolex.com***. *Ano 1. n.6. p. 76/77 [2007].*

AUAD, Daniela. **Feminismo: que história é essa?** Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

AYRES, Deborah Maria. **O direito à igualdade que discrimina**. Jun. 2007. Disponível em: http//WWW.direitonet.com.br/artigos/exibir/3509/O-direito-a-igualdade-que-discrimina.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Violência doméstica e familiar contra a mulher** – Lei Maria da Penha e alguns comentários. Disponível em: <http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2007/mulher/anais/artigos/marcelo_lessa.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2011.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo.** Vol.2: A experiência vivida**.** Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1990.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha: um Novo Desafio Jurídico.** In: LIMA, Fausto Rodrigues de Lima; SANTOS, Claudiene (coord). Violência doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORRÊA. Lindinalva Rodrigues. **A Necessidade da Intervenção Estatal nos casos de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**. In: LIMA, Fausto Rodrigues de Lima; SANTOS, Claudiene (coord). Violência doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA, Tânia Rocha Andrade. **O preço do Silêncio**: mulheres ricas também sofrem violência. Vitória da Conquista: Edições Uesb, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

FARIA, José Eduardo. O Desafio do Judiciário. **Revista USP** – Dossiê Judiciário. São Paulo, n. 21, março-maio, p. 46-57.

FERREIRA, Maria Letícia Dias. **Justiça**: **Substantivo Feminino**. **Política Criminal no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel de Direito) – Faculdade de Direito, História e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2009.

FOLHA DO DELEGADO. Lei Maria da Penha aplicada para relação entre homens. **Direito e Justiça,** [Sergipe], 01 mar. 2011. Disponível em:http://www.folhadodelegado.jex.com.br/direito+justica/lei+maria+da+penha+aplicada+para+relacao+entre+homens. Acesso em: 03 abr. 2011.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha lei com nome de mulher**: violência doméstica e familiar. Campinas: Servanda, 2007.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Direito a uma vida sem Violência**. In: LIMA, Fausto Rodrigues de Lima; SANTOS, Claudiene (coord). Violência doméstica: Vulnerabilidades e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Anotações preliminares à Lei n. 11.340/06 e suas repercussões em face dos juizados especiais criminais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8917>. Acesso em: 1 mar. 2007

SAFIOTTI, Heleieth I. B. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SILVA, Danielle Martins. **Violência doméstica na lei Maria da Penha. Reflexos da visibilidade jurídica do conflito familiar de gênero.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1874, 18 ago. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11614>. Acesso em: 30 mar. 2011.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para a análise histórica**, Tradução: Maria Betânia Ávila e Cristine Dabatt. Recife: SOS Corpo, 1990.

XAVIER FILHA, Constantina. **Educação sexual na escola: o dito pelo não dito na relação cotidiana.** Campo Grande: Editora UFMS, 2000.

WALKER, Leonore. **The battered woman**. New York: Harper and How, 1979.

PROTEÇÃO JURÍDICA À MULHER VITIMIZADA – LEI N. 11.340/06 E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas[*]

INTRODUÇÃO

A questão da violência de gênero no âmbito doméstico e familiar é alvo de grande preocupação e objeto de intensas discussões, especialmente nas últimas décadas, tanto no campo jurídico e social, como em outras áreas do saber humano. Ultrapassa este problema os limites nacionais, estendendo-se a inúmeros outros países, alcançando, mesmo, *status* internacional.

Essa internacionalização, contudo, não se restringe aos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos. Abrange, também, aqueles de primeiro mundo, de condições sócio-econômicas mais elevadas, podendo afirmar-se que se trata de questão de interesse mundial.

No Brasil, atendendo aos reclamos da própria sociedade e, notadamente, ao determinado pela Constituição Federal, pela Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979, e a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, de 1994, conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi editada, em 07 de agosto de 2006, a Lei n. 11.340, Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir a violência contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar.

Esta Lei adotou uma política criminal de proteção à vítima mulher e de repressão ao seu agressor, restringindo a aplicação das penas alternativas, prevendo o afastamento compulsório do agressor de seu domicílio e a sua prisão preventiva como garantia às medidas protetivas e, ainda, a não aplicação da Lei n. 9.099/95.

Desde a sua promulgação, vem sendo alvo de grandes e acalorados embates jurídicos sobre questões relevantes para a definição de sua abrangência e de seus limites de incidência, questionando-se a eficácia das suas normas e a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos, quando não, da própria lei.

Nesta análise da Lei n. 11.340/06, pretendeu-se verificar as inovações que foram trazidas por ela no tratamento da questão da violência de gênero, a conformação das medidas adotadas ao sistema normativo em vigor e a interpretação que está sendo dada pelos tribunais nacionais aos seus dispositivos.

Considerando o tempo de sua vigência, é possível, com alguma segurança, verificar os aspectos positivos e negativos da resposta institucionalizada dada ao complexo problema cultural da violência contra a mulher, vítima histórica da opressão patriarcal.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Lei n. 11.340, promulgada em 07 de agosto de 2006, seguindo tendência mundial e tomando como supedâneo o modelo legal existente em Portugal e Espanha,

---

[*] Docente da Faculdade de Cîências Humanas e Sociais, UNESP, Campus de Franca e da Universidade Paulista – UNIP, Campus de Ribeirão Preto.

trouxe, para o nosso ordenamento jurídico, medidas afirmativas, que têm por objeto a proteção da mulher e o combate à violência doméstica e familiar contra ela. Trata-se de um tipo específico de violência, característico da hierarquia de gênero, geralmente praticada por homem com quem a vítima-mulher mantém relação de afetividade, de conjugalidade ou de intimidade, e que assume a forma de agressão física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

A edição desta Lei significou o reconhecimento pelo Estado da gravidade do problema relativo à violação dos direitos das mulheres, atribuindo a um conflito de natureza privada uma dimensão social, merecedora de medidas públicas. Esta questão, de proporções alarmantes e reflexos extremamente nefastos, não tem, contudo, solução restrita à edição de normas legais. Requer, na verdade, uma atuação multidisciplinar, pois, além de jurídico, é também um problema cultural, sociológico e antropológico.

Tem a mulher um histórico de marginalização e submissão. Não se restringe esta situação somente aos povos de origem muçulmana e islâmica, que, por questões culturais e religiosas, colocam a mulher em um plano inferior, negando-lhe direitos reconhecidos como fundamentais por outras civilizações. A marginalização feminina ocorre, também, de forma bastante acentuada, nos países ocidentais, derivada de um sistema patriarcal que fixa o homem como centro do poder e da sociedade e que tem muito da sua origem no Cristianismo. A própria Bíblia, base do sistema cristão, prega que a mulher deve obediência ao homem, "seu amo e senhor".

Importante observar que nem sempre foi assim. Nas antigas civilizações, o culto à mulher era a base da sociedade da época. As primeiras formas de sociabilidade, quando somente se tinha certeza quanto à identidade das mães, eram matriarcais. Cultuava-se os ciclos de fertilidade e o corpo feminino como forma de reverenciar a geração e a continuação da vida pela mulher. Com a evolução social e o desenvolvimento humano, a paternidade e o papel do homem na geração de seus descendentes passou a ser melhor compreendida. Este fato, aliado ao surgimento da propriedade privada consolida tomada do poder pelos homens e a conseqüente sujeição das mulheres a eles [1].

A concepção de subserviência da mulher arraigou-se no mundo ocidental e somente nas últimas décadas do Século XX que ela, vítima de todo um sistema opressivo, começa a sua árdua, lenta e difícil luta pela igualdade, liberdade e autonomia. Desde então, é possível observar evolução na proteção e tutela dos seus direitos, avanço na busca da superação das relações de subordinação e o crescimento da sua participação nas atividades econômicas. Estas significativas mudanças não lograram, contudo, alcançar a plena superação da ideologia patriarcal, nem a discriminatória posição de subordinação da mulher. Subsiste, ainda, como expressão de uma estrutura hierarquizada, ocupando o homem posição superior em confronto com a mulher, numa relação de dominação, muitas das vezes de grande opressão e violência.

Em uma sociedade de valores patriarcais, as ações violentas dos homens legitimam-se como ações em defesa de sua honra ou como reação contra mulheres que não cumprem com os seus deveres conjugais – satisfação sexual dos homens-, cuidado com a casa e os filhos, dentre outros. Estes valores não são, contudo, padrões adequados ao modelo de democracia, de cidadania e de direitos humanos professados na atualidade.

---

[1] ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Ciro Moranza. São Paulo: Escala, 2005.

O problema da violência contra mulheres é grave e está presente nos mais diversos países do mundo, independente da condição econômica, social ou cultural de cada um deles. Apontam as estatísticas que, em geral, o agressor é homem, marido ou companheiro, de diferentes níveis sócio-culturais e econômicos e, também, que, na generalidade dos casos, a agressão praticada é de natureza física.

A identificação e repressão desse problema é difícil, em razão do processo de legitimação e naturalização que envolve essa forma de violência. Com freqüência, a sociedade tem uma percepção distorcida dessa violência, entendendo-a como fato normal, passando mesmo desapercebida aos olhos de quem a observa[2]. E, por ser considerada natural, esta violência acaba por institucionalizar-se, passando a ser aceita com naturalidade.

Como observa Nilo Odalia, para a identificação da violência, há que se realizar um esforço no sentido de superar a visão naturalizada que dela se tem, desvendando o caráter violento dos atos, ações e relações, o que acaba dificultado por determinadas tradições, costumes, razões e leis. Diz este autor:

> O ato violento não traz em si uma etiqueta de identificação. O mais óbvio dos atos violentos, a agressão física, o tirar a vida de outrem, não é tão simples, pois pode envolver tantas sutilezas e tantas mediações que pode vir a ser descaracterizado como violência. (...) Matar em defesa da honra, qualquer que seja essa honra, em muitas sociedades e grupos sociais, deixa de ser um ato de violência para se converter em ato normal – quando não moral – de preservação de valores que são julgados acima do respeito à vida humana.[3]

Embora a violência contra a mulher seja um fenômeno presente nas sociedades desde tempos remotos, recente é a atenção que os Estados e organismos internacionais passaram a dedicar a ele. A formulação de políticas públicas de enfrentamento dessa questão, a elaboração de tratados e convenções internacionais específicos dos direitos humanos da mulher e a edição de legislação protetiva da mulher em âmbito nacional com medidas afirmativas foram avanços conseguidos, especialmente, pela mobilização dos movimentos feministas e de defensores dos direitos humanos que passaram a denunciar as condições de desigualdade e de opressão vividas pelas mulheres.

No Brasil, especialmente a partir da década de setenta do século passado, estes movimentos feministas tornaram-se atuantes, denunciando a impunidade existente na violência contra a mulher, desempenhando importante papel na adoção de medidas legislativas e na implementação de políticas públicas visando ao combate da violência contra as mulheres, além da elaboração de programas de atendimento especializado às mulheres, famílias e agressores[4].

Os esforços empreendidos culminaram na edição, em 2006, da Lei n. 11. 340 - Lei Maria da Penha - que define as formas de violência contra a mulher no âmbito

---

[2] ODALIA, Nilo. **O que é violência**. 3. Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985. Coleção Primeiros Passos. P.22-23.

[3] Ibid., p. 23.

[4] BARSTED, Leila Linhares. **A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois**. Disponível em: HTTP://mulheresnobrasil.org.br/pdf/PMB_Cap8.pdf. Acesso em 17 ago. 2009.

doméstico e familiar, cria mecanismos para coibi-las e preveni-las, cria os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher com competência cível e criminal, estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres vitimizadas, definindo procedimentos e instituindo medidas protetivas de urgência em seu favor. Esta Lei alterou a legislação penal, processual penal e de execução penal e afastou a aplicação da Lei n. 9.099/95 nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Aumentou o rigor punitivo contra os agressores das mulheres, permitindo às vítimas terem mais confiança para denunciá-los. Trouxe, ainda, inovações no processo judicial, nos papéis das autoridades judiciárias e policiais e do Ministério Público, além de mecanismos que poderão modificar profundamente as relações entre vítimas e agressores, assim como o atendimento policial e o processamento desses crimes.

A sua alcunha é uma homenagem prestada à Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica que ficou paraplégica aos 38 anos, em decorrência das agressões perpetradas por seu ex-marido. Em 1983, o professor universitário Marco Antônio Heredia Viveros, seu então marido, tentou matá-la duas vezes. Na primeira, atirou nela enquanto estava dormindo, deixando-a paraplégica. Na segunda, tentou eletrocutá-la enquanto ela banhava-se. Embora a investigação tenha começado no mesmo ano, o caso só foi encaminhado a juízo em 1984. Oito anos após o ocorrido, Heredia foi condenado, mas em razão da anulação do julgamento por recurso da defesa, não cumpriu a pena. No novo julgamento, ocorrido em 1996, ele foi condenado à pena de dez anos e seis meses de prisão, protelado, contudo, o seu cumprimento pela interposição de vários recursos. O caso foi, então, levado por Maria da Penha ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejil) e ao Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), que o encaminharam à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos – OEA. Esta Comissão acatou, pela primeira vez desde a sua criação, denúncia de crime de violência doméstica – caso n. 12.051. No curso do processo, o Brasil foi instado, por três vezes, a manifestar-se em relação às acusações, tendo se omitido em todas elas. Em conseqüência, no ano de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou o Relatório 54/2001, no qual aponta o descumprimento, pelo Estado brasileiro, de compromissos assumidos perante a comunidade internacional, relativos à adoção de medidas em favor das mulheres vitimizadas, condenando-o e responsabilizando-o por negligência e omissão em relação à violência doméstica e instando-o, ainda, à adoção de medidas para reverter o quadro de tolerância do Estado ante a violência doméstica contra a mulher[5]. Somente após esta condenação internacional de desrespeito aos direitos humanos é que o agressor de Maria da Penha, quase vinte anos depois dos crimes que cometera, passou a cumprir a sua pena.

Em 2005, Maria da Penha recebeu do Senado Federal, por indicação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, o prêmio "Mulher Cidadã Bertha

[5] Especialmente em relação ao caso concreto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos assim se pronunciou: "A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres".

Lutz", concedido àquelas mulheres que se destacam na defesa dos direitos das mulheres. Hoje, ela é coordenadora da Associação de Estudos, Pesquisas e Publicações da Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência – APAVV -, no Ceará, tendo se tornando um símbolo de luta na defesa dos direitos da mulher e contra a opressão patriarcal.

A condenação do Brasil foi decisiva para a promulgação da Lei 11.340 em 7 de agosto de 2006, originária do Projeto de Lei n. 4.559 de 2004. Esta Lei tem por base a previsão do rt. 226, § 8° da **Constituição Federal** que dispõe: "*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*". Busca, portanto, proteger a mulher como um dos membros integrantes da família, compreendida esta como a comunidade formada por pessoas que são ou se consideram unidas por laços parentais, consanguínios, afetivos ou por vontade expressa, cercados pela *intuite familiare.*

A nova Lei conforma-se, também, às convenções internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres ratificadas pelo Brasil. A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher- CEDAW[6], aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979, determina em seus dispositivos que os países signatários estão obrigados a criar mecanismos legais, sociais e culturais que visem à proteção integral dos direitos da mulher, em todos os campos de atuação, destacando que a ofensa à mulher é uma ofensa aos direitos humanos. Suas normas fundamentam-se na dupla obrigação de assegurar a igualdade entre homens e mulheres e na eliminação de todos os tipos de discriminação a que elas são submetidas.

Dentre as medidas propostas incluem-se as de incentivo à inclusão da mulher na vida pública e política do país, na representação de seus governos no plano internacional, no campo da educação, na esfera do emprego, saúde, assuntos relativos ao casamento e as relações familiares. Há previsão ainda de que sejam modificados os padrões de comportamento sócio-cultural de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos baseados na idéia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em papéis estereotipados de homens e mulheres.

As mesmas disposições foram albergadas na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, a "Convenção de Belém do Pará", de 1994[7], que, em seu artigo 1° define, de forma pioneira, a violência chamada de gênero, dispondo:

> Para efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher tanto no âmbito público como privado, que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica, na comunidade ou mesmo perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

---

[6] *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Womem.*

[7] Esta Convenção foi adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 09 de junho de 1994. No Brasil, foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 107/95 e ratificada em 27 de novembro de 1995. Sua promulgação pelo Presidente da República se deu pelo Decreto 1.973/96, sendo incorporada ao ordenamento jurídico nacional.

Assegura esta Convenção o direito de toda mulher a uma vida livre de violência, isto é, distante de toda forma de discriminação e na qual ela seja educada e valorizada, livre de padrões estereotipados de comportamentos. Previu, como obrigação dos Estados-parte, o desenvolvimento progressivo de programas destinados a conscientizar as pessoas sobre os problemas relacionados à violência e o implemento de medidas para garantir às mulheres por ela atingidas o acesso a programas de reabilitação à vida pública, privada e social.

Seguindo orientação da ordem internacional e atendendo às reivindicações dos movimentos feministas, o Brasil passou a adotar medidas em favor da mulher vitimizada. Foi por proposta de grupos feministas que se deu a criação das delegacias da mulher, constituindo-se, ainda hoje, na principal política pública de combate à violência contra as mulheres[8].

A Constituição Federal de 1988, interrompendo o tratamento discriminatório conferido às mulheres, especialmente pelo Código Civil, de 1916[9], hoje revogado, proclamou a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5°, inc. I), além de incorporar reivindicações relativas à família e o mercado de trabalho[10]. Relativo à violência, a Constituição Federal, na proteção dada à família, estabeleceu, como obrigação do Estado, assegurar assistência a cada um de seus integrantes, bem como o dever de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8°).

Grande importância teve para a questão da violência de gênero a edição, em 1995, da Lei n. 9.099, a Lei dos Juizados Especiais, que, em razão da pena, transformou aqueles crimes mais comuns do âmbito da violência contra a mulher, como a ameaça e a lesão corporal dolosa leve, em infrações de menor potencial ofensivo, alterando, ainda, a natureza da ação penal para os crimes de lesão corporal culposa e dolosa leve, antes de ação incondicionada, passando a ser condicionada à representação. Isso permitiu que nestas infrações, fosse utilizada a transação penal para a solução do conflito penal, com acordo envolvendo o infrator, realizados por proposta do Ministério Público de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Estigmatizou-se, com isso, a idéia da pena de "cestas básicas" e da impunidade nos crimes de violência familiar e doméstica contra as mulheres.

Em 2002, foi editada a Lei n. 10.455, que acrescentou, ao parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/95, a medida cautelar consistente no afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima, visando evitar que a permanência do agressor nos ambientes domésticos pudesse implicar reiteração da conduta.

Embora o Código Penal, em seu art. 61, inc. II, letras *e* e *f*, já considerasse como circunstância agravante da pena, ter o agente cometido o crime contra "ascendente,

---

[8] MACHADO, Lia Zanotta. **Atender vítimas, criminalizar violências. Dilema das Delegacias da Mulher.** Disponível em: ww w.unb.br/ics/Dan/Serie319empdf.pdf. Acesso: 17/08/2009.

[9] O CC/1916 tinha regras restritivas à mulher como: chefia da sociedade conjugal (art. 233), pátrio poder (art. 380) e do direito do marido à anulação do casamento quando ignorasse o defloramento da mulher (art. 219),

[10] Pode-se destacar, dentre as conquistas introduzidas na Constituição Federal, relativas aos direitos da mulher: a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, no âmbito da família (art. 226, § 5°), proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (art. 7°, XX), proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7°, XXX).

descendente, irmão ou cônjuge" ou "com o abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação ou de hospitalidade", em 2004, pela Lei n. 10.886, foi acrescentado o § 9° ao art. 129 daquele diploma legal, tipificando o crime de lesão corporal com o *nomen júris* "violência doméstica". A hipótese é prevista para a prática da lesão corporal que tem por vítima ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou pessoa com quem o agente conviva ou tenha convivido, ou, ainda, quando for praticada prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. A pena fixada, considerando a qualificação da conduta, foi de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano. Houve muita crítica a essa modificação, pelo fato de que não teria havido efetiva alteração no tratamento do agressor. A questão teve tratamento diverso com a edição da Lei n. 11.340/06, passando a pena a ser de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

A inserção do parágrafo ao art. 129 do Código Penal, criando o tipo "violência doméstica", suscitou opiniões divergentes na doutrina, também quanto à natureza da ação penal. Parte dela passou a sustentar que a "violência doméstica" seria forma qualificada de lesão, transformando a ação penal em pública incondicionada. Em sentido contrário, há aqueles que entendem que a ação relativa a essa violência continuava sujeita à representação do ofendido, seguindo a regra do art. 88 da Lei n. 9.099/95.

Quanto à vítima mulher, a questão tem tratamento específico na Lei n. 11.340/06, Lei que acrescentou também o § 11 ao art. 129 do Código Penal, prevendo uma nova causa de aumento da pena ao crime de lesão corporal leve resultante de violência doméstica ou familiar, quando cometido contra pessoa portadora de deficiência[11]. É pacífico na doutrina o entendimento de que essa majorante aplica-se independentemente do sexo do ofendido[12].

A qualificação dos crimes de violência doméstica contra a mulher como sendo de menor potencial ofensivo, a adoção, em relação a eles, do procedimento da Lei n. 9.099/95 e a forma como os seus institutos despenalizadores – conciliação e transação - estavam sendo aplicados, levou parte do movimento das mulheres e operadores do direito a um discurso de confronto e crítica aos Juizados, podendo ser destacados como representante desta corrente Maria Berenice Dias e Flávia Piovesan.

Em razão da pressão dos movimentos feministas e da recomendação do Comitê CEDAW[13] para a edição de lei específica sobre a violência doméstica contra as mulheres, foi promulgada, em 08 de agosto de 2006, a Lei n. 11.340, a Lei Maria da Penha.

2. A LEI N. 11.340/06

Esta Lei buscou tratar da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher de forma ampla, trazendo não apenas a definição da referida prática criminosa e

---

[11] O conceito de pessoa portadora de deficiência encontra-se nos arts 3 e 4 do Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989.

[12] JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

[13] O Brasil apresentou seu primeiro Relatório Nacional ao Comitê CEDAW em 2003, com as medidas adotadas pelo governo brasileiro a partir do ano de 1985. Dentre as recomendações do Comitê CEDAW ao Estado brasileiro no tocante à violência contra as mulheres, consta que o Brasil deveria adotar, sem demora, legislação sobre violência doméstica e tomasse medidas práticas para seguir e monitorar a aplicação desta lei e avaliar sua efetividade. http://www.agente.org.br/convençoes/cedaw/interna.php?area=30. Acesso: 10 nov. 2008.

regras sobre a cominação a ela de sanções penais, como também medidas de assistência, preventivas e protetivas à mulher vitimizada.

Compõem-se de sete títulos, estabelecendo seus objetivos, os titulares da relação regulada por ela, o âmbito de incidência e as regras de interpretação. Define a violência doméstica e familiar contra a mulher e a natureza dessa violação aos direitos humanos; as formas de violência, as medidas integradas de prevenção e de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar e o procedimento a ser adotado na Polícia, para o atendimento dessas vítimas. Define, ainda, as regras de procedimento em juízo, as medidas protetivas de urgência que obrigam ao infrator e aquelas em favor da ofendida. Traz, por fim, diretrizes para políticas públicas visando coibir a violência doméstica, além de regras referentes à assistência judiciária e a atuação de equipe multidisciplinar. Nos títulos referentes às "Disposições Transitórias" e "Disposições Finais", estabelece regras referentes à criação, organização, competência e atuação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e demais órgãos auxiliares a serem criados para o atendimento da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Estabelece a Lei n. 11.340/06, em seu artigo inaugural, o seu fim de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência contra a mulher. Inova ao definir as formas de violência que podem sujeitar a mulher – física, psicológica, sexual, patrimonial e moral -, constituindo grande avanço na proteção das mulheres, já que, até então, só se considerava violência doméstica a lesão corporal que ocasionasse dano físico ou à saúde.

Inova, também, esta Lei, ao estender a proteção legal aos relacionamentos homoafetivos. Conforme prevê, o amparo à mulher vítima da violência, no âmbito doméstico e familiar, independe de sua orientação sexual.

Introduzindo uma política de prevenção, a Lei n. 11.340/06 criou toda uma estrutura a ser implementada pelos órgãos estatais e organizações não-governamentais, por intermédio de um conjunto articulado de ações. Dentre as diretrizes a serem seguidas para a efetivação dessas medidas destacam-se: a integração entre os órgãos componentes do aparelho estatal; a promoção de estudos e pesquisas atinentes às causas, conseqüências e freqüência da violência doméstica e familiar; a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres; e, a realização de campanhas educativas de prevenção direcionadas à sociedade em geral.

Em medida polêmica, afasta a incidência da Lei n. 9.099/95 nas infrações derivadas da violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, retirando estas ocorrências, ainda que de menor potencial ofensivo, da competência dos Juizados Especiais Criminais. Veda, ainda, a aplicação de penas alternativas como a entrega de cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Em capítulo destinado à assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, prevê a Lei a inclusão daquelas mulheres que se encontram em situação de violência doméstica e familiar, em programas assistenciais do governo. Além disso, atento ao fato de que por vezes as mulheres acabam perdendo o emprego por conta das inconvenientes e constrangedoras perseguições e humilhações sofridas em seus locais de trabalho, o legislador atribui ao juiz poderes para ordenar a manutenção do vínculo trabalhista por até seis meses, se necessário o afastamento da mulher e, ainda, o acesso prioritário a remoção quando servidora pública.

Para proporcionar às vítimas da violência maior amparo, foi previsto um rol de medidas a serem adotadas pela autoridade policial que toma conhecimento da ocorrência, como: garantir a ela proteção policial; quando necessário encaminhar a ofendida ao hospital, posto de saúde e ao Instituto Médico Legal, fornecer-lhe transporte para local seguro se houver risco de vida, acompanhando-a ao local dos fatos para retirada de seus pertences e informando-a dos direitos conferidos pela lei.

Embora positivas, algumas dessas medidas são tidas pelos operadores do direito como sendo de pouca utilidade prática, distante da concretização, face à realidade brasileira. Sustenta-se que a falta de estrutura do Estado, que conta com insuficiente número de agentes policiais e deficiência de recursos e viaturas, inviabiliza a garantia de proteção policial e o fornecimento de transporte e abrigo às vítimas da violência[14].

Prevê a Lei que feito o registro da ocorrência referente à violência de gênero, além das providências já previstas no Código de Processo Penal, as autoridades policiais deverão remeter, no prazo de 48 horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida para a aplicação de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e medidas protetivas de urgência voltadas para a ofendida, a serem aplicadas por juiz, de imediato, em conjunto ou separadamente. Estabelece medidas de urgência a serem aplicadas ao agressor como a suspensão da posse ou restrição do porte de armas e o afastamento do lar, prevendo o cabimento da sua prisão preventiva, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal.

Admite a Lei, como meio de prova, os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde, servindo tais documentos para o oferecimento da denúncia ou queixa, além do deferimento das medidas protetivas de urgência. Estes documentos, todavia, não dispensam a juntada posterior do exame de corpo de delito para a comprovação da materialidade delitiva[15].

Outra inovação introduzida pela Lei Maria da Penha é a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência civil criminal, permitindo num mesmo processo, a punição do agressor na esfera criminal, assim como a adoção de medidas de natureza civil. Seguindo o exemplo da Lei n. 9.099/95, haverá possibilidade de realização dos atos processuais em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária local. Para os processos cíveis, o legislador confere à ofendida a opção de propor a ação no Juizado do seu domicílio ou residência, do lugar do fato em que se baseou a demanda ou do domicílio do agressor. Quanto aos processos criminais, aplicar-se-ão as regras de competência previstas na legislação processual penal.

3. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06

Desde sua entrada em vigor, a Lei n. 11.340/06 tem questionada a sua constitucionalidade por parte considerável dos operadores do direito. Para alguns deles, a pretexto de assegurar maior proteção às mulheres, a Lei utiliza um critério de

---

[14] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

[15] CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

discriminação, expressamente vedado pelo constituinte, ferindo o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 3°, IV, da Constituição Federal[16].

Critica-se essa postura do Estado que, ante a omissão na implementação dos direitos fundamentais, legisla estabelecendo as chamadas "ações afirmativas" para minimizar as discriminações que afetam minorias. Argumenta-se que no Estado Democrático de Direito todos os cidadãos são iguais em relação à titularidade de direitos fundamentais, tanto que a Constituição veda qualquer discriminação por motivo de sexo, equiparando homens e mulheres em direitos e obrigações. Assim sendo, ao pretender viabilizar para as mulheres o exercício dos direitos fundamentais, a legislação infraconstitucional teria criado uma desigualdade fundamental, excepcionando a implementação desses direitos em função do sexo[17].

Embora reconhecendo a fragilidade física da mulher e que, na maioria das vezes, a violência doméstica tem a mulher por vítima, ressalta-se que os homens também poderiam ser vítimas dessa espécie de agressão, sendo igualmente protegidos pela Constituição Federal que assegura à criação de mecanismos de coibição da violência doméstica e familiar em relação a todos os integrantes da família. Sob essa ótica, o Direito não poderia conferir tratamento diferenciado a um dos sexos, sob pena de violar preceito constitucional[18].

Partidários da inconstitucionalidade dessa Lei, João Paulo Sampaio e Tiago Abud chamam a atenção para as situações em que a violência doméstica ou familiar é praticada pelos pais contra os filhos(as) ou, ao contrário, filhos(as) contra os pais, considerando afronta à isonomia do § 6°, do art. 226 da Constituição Federal, proteger-se, com lei específica, apenas a filha agredida pelos pais e a mãe agredida pelos filhos(as). Para eles:

> [...] não é preciso muito esforço para se perceber que a legislação infraconstitucional acabou por tratar de maneira diferenciada a condição de homem e mulher e o *status* entre filhos que o poder constituinte originário tratou de maneira igual, criando, ai sim, a desigualdade na entidade familiar[19].

Sustentando essa corrente, juízes e tribunais vêm decidindo pela inconstitucionalidade da Lei n. 11.340/06. Alguns julgados foram marcados pelo excesso, como as decisões do juiz da Comarca de Sete Lagoas, Minas Gerais, Edilson Rumbelsperger Rodrigues, afastado temporariamente pelo CNJ que considerou grave o excesso de linguagem utilizado por ele em suas decisões[20]. O magistrado, além de

---

[16] CAMPOS, Roberta Toledo. **Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha**. Conferência, Seminário Regional do IBCCrim. Franca, 2006.

[17] SANTIN, Valter Foleto. **Igualdade constitucional na violência doméstica**. Disponível em: http://apmp.com.br/juridico/santin/ Acesso: 25/01/2010.

[18] CAMPOS, Roberta Toledo. **Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha**. Conferência, Seminário Regional do IBCCrim. Franca, 2006.

[19] FONSECA, Tiago Abud da, SAMPAIO, João Paulo de Aguiar. **A aplicação da Lei n. 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher**. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 14, n. 168, p. 4-5. Novembro. 2006.

[20] Foi impetrado Mandado de Segurança pelo próprio juiz e pela Associação dos Magistrados Mineiros perante o STF com o objetivo de anular a decisão do CNJ – MS 30320. O Ministro Marco Aurélio deferiu liminar para suspender o ato do CNJ, considerando ter sido

rejeitar queixas formuladas contra homens que agrediram as próprias mulheres, em seus despachos fez afirmações polêmicas como "*o mundo é masculino e assim deve permanecer*", que "*a desgraça humana começou no Éden por causa da mulher*" e que essa lei era "*um monstrengo tinhoso*", "*um conjunto de regras diabólicas*".

Em Mato Grosso do Sul, o magistrado Bonifácio Hugo Rausch, da comarca de Itaporã, declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade integral da lei, alegando, em suma, que ela "*criou discriminação, pois coíbe a violência contra a mulher e não a que porventura exista contra homens*". No Recurso em Sentido Estrito de n. 2007.0234422-4.0000-00, interposto da referida decisão, o Tribunal de Justiça daquele Estado, pela 2ª Turma Criminal, manifestou-se pela inconstitucionalidade da Lei, da seguinte forma:

> Percebe-se que a Lei Maria da Penha procurou criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica no seio da unidade familiar. Todavia atropelou importantes preceitos constitucionais. Primeiramente, o texto constitucional é permeado de vedações sobre discriminação, inclusive a sexual, que está expressa como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, entre os direitos e garantias fundamentais que a Constituição estabelece, está o de que o legislador está proibido de estabelecer diferenças entre homens e mulheres, pois o art. 5°, inciso I, prescreve que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. Portanto, não cabe a lei ordinária contrariar preceito constitucional ainda que provida de boas intenções. Tal discriminação é descabida, pois os homens também podem ser vítimas de violência doméstica e familiar.[21]

Também o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade da Lei 11.340/06, alegando que:

> Portanto, o que se veria, caso aplicada efetivamente a Lei, seria a consagração de tratamento privilegiado de uma das partes de uma relação jurídica bipolar que a Constituição preconiza seja tratada isonomicamente (art. 226, § 6° da CF). E isso, a par das distorções no tratamento mais rigoroso que se daria ao agressor da mulher em comparação com o que receberia o agressor do menino ou do idoso, nos leva ao reconhecimento da inconstitucionalidade da distinção protetiva calcada somente na diferença de sexo, o que fazemos, ademais, exercitando o que se costuma chamar de "controle difuso de constitucionalidade", que tem como característica a potencialidade de ser encetado por qualquer juiz ou tribunal diante de um caso concreto.[22]

---

inadequado o afastamento do juiz "porque as considerações tecidas o foram de forma abstrata, sem individualizar-se este ou aquele cidadão".

[21] TJMS – RESE – n. 2007.0234422 – 4 0000-00 – 2ª Turma Criminal – Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, j. 26.09.2007, fls. 74.

[22] TJSP – Mandado de Segurança n. 1.027.527.3/5 – 7ª Câmara do Quarto Grupo da Seção Criminal – Des. Relator Fernando Miranda, j. 28.06.2007. p. 20 e 21.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua vez, considerou que a destinação da Lei n. 11.340/06 apenas às mulheres constitui ofensa ao princípio da isonomia, superando-se a inconstitucionalidade nela existente com a ampliação de sua incidência, abrangendo inclusive os homens:

> [...] a Lei Federal n. 11.340/06 deve ser interpretada afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal de mulher nela existente. Basta ao intérprete afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação, para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças.[23]

Por outro lado, aqueles que se pautam pela constitucionalidade da Lei n. 11.340/06 concordam que não há afronta às garantias constitucionais na proteção a uma determinada classe de indivíduos, como as mulheres. Para os defensores dessa corrente, representada por Flávia Piovesan, Stela Valéria Soares de Faria Cavalcanti e Maria Berenice Dias, dentre outros, quando a Constituição Federal estabelece "*que todos são iguais perante a lei*", e que "*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*", não significa que a lei deva, de forma abstrata, tratar a todos igualmente, ignorando a existência de grupos especiais que encontram-se em situações diferenciadas.

Ao estabelecer essa igualdade perante a lei, sustenta-se que a Constituição cuida, expressamente, da denominada "*igualdade formal*", traduzida na elaboração e aplicação de normas que tratem a todos igualmente. Entretanto, ante a existência de grupos ditos "minoritários ou hipossuficientes", o Estado deve buscar a isonomia material, criando leis específicas e adotando políticas públicas, para que se alcance a verdadeira igualmente. Assim considerando, concluem:

> [...] a Lei Maria da Penha é um exemplo de ação afirmativa. Implementada no Brasil para a tutela do gênero feminino, justifica-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.[24]

Afirma-se que, com a adoção da Lei Maria da Penha, o país está concretizando o dever constitucional de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, além de sanar a omissão inconstitucional aos compromissos internacionais por ele assumidos em razão da Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, ratificada em 1984 e sua Recomendação Geral n.

---

[23] TJMG – Apelação criminal n. 1.0672.07.249317-0/001 – 1ª Câmara Criminal – Rel. Des. Judimar Biber, j. 21 nov. 2007.

[24] BARBOSA, Andressa Wanderley de Gusmão, CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **A constitucionalidade da Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://jus.2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10249. Acesso: 12/10/2009.

19, de 1992, e, ainda, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, ratificada em 1995.[25]

Para Maria Berenice Dias, a "igualdade de todos perante a lei" não conflita com o princípio da igualdade material, considerado por ela como "o direito a equiparação mediante a redução das diferenças sociais". Para ela é demagógico, para não dizer cruel, o questionamento que tem sido feito "sobre a constitucionalidade de uma lei afirmativa que tenta amenizar o desequilíbrio que ainda, e infelizmente, existe nas relações familiares, em decorrência de questões de ordem cultural[26].Considera que, assim como outros diplomas destinados à proteção de minorias hipossuficientes, a Lei n. 11.340/06 constitui forma de consolidar o princípio da isonomia, cuja observância implica no tratamento desigual aos desiguais[27].

Em favor da constitucionalidade da Lei n. 11.340/06 deve-se ter em conta que determinados sujeitos de direitos ou certas violações de direitos exigem uma resposta diferenciada, em respeito mesmo à diversidade e a diferença.

Visando colocar fim às controvérsias sobre a inconstitucionalidade dessa lei, o então advogado-geral da União, José Antônio Dias Toffoli, propôs, em 19 de dezembro de 2007, perante o Supremo Tribunal Federal, ação declaratória de constitucionalidade – ADC 19 -, assinada também pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, na qual se pede a reafirmação da constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Esta ação, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, fundamentou-se em uma série de decisões que apresentaram conclusões divergentes e desfavoráveis à Lei n. 11.340/06. A ação pediu a concessão de liminar objetivando fossem suspensos os efeitos de qualquer decisão que direta ou indiretamente negasse vigência à Lei, pedido que foi negado. Durante o período em que vem tramitando ganhou o reforço de instituições como o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que ingressaram como *amicus curiae* na ação que tramita no STF.

Aguarda-se seja esta ação julgada favoravelmente ao pedido do autor, reconhecendo, em definitivo, a constitucionalidade da Lei n, 11.340/06 e a sua adequação ao regime de proteção e garantias dos indivíduos, possibilitando a adoção de medidas legais que venham a assegurar a igualdade material de todas as pessoas.

4. AFASTAMENTO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI N. 9.099/95

Visando estabelecer um tratamento mais gravoso ao autor de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei n. 11.340/06 vetou, categoricamente, a incidência da Lei n. 9.099/95 nos seus procedimentos, independentemente da pena prevista para o crime configurado.

---

[25] PIOVESAN, Flávia, PIMENTEL, Silvia. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.correiodoestado.com.br/exibir.asp?chave=162094.1.9.17-10-2007. Acesso: 25 out. 2009.

[26] DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha** – Afirmação da igualdade. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br. Acesso em: 4/11/2009.

[27] LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. **Lei Maria da Penha: inconstitucionalidade por quê?** Disponível em: http://fdc.br/Artigos/..%5CArquivos/Artigos/11/ViolenciaDomestica.pdf. Acesso: 12 out. 2009.

Esta Lei, por determinação constitucional (art. 98, I), criou os Juizados Especiais Criminais, com competência para as infrações de menor potencial ofensivo[28], adotando formas de justiça consensuada – acordo cível de reparação de danos (art. 74) e transação penal (art. 76), como alternativas para a solução do conflito surgido com a prática dessas infrações, além da adoção do rito sumaríssimo (art. 81), nos processos instaurados nos Juizados Criminais.

A Lei n. 9.099/95 significou um grande avanço no sistema jurídico nacional ao adotar medidas despenalizadoras para aquelas infrações menos graves, incluindo, ainda, a suspensão condicional do processo para as infrações de menor e médio potencial ofensivo (art. 89) e a alteração da natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal dolosa leve e culposa, de pública incondicionada para pública condicionada à representação (art. 88).

Considerada a pena, grande parte dos delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, sujeitar-se-ia à incidência dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95. Crimes como lesão corporal dolosa leve e ameaça, mais freqüentes naquelas relações, pelo critério da pena seriam qualificados como infrações de menor potencial ofensivo, e poderiam resolver-se pelo o acordo de reparação dos danos, a cargo do infrator e em benefício da vítima, e/ou a transação penal, na qual o infrator submeter-se-ia a uma pena que não fosse a privativa de liberdade, sem acusação, sem processo e sem condenação. Não havendo acordo em um ou outro caso, e sendo proposta a ação, seria possível a suspensão condicional do processo por um período entre dois e quatro anos, findo o qual, se o beneficiado cumpriu as condições acordadas e não voltou a delinquir, dar-se-ia a extinção de punibilidade.

Embora os Juizados Especiais tenham contribuído para dar visibilidade à violência de gênero, a qualificação dos crimes dessa natureza como sendo de menor potencial ofensivo e a forma como os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 vêm sendo aplicados, originaram uma reação adversa e um discurso de confronto a esses Juizados pelos movimentos de mulheres e por especialistas como Flávia Piovesan e Maria Berenice Dias.

Afirma-se que, considerar os crimes que envolvem violência contra a mulher como sendo de "menor potencial ofensivo" significaria reforçar a discriminação que permeia o reconhecimento da violência contra a mulher na sociedade brasileira[29]. Argumenta-se que o fato de considerá-los como tal implica na banalização da violência contra a mulher e em um estímulo à impunidade. Além disso, denuncia-se a não correlação entre a pena advinda da transação penal, em geral "pena de cesta básica destinada a entidades assistenciais" e o potencial ofensivo da agressão, reforçando o sentimento de não-gravidade da violência cometida[30].

---

[28] Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

[29] PASINATO, Wânia. **Delegacia de defesa da mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça**. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down082.pdf>. Acesso: 13 set. 2009.

[30] PANDIARJIAN, Valéria. **Balanço de 25 anos da legislação sobre a violência contra as mulheres no Brasil**. Disponível em: htt://www.mulheres.org.br/violencia/valeriapdf.pdf Acesso em 13 set. 2009.

A Lei 11.340/06, absorvendo as críticas e os reclamos dos movimentos sociais, bem como as recomendações feitas ao Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório n. 54/2001, referente ao caso n. 12.051/OEA, definiu, em seu art. 41, o afastamento da Lei n. 9.099/95, independentemente da pena prevista para o tipo penal em questão, providência que é reforçada pela regra do art. 17 da Lei, ao vedar a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, assim como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Questão conflituosa tornou-se, na doutrina e na jurisprudência, a definição do alcance desses dispositivos. Discute-se se teria havido a vedação da aplicação de todos os institutos despenalizantes previstos na Lei dos Juizados Especiais, ou se seria possível a incidência da regra do art. 88, considerando pública condicionada a ação relativa ao crime de lesão corporal leve, e também a regra do art. 89, que criou a suspensão condicional do processo.

Há quem entenda que a Lei, no que se refere à previsão do art. 41, é incompatível com a Constituição Federal e o princípio da igualdade. Em conseqüência, defende-se que os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 deveriam ser integralmente aplicados no âmbito dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher[31].

Há, porém, aqueles que, considerando a interpretação sistêmica da Lei, entendem que a restrição do art. 41 não alcançaria as regras do art. 88 e do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais[32].

No que se refere à natureza da ação nos crimes de lesão corporal dolosa leve, a questão é mais ainda complexa, pois, não obstante a regra do art. 41 da Lei n. 11.340/06, os seus artigos. 12, I, e 16 estabelecem, respectivamente, o dever da autoridade policial, quando feito o registro da ocorrência, de tomar a termo a representação da vítima, quando apresentada, e a admissibilidade de renúncia à representação somente perante o juiz, em audiência especialmente designada para tal fim, antes do recebimento da denúncia e depois de ouvido o Ministério Público.

Estes dispositivos têm sido utilizados como justificativa para a aplicação, aos crimes de violência de gênero, da regra do art. 88, da Lei n. 9.099/95, adotando-se a ação penal pública condicionada à representação para as lesões corporais dolosas leves, decorrentes da violência de gênero.

Parte da doutrina, contudo, manifesta-se no sentido de que a ação nesses delitos teria retornado a sua natureza de origem, voltando a ser pública incondicionada. Argumenta-se que a representação tratada nos dispositivos da Lei Maria da Penha refere-se a outros delitos, como o de ameaça ou contra a liberdade sexual ou a honra da mulher, sujeitos a essa condição de procedibilidade por exigência do Código Penal[33]. Para esta corrente, toda a Lei n. 11.340/06 e seus institutos foram previstos no sentido do maior agravamento do tratamento dado aos agressores. Considera-se que a

---

[31] SILVA, C. D. M. Lei Maria da Penha, Lei de drogas e temas variados. **Revista Jurídica**. São Paulo: ESMP, 2007; KARAM, Maria Lúcia. **Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**. Boletim do IBCCrim, São Paulo, ano 14, n. 168, p.6-7, novembro. 2006.

[32] HERMANN, L. **Maria da Penha, lei com nome de mulher: considerações à Lei n. 11.340/2006**. Campinas: Servanda Editora, 2007, p. 103.

[33] GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. **Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima**. Disponível em: http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965 Acesso: 12 mar. 2009.

interpretação sistemática do ordenamento jurídico com referência aos princípios que regem a matéria e aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, permite entender que tais crimes não mais dependem da vontade das vítimas para o seu processamento[34].

Fundamentando-se no conteúdo político-social contido no art. 1° da Lei n. 11.340/06 e na prevalência do interesse público traduzido na coibição da violência doméstica, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pela sua Segunda Turma Criminal, expressou seu entendimento da seguinte forma:

> [...] os delitos de lesão corporal simples e culposa cometidos no âmbito doméstico e familiar contra a mulher são de ação pública incondicionada, reservando-se a aplicação do art. 16 àqueles crimes em que a atuação do Ministério Público fica vinculada ao interesse privado da vítima em punir o seu ofensor.[35]

Por outro lado, a doutrina que se pauta pela exigência da representação do ofendido, sustenta que ao afastar a incidência da Lei n. 9.099/95, o propósito do legislador foi o de apenas eliminar a aplicação das medidas despenalizadoras, consideradas inadequadas ao procedimento dos crimes de violência de gênero, notadamente o uso das penas alternativas à privação da liberdade.

A exigência de representação, justificada por ser medida que concorre em favor da vítima, constitui medida de política criminal inerente à tradição do nosso processo penal e em consonância com a tendência brasileira de um Direito Penal de Intervenção Mínima. Pondera-se que caso fosse a intenção do legislador afastar a representação nesses crimes, ele teria estabelecido a ação penal pública incondicionada para a generalidade dos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, especialmente aqueles mais graves, como o crime de estupro[36]. Sustenta-se, ainda, que a investigação Criminal e a instauração de uma ação penal sem a anuência da ofendida poderiam perturbar ainda mais a paz familiar e dificultar eventual intenção de reconciliação[37].

Manifestando-se em favor da permanência da representação, o Tribunal de Justiça do Mato Grasso do Sul, em julgamento do Habeas Corpus n. 2007.013368-5/0000-00, decidiu que:

> Não havendo termo de representação da vítima que demonstrou interesse em não representar contra o autor dos fatos, deve-se trancar a ação penal ante a ausência de condição específica de procedibilidade, necessária para a instauração da ação penal por crime

---

[34] GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; LIMA, Fausto Rodrigues de. **A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica**. Disponível em http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8912 Acesso em: 12 mar. 2009.

[35] TJDFT – HC n. 2007.00.2.004002-2 – 2ª Turma Criminal – Rel. Nilsoni de Freitas Custódio, j.28.06.2007. p. 9 e 10.

[36] FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Aspectos polêmicos da Lei de Violência Doméstica ou familiar contra a mulher (Lei n. 11.340/06)**. Boletim do IBCCrim, São Paulo, ano 14, n. 171, p. 14-15. Fevereiro. 2007.

[37] JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 28. Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

> de lesão corporal resultante de violência doméstica ou familiar contra a mulher.[38]

Com divergência de entendimento entre suas Turmas, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, também decidiu que:

> [...] não há dúvida de que a todo momento deve ser buscada a pacificação social e a estabilidade das relações familiares, inclusive como forma de preservação da dignidade da pessoa humana. Esse é o objetivo maior a ser alcançado. Neste caso, a interpretação literal cede espaço à compreensão sistemática do ordenamento. Por tudo isso, entendemos que apesar das alterações legislativas, a ação penal relativa ao crime de lesão corporal permanece condicionada à representação da vítima.[39]

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a sua Segunda Câmara Criminal tem decidido favoravelmente à exigência de representação da vítima nos crimes de lesão corporal dolosa leve, decorrente da violência doméstica e familiar contra a mulher[40]. Neste sentido, também já decidiram o Tribunal de Justiça de Minas Gerais[41] e do Rio Grande do Sul[42].

Sem dúvida alguma, uma das principais polêmicas travadas em torno da aplicação da Lei Maria da Penha diz respeito à natureza da ação penal relativa ao crime de lesão corporal leve decorrente de violência doméstica contra a mulher, questão que mereceu entendimentos divergentes no Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que se observa nos Tribunais estaduais.

Embora inicialmente se tenha entendido ser a ação penal pública incondicionada[43], a jurisprudência do Superior Tribunal tem-se firmado no sentido de que é imprescindível a representação da vítima para propor ação penal naqueles crimes. Tanto a Quinta[44] quanto a Sexta[45] Turmas, que formam a Terceira Seção do Tribunal[46],

---

[38] TJMS – HC n. 2007.013368-5/0000-00 – 2ª Turma Criminal – Rel. Romero Osme Dias Lopes, j.04.07.2007. TJMS – RESE n. 2010.038807-7 – 2ª Turma Criminal – Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

[39] TJDFT – RCL – Reclamação n. 2007.00.2.004031-8 – 1ª Turma Criminal – Rel. César Loyola, j. 12.07.2007. p. 5.

[40] TJSP – SER 01095016.3/6 – 2ª Câmara Criminal do 1° Grupo de Câmara da Seção Criminal – Rel. André Carlos, j. 28.02.2008. p. 2; TJSP - Habeas Corpus 01086163.3/5-0000-000, 2ª Câmara do Primeiro Grupo de Seção Criminal – Rel. Des. Francisco Orlando, j. 30.07.2007. p. 2-4.

[41] TJMG. Recurso em Sentido Estrito n. 1.0024.07.592023-1/001(1). Rel. Des. Paulo Cézar Dias; TJMG - 5° C. – RESE 1.0210.08.048129-9/001(1) – Rel. Des. Adilson Lamounier – j. 20.01.2009 – DOE 02.02.2009.

[42] TJRS. Recurso em Sentido Estrito n. 700. Rel. Des. Vladimir Giacomuzzi.

[43] STJ – 6° T. - HC 106. 805-MS – Rel. Min. Jane Silva. Julgado em 03/02/2009; STF - 5° T. – HC 84831/RJ HC 2007/0135839-3 – Rel. Min. Felix Fischer – Dje 05/05/2008.

[44] STJ - 5° T. - HC 110965 – Rel. Min. Laurita Vaz (vencida); STJ - 5° T. HC 137.620 – Rel. Min. Félix Fischer – j. 08.09.2009 – DJe 16.11.2009.

[45] STJ - 6° T. – HC 96601 – Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Dje 22/11/2010; STJ - 6° T. – HC 145473 – Rel. Min. Og Fernandes; STJ - 6° T. – HC 124106 – Rel. Min. Celso Limongi – Dje 15/03/2010.

vêm interpretando que a Lei Maria da Penha é compatível com o instituto da representação, peculiar às ações penais públicas condicionadas.

Com o objetivo de afastar a aplicabilidade da Lei n. 9.099/95 aos crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha, bem como para determinar que o crime de lesão corporal de natureza leve cometido contra mulher seja processado mediante ação penal pública incondicionada, o Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, propôs, no dia 07 de junho de 2010, junto ao Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN 4424, com pedido de medida cautelar. A Relatoria, por prevenção, é do Ministro Marco Aurélio de Mello.

O pedido do Procurador-Geral está fundamentado na necessidade de se dar interpretação conforme à Constituição Federal aos artigos 12, I; 16; 17 e 41 da Lei n. 11.340/06. Ressalta o autor na ação que a referida norma do art. 41 "foi uma resposta a um quadro de impunidade de violência doméstica contra a mulher, gerado, fortemente, pela aplicação da Lei n. 9.099/95". Afirma na ADIN que a única interpretação compatível com a Constituição Federal e com o fim da norma em tela é a de se adotar, no crime cometido contra a mulher, a ação penal pública incondicionada. Ressalta que em caso contrário, estar-se-ia utilizando interpretação que importa em violação ao "princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais da igualdade, à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares". Segundo o Procurador-Geral, condicionar a ação cabível naquelas infrações à representação traria para a vítima "efeitos desproporcionalmente nocivos". Afirma ele que, no caso de violência doméstica tem-se a um só tempo, grave violação a direitos humanos e à expressa previsão constitucional de o Estado coibir e prevenir sua ocorrência.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu questão, pela qual se é possível antever a provável decisão das duas ações constitucionais que tramitam perante aquele órgão, cujo objeto é a definição da constitucionalidade da Lei Maria da Penha e de alguns de seus dispositivos – a ADC 19 e a ADIN 4424. No Habeas Corpus de n. 106212, julgado em 24 de março de 2011, o Plenário do STF declarou, por unanimidade, a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/06, não concedendo a ordem pleiteada e afastando a incidência da suspensão condicional do processo e das demais medidas despenalizadoras da Lei n.9.099/95. No Habeas Corpus, questionava-se decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ-, que por sua vez, havia reiterado decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e do Juiz da condenação, na qual se negava a aplicabilidade da suspensão condicional do processo, em crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo o Ministro Relator Marco Aurélio, a constitucionalidade desta norma dá concretude, entre outros, ao art. 226, § 8°, da Constituição Federal, que dispõe sobre a proteção que o Estado deve assegurar à família, "na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Destacou o Ministro em seu voto o entendimento de Ruy Barbosa, de que a regra da igualdade é tratar desigualmente os desiguais, considerando que a mulher, ao sofrer violência no lar, encontra-se em situação desigual perante o homem e necessita de proteção especial.

A questão é debatida também no Legislativo, estando em trâmite, na Câmara Federal, projeto de lei que propõe a alteração do art. 16 da Lei 11.340/96, de autoria da

---

[46] STJ – 3ª Seção – R.Esp. 1.097.042/DF – Decisão em: 24.02.2010.

Deputada Federal Dalva Figueiredo (PT/AP). A proposição busca reafirmar os objetivos iniciais da elaboração da Lei Maria da Penha e, ainda, tornar mais clara a norma, de modo a impedir interpretações divergentes. Estabelece como regra a ação penal pública incondicionada, fixando, no primeiro parágrafo do referido art. 16, que se procederá "mediante representação da ofendida apenas nos caso de ameaça ou naqueles que resultam lesões leves ou culposas". O parágrafo segundo, introduzido pelo Projeto, propõe que "só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público".

Por outro lado, no mês de abril deste ano de 2011, o Senado Federal aprovou projeto de lei que permite a terceiros registrar queixa em favor de mulheres agredidas pelos companheiros. Segue agora para análise da Câmara de Deputados Federais. ,0Com esta mudança, qualquer testemunha da agressão pode procurar a Polícia para registrar a ocorrência em favor da agredida, com base na Lei Maria da Penha. Este procedimento dá-se como forma de assegurar a incondicionalidade da ação nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

No que se refere à aplicação da "suspensão condicional do processo", instituto despenalizador previsto no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais, o Superior Tribunal de Justiça, de forma geral, vinha decidindo que o art. 41 da Lei 11.340/06 teria afastado a incidência dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive da suspensão condicional do processo, o *sursis processual*[47].

Entretanto, em julgamento recente, datado de 18 de janeiro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem pleiteada no Habeas Corpus de n. 154801, para a aplicação da suspensão condicional do processo, considerando que esta providência não resultaria no afastamento ou diminuição das medidas protetivas em favor das mulheres, previstas na Lei Maria da Penha. Segundo o Relator, Desembargador convocado Celso Limongi, isto se dá porque, se o agente descumpre as condições impostas, o benefício pode ser revogado; e, se reincidir na conduta, não poderá contar, uma segunda vez, com o "sursis processual". Esta decisão contrariou o entendimento até então dominante na Sexta Turma daquele Tribunal, de que não se admitia a aplicação da suspensão, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, aos casos relacionados à violência doméstica contra a mulher. O Relator considerou que o julgamento deveria dar-se pela relativização da aplicação da norma do art. 41 da Lei n. 11.340/06, entendimento aceito por parte da doutrina, segundo o qual, ambas as leis – Lei n. 11.340/06 e Lei n. 9.099/95 - estão no mesmo patamar de hierarquia e a constitucionalidade da Lei n. 11.340/06 não implica necessariamente na proibição de todas as normas processuais previstas na Lei n. 9.099/95.

No mesmo sentido desta decisão do STJ, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pela sua Primeira Câmara Criminal, acolheu o pedido de condenado pelo crime de lesão corporal leve, praticada contra ex-companheira, e anulou o processo a partir do momento seguinte ao interrogatório, determinando fosse realizada uma audiência especial para fins de ser feita a proposta de suspensão condicional do

[47] STJ - 5° T. – HC 142017/MG Habeas Corpus 2009/ 0137397-6 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Djee 01/02/2010. STJ – 6° T. – HC 109547/ES Habeas Corpus 2008/0139036-5 – Rel. Min. Jane Silva – Dje: 10/11/2009.

processo[48]. O Desembargador Relator Cairo Ítalo França David valeu-se, no seu voto, de orientação extraída da Consolidação dos Enunciados Jurídicos Criminais, elaborada naquele Estado para a interpretação dos dispositivos da Lei n. 11.340/06. Nela, superando o entendimento inicial pela inconstitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, aceita-se a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 aos casos considerados de violência de gênero, inclusive a suspensão do processo.

A divergência observada nas decisões dos diferentes Tribunais, marcada, ainda, pela posição contraposta do Supremo Tribunal Federal, está a indicar a necessidade da uniformização da interpretação dos dispositivos da Lei 11.340/06, como forma de se assegurar a efetividade da Lei e dos mecanismos trazidos por ela, para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

5. ALCANCE DA PROTEÇÃO ESTABELECIDA NA LEI 11.340/06

A Lei n. 11.340/06 considera como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer agressão (ação ou omissão) baseada no gênero, praticada no âmbito doméstico, familiar ou de intimidade, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Define, esta Lei, as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, considerando: violência física como qualquer conduta que ofenda a sua integridade ou a sua saúde corporal, como tapas, socos, pontapés e empurrões; violência psicológica como sendo conduta que cause dano emocional e a diminuição de autoestima ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou, ainda, que cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; violência sexual corresponderia àquelas condutas que limitam ou anulam o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, como ameaças e coações que a obriguem de maneira constrangedora a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, bem como manipulações e coações que a induzam a comercializar ou utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, impeçam-na de usar qualquer método contraceptivo e a forcem ao matrimônio, gravidez, aborto ou prostituição; patrimonial, por sua vez, é a violência consistente em condutas que configurem retenção, subtração e destruição de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos da mulher vitimizada, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; por fim, violência moral como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Para sujeitar-se à incidência da Lei, deve a violência ser perpetrada no âmbito doméstico, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, contra mulher, qualquer que seja sua orientação sexual. Nos termos da Lei, unidade doméstica deve ser compreendida como o lugar onde há o convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive esporadicamente agregadas; âmbito familiar, por sua vez, deve ser compreendido como o espaço envolvendo relações entre pessoas que são ou se consideram aparentados, unidas por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; e, por fim, relação íntima de afeto aquela na qual o agressor convive ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

A doutrina nacional e também os julgados dos nossos tribunais têm dado interpretação ampla aos conceitos de "âmbito doméstico, familiar e relações de afeto",

[48] TJRJ - 1° C. AP 200805001364 – Rel. Des. Cairo Ítalo França David – j. 21.08.2008.

especialmente em razão do inc. III do art. 5° da Lei n. 11.340/06, quando afirma ser a relação íntima de afeto independente de coabitação. Avança, assim, a legislação brasileira em relação aos limites estabelecidos na Convenção de Belém do Pará, que prevê em seu art. 2°, 1°, que a violência contra a mulher deve ter ocorrido "dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher".

Conforme observa Guilherme de Souza Nucci, "exige-se, no texto da Convenção, a existência de coabitação atual ou passada. Na Lei 11.340/06 basta a convivência presente ou passada, independentemente de coabitação". Considera este autor, contudo, ser inaplicável o dispositivo do inc. III do art. 5° da Lei para efeitos penais, argumentando que se o agressor e a vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica[49].

Contrário a esse entendimento, a doutrina vem apontando as pessoas e relações que podem estar compreendidas no conceito de "violência doméstica e familiar", bem como aquelas que podem estar incluídas no rol das "relações íntimas de afeto". Leda Maria Hermann destaca que "são comuns as práticas abusivas por maridos, companheiros, noivos, namorados, amantes e todos os respectivos 'ex', resultado da ampla licença social dos homens para punir fisicamente suas mulheres"[50].

Também o Superior Tribunal de Justiça, seguindo a doutrina predominante, atribui extensão ampla aos referidos conceitos. Tem este Tribunal decisão considerando aplicável a Lei n. 11.340/06 à esposa[51], à ex-esposa que já não habitava com o ex-cônjuge havia um ano[52], à companheira e à filha do agressor[53], à ex-companheira[54] e à mãe[55].

A maior controvérsia, contudo, é gerada pelas situações envolvendo casais de namorados e ex-namorados, devendo a hipótese estar inserida no âmbito das "relações íntimas de afeto que conclua convivência", para ser possível a aplicação Lei Maria da Penha. Segundo os julgados daquela Corte, são três as correntes que se formaram quanto à aplicação da Lei nestes casos: 1. a Lei não é aplicável às relações de namoro; 2. a Lei é aplicável aos namoros; 3. A Lei poderá ser aplicada aos namoros, desde que o caso concreto evidencie nexo de causalidade entre a violência perpetrada e a relação de intimidade e de afeto entre vítima e agressor.[56]

---

[49] NUCCI, GUILHERME DE Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

[50] HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha – Lei com nome de mulher**. Campinas: Servanda, 2007, p. 103 e 238.

[51] HC 113608/MG – Habeas Corpus 2008/0181162-2, Relator Ministro Celso Limongi, 6ª Turma, Dje 03/08/2009.

[52] HC 109547/ES – Habeas Corpus 2008/0139036-5, Relatora Ministra Jane Silva, 6ª Turma, DJ 10 nov. 2009.

[53] HC 132379/BA – Habeas Corpus 2009/0056969-6, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 15 jun. 2009.

[54] CC 102832/MG – Conflito de Competência 2009/0016941-4, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, Dje 22 abr. 2009.

[55] HC 108437/DF – Habeas Corpus 2008/0128578-0, Relator Ministro Nilson Naves, 6ª Turma, Dje 16 fev. 2009.

[56] CASTRO, Alexandra Pinheiro de. **Os primeiros anos de Lei Maria da Penha:** a aplicação, pelo Superior Tribunal de Justiça, da lei que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. IBCCrim. P. 2.

No Conflito de Competência n. 95057/MG (CC 2008/0075131-5), da Relatoria do Ministro Jorge Mussi, a 3ª Seção do STJ entendeu que:

> [...] Não resta configurada na espécie a hipótese prevista no aludido dispositivo legal, já que o namoro, muitas vezes efêmero, não se insere, em regra, ao conceito de relação íntima de afeto. Apesar de ser desnecessária à comprovação do aludido vínculo a coabitação entre agente e vítima, verifica-se que a intenção do legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, foi de dar proteção à mulher que tenha sofrido agressão decorrente de relacionamento amoroso, e não de relações transitórias, passageiras.

Entendimento em sentido oposto, e que se repete em uma significativa gama de julgados, foi adotado pela 6ª Turma da Corte, no HC 92875/RS (HC 2007/0247593-0, da Relatoria da Ministra Jane Silva, considerando que a relação de afeto entre agressor e vítima pode, inclusive, ser esporádica e que o término do convívio não constitui óbice à incidência da Lei Maria da Penha.

Há, ainda, o entendimento de que a aplicabilidade da Lei n. 11. 340/06 às relações de namoro exige a observância dos elementos que caracterizam o relacionamento entre agressor e vítima, não incidindo indistintamente em qualquer relação que se qualifique como tal. Neste sentido, foi decidido pela 3ª Seção do STJ, no CC 100654/MG (CC 2008/0247639-7), da Relatoria da Ministra Laurita Vaz, que:

> [...] necessário se faz salientar que a aplicabilidade da mencionada legislação a relações íntimas de afeto como o namoro deve ser analisada em face do caso concreto. Não se pode ampliar o termo – relação íntima de afeto – para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico. (....) *In casu*, verifica-se nexo de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre agressor e vítima que estava sendo ameaçada de morte após romper namoro de quase dois anos, situação apta a atrair a incidência da Lei n. 11.340/06 [...].

Vale destacar, há acórdão do STJ considerando que se a namorada não for "vulnerável", não teria a proteção da Lei Maria da Penha. No Conflito de Competência 96533/MG (CC 2008/0127028-7), da 3ª Seção, Relatoria do Ministro Og Fernandes, afirma-se que:

> [...] No caso, não fica evidenciado que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher, que é o fundamento de aplicação da Lei Maria da Penha. Sendo motivo que deu origem às agressões mútuas o ciúmes da namorada, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize hipótese de incidência da Lei n. 11.340/06.

A divergência havida na doutrina e nos julgados dos tribunais nacionais levaram à proposta de Projeto de Lei, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados Federais em 14 de dezembro de 2010, de autoria da Deputada Elcione Barbalho (PMDB/PA), incluindo namoradas e ex-namoradas sob a proteção da Lei Maria da Penha, considerando que o namoro configura relação íntima de afeto das pessoas.

Ainda quanto ao alcance da Lei n. 11.340/06, pode-se analisar a interpretação que está sendo dada, pela doutrina e pela jurisprudência, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação e da proteção trazidas pela Lei.

Em relação ao sujeito ativo da violência doméstica ou familiar contra a mulher, fica claro, pela exegese da Lei, que o seu propósito foi o de proteger a mulher em face de seu agressor- homem. Contudo, não há em seu texto nenhuma restrição nesse aspecto, sendo reconhecida a possibilidade de que também a mulher possa figurar como agressora de outra mulher, no âmbito doméstico e familiar, permitindo, dessa forma, a incidência da Lei Maria da Penha.

Assim, na comarca de Taubaté, Estado de São Paulo, foi aplicada a Lei pelo juiz da Vara de Família e Sucessões, para a proteção de uma menor agredida por sua tutora, acatando pedido do defensor público Saulo Dutra Oliveira[57]. Também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu pela aplicação da Lei Maria da Penha no caso de agressões entre sogra e nora[58] e entre mãe e filha[59].

Pode, também, incidir a Lei em casos de violência nas relações homoafetivas entre duas mulheres. No seu próprio texto, o parágrafo único do art. 5° prevê que a proteção à mulher contra a violência, independe da orientação sexual dos envolvidos. Assim, encontra-se sob a proteção do diploma legal em estudo a mulher homossexual, quando vítima de agressão perpetrada pela parceira, no âmbito da família – cujo conceito foi nitidamente ampliado pelo inciso II do mencionado artigo, para incluir também as relações homoafetivas[60].

Quanto ao sujeito passivo, define o *caput* do art. 5° da Lei n. 11.340/06 que o sujeito protegido é a mulher, restando claro que esta Lei tem por escopo a proteção da "mulher contra atos abusivos decorrentes de preconceito ou discriminação resultante de sua condição feminina, não importando se o agressor é homem ou mulher"[61]. Alcança esta proteção não só a mulher-adulta, mas também a mulher-criança, a mulher-adolescente e a mulher-idosa.

Há, contudo, decisões reconhecendo também a aplicação da Lei Maria da Penha para a proteção de homem. Uma das decisões pioneiras neste sentido foi proferida pelo juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, Mato Grosso, para proteção de um homem que alegava estar sofrendo agressões físicas, psicológicas e financeiras por parte de sua ex-mulher. No caso, o juiz determinou que a agressora estava impedida de se aproximar do ex-marido a uma distancia inferior a 500 metros, incluindo a sua moradia e local de trabalho e o descumprimento levaria ao enquadramento da conduta no crime de desobediência, podendo levar inclusive à prisão[62]. Também na cidade de Crissiumal, Rio Grande do Sul, o juiz Alan Peixoto determinou que

---

[57] Lei Maria da Penha é aplicada contra tutora de menor. **Consultor Jurídico**. 21.10.2009. Texto disponível em WWW.conjur.com.br. Acesso em 22.10.2009.

[58] TJRJ – 2ª C. – CC 2009.055.00320 – Rel. Kátia Jangutta – j. 03.09.2009.

[59] TJRJ – 8ª C. – CC 2009.055.00401 – Rel. Gilmar Augusto Teixeira – j. 30.09.2009.

[60] CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica.** Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 31.

[61] HERMANN. Leda Maria. **Maria da Penha –** Lei com nome de mulher. Campinas: Servanda, 2007. P. 101.

[62] Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem. **Consultor Jurídico**. 31.10.2008. Texto disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 01.11.2008.

a ex-companheira do beneficiado com a medida permanecesse longe dele a uma distancia mínima de 50 metros. O representante do Ministério Público da referida comarca impetrou Habeas Corpus junto ao Tribunal de Justiça daquele Estado, em favor da mulher, com pedido de liminar. A medida, porém, foi indeferida pelo Desembargador Newton Brasil, da 3ª Câmara Criminal daquele Tribunal[63]. O Judiciário gaúcho concedeu, ainda, diversas medidas protetivas da Lei Maria da Penha a um menino de seis anos de idade, acolhendo o juiz do Fórum Central de Porto Alegre o parecer do Promotor de Justiça Mauro Fonseca Andrade para proibir o pai agressor de aproximar-se dele a menos de 100 metros[64]. E, ainda, na Comarca de Praia Grande, Estado de São Paulo, a juíza Luciana Viveiros Corrêa dos Santos Seabra determinou que dona de casa permanecesse afastada de seu ex-marido a 100 metros, sob pena de multa de R$ 100,00, aplicada cada vez que fosse desrespeitada a imposição, conforme notícia divulgada pelo jornal A Tribuna daquela localidade, do dia 04 de outubro de 2009.

Embora a questão seja complexa, tem-se entendido também pela aplicação da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas entre dois homens. O que se pode questionar, no caso, é se prevaleceria a masculinidade biológica ou a feminilidade psicológica daquele agredido pelo companheiro.

Para Maria Berenice Dias:

> Diante da nova definição legal, não mais se justifica que o amor entre iguais – tanto de *gays* como de lésbicas – seja banido do âmbito da proteção jurídica, uma vez que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica. A realidade demonstra que a unidade familiar não se resume apenas a casais heterossexuais. As uniões homoafetivas já galgaram o status de unidade familiar. A legislação apenas acompanha essa evolução para permitir que, na ausência de sustentação própria, o Estado intervenha para garantir a integridade física e psíquica dos membros de qualquer forma de família.[65]

No âmbito do Judiciário, já é possível encontrar decisões favoráveis nessa área. Na comarca de Rio Pardo, Estado do Rio Grande do Sul, em decisão pioneira datada de 23 de fevereiro de 2011, o juiz Osmar Aguiar Pacheco aplicou a Lei Maria da Penha à relação homossexual, concedendo medida protetiva a homem que afirmava estar sendo ameaçado por seu companheiro, determinando a proibição de aproximação a menos de 100 metros da vítima. Reconheceu, ainda, a competência do Juizado de Violência Doméstica para a jurisdição do processo[66]. Também na comarca do Rio de Janeiro, o juiz da 11ª Vara Criminal, Alcides da Fonseca Neto, aplicou a Lei Maria da Penha para resolver briga envolvendo casal de *gays* que estavam juntos há três anos. Na última agressão, datada de 30 de março deste ano, o agressor foi preso em flagrante,

---

[63] Juiz estende Lei Maria da Penha a um homem. **Consultor Jurídico**. 04.08.2009. Texto disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 5 ago.2009.

[64] Menino recebe medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha. **Âmbito Jurídico**. 22.09.2009. Texto disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em 23.09.2009.

[65] DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.p. 38.

[66] Juiz aplica Lei Maria da Penha para casal homossexual no RS. **Folha.com**. **Cotidiano**. 25.02.2011. Disponível em: http://tools.folha.com.br/print?site=emcimadahora

denunciado pelo Ministério Público e obteve o benefício da liberdade provisória sem fiança. Contudo, teve de assinar termo de compromisso para manter uma distância de 250 metros do companheiro. O juiz entendeu no caso, que a medida era necessária para resguardar a integridade física da vítima[67].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 11.340/06 foi editada em cumprimento ao dever constitucional do Estado brasileiro de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, sanando omissão que afrontava os compromissos internacionais assumidos por ele.

Apesar das discussões doutrinárias e a divergência nos julgados sobre alguns de seus institutos, esta Lei tem sido aplicada e os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, criados por ela, estão sendo instalados em todo país.

Muito aplaudida por diversos segmentos da sociedade, constitui um instrumento de valia na luta contra o problema histórico-cultural da violência de gênero, que vitimiza uma quantidade imensa de mulheres todos os dias, em todos os cantos do país.

Embora ainda não seja possível concluir se os seus mecanismos são aptos a assegurar a necessária proteção às mulheres, a nova Lei parece atender aos reclamos da sociedade. A análise feita, referente aos posicionamentos doutrinários e aos julgamentos dos tribunais, indica que tem havido o enfrentamento do problema e aguarda-se que a Lei venha atender aos fins a que se dirige: "coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher".

REFERÊNCIAS

AMICO, Carla Campos. Violência doméstica e familiar contra a mulher: necessidade de representação da vítima em caso de lesão corporal leve e culposa, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 14, n. 170, p. 18-19, jan. 2007.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito Penal simbólico e a Lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. **Boletim do IBCCrim.** São Paulo, v. 14, n. 167, p. 10, out. 2006.

ARROYO ZAPATERO, Luis. **Violência de gênero e direito penal**. São Paulo: IBCCrim, 2006. Palestra. 12º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

AZEVEDO, Maria Amélia. Mulheres espancadas/violência denunciada: repensando a problemática. **Temas IMESC: Sociedade. Direito. Saúde**. São Paulo, v.3, n. 2, p.129-149, dez. 1986.

BARSTED, Leila Linhares. **A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois**. Disponível em: http://mulheresnobrasil.org.br/pdf/PMB_Cap8.pdf.

BIANCHINI, Alice. A Lei 9099/95 e a violência doméstica. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 36, p. 03/04, dez. 1995.

[67] Justiça usa Lei Maria da Penha para punir gay. **Jus Brasil**. 20.04.2011. Dsponível em: www.jusbrasil.com.br/noticias. Acesso em: 20 abr. 2011.

CAMPOS, Roberta Toledo. **Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha**. Conferência, Seminário Regional do IBCCrim. Franca, 2006.

CASTRO, Alexandra Pinheiro de. **Os primeiros anos de Lei Maria da Penha: a aplicação, pelo Superior Tribunal de Justiça, da lei que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher**. IBCCrim.

CAVALCANTE, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica**. Análise artigo por artigo da Lei Maria da Cunha, Lei n. 11.340/06. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo – uma análise da Lei n. 11.340/2006, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 14, n. 170, p. 15-17, jan. 2007.

CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica.** Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Violência Doméstica: uma nova lei para um velho problema! **Boletim do IBCCrim.** São Paulo, v. 14, n. 168, p. 8-9, nov. 2006.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Ciro Moranza. São Paulo: Escala, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance; PENTEADO, Jaques de Camargo; BARROS, Marco Antônio de. Reflexos da lei dos juizados especiais na justiça criminal paulista. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/justitia/CRIMINAL>. Acesso em: 05 jun. 2009.

FONSECA, Tiago Abud da, SAMPAIO, João Paulo de Aguiar. **A aplicação da Lei n. 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher**. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 14, n. 168, p. 4-5. Novembro. 2006.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Aspectos polêmicos da Lei de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher (Lei n. 11.340/06). **Boletim do IBCCrim.** São Paulo, v. 14, n. 171, p. 14-15, fev. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Violência doméstica: mais uma lei puramente simbólica. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre, v. 5, n. 27, p. 7-8, ago. / set. 2004.

_____; BIANCHINI, Alice. **Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima**. Disponível em: http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965 Acesso: 12/03/2009.

GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; LIMA, Fausto Rodrigues de. **A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica**. Disponível em http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8912 Acesso em: 12/03/2009.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha – Lei com nome da mulher**: violência doméstica e familiar. Considerações à Lei n. 11.340/2006. Campinas: Servanda, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. Violência doméstica. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 5, n. 30, p. 10-12, fev./mar. 2005.

_____. **Direito Penal**. 28. Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do IBCCrim.** São Paulo, v. 14, n. 168, p. 6-7, nov. 2006.

LEAL, César Oliveira de Barros. A criança e a violência doméstica. **Violência e vitimização:** a face sombria do cotidiano. Belo Horizonte, p. 43-50, 2001.

LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. **Lei Maria da Penha: inconstitucionalidade por quê?** Disponível em: http://fdc.br/Artigos/..%5CArquivos/Artigos/11/ViolenciaDomestica.pdf. Acesso: 12 out. 2009.MACHADO, Lia Zanotta. **Atender vítimas, criminalizar violências. Dilema das Delegacias da Mulher.** Disponível em: ww w.unb.br/ics/Dan/Serie319empdf.pdf.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. Notas e reflexões sobre a Lei n. 11.340/2006, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1146, 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5078. Acesso em: 17 out.. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ODALIA, Nilo. **O que é violência**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. Coleção Primeiros Passos.

PANDIARJIAN, Valéria. **Balanço de 25 anos da legislação sobre a violência contra as mulheres no Brasil**. Disponível em: htt://www.mulheres.org.br/violencia/valeriapdf.pdf Acesso em 13/09/2009.

PASINATO, Wânia. **Delegacias de defesa da mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à Justiça**. Disponível em: HTTP://www.nevusp.org/downloads/down082.pdf. Acesso em: 13/09/2009.

PIOVESAN, Flávia, PIMENTEL, Silvia. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.correiodoestado.com.br/exibir.asp?chave=162094.1.9.17-10-2007. Acesso: 25/10/2009.

SANTIN, Valter Foleto. **Igualdade constitucional na violência doméstica**. Disponível em: http://apmp.com.br/juridico/santin/ Acesso: 25/01/2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Tipificação criminal da violência de gênero: paternalismo legal ou moralismo penal? **Boletim do IBCCrim.** São Paulo, v. 14, n. 166, p. -87, set. 2006.

SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio; FONSECA, Tiago Abud da. A aplicação da Lei n. 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. **Boletim do IBCCrim.** São Paulo, v. 14, n. 168, p. 4-5, nov. 2006.

SOUZA, Luiz Antônio de, KÜMPEL, Vitor Frederico. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Lei 11.340/2006. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

DESAFIOS HISTÓRICOS CONTRA A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL

Silene de Moraes Freire[*]

Conforme observou José Paulo Netto, "seminários acadêmicos, em geral, tornaram-se espaços de celebração das disciplinas científicas neles representadas: trocam-se diplomaticamente experiências, delicadamente não se confrontam ou aprofundam idéias e muito menos se discutem questões centrais da sociedade brasileira". (2009,p.11) Essa constatação não é fruto de saudosismos mas sim o registro de um desejo de quem espera que esta rápida alocução não acabe padecendo do caráter asséptico de que hoje enfermam as conferências e mesas redondas dos meios acadêmicos. Sobretudo, quando pretendemos discutir um tema tão relevante como o que nos foi proposto.

O tema nos incita a iniciar nossa apresentação com uma pergunta: a criminalização dos movimentos sociais é um fenômeno recente? Ou, como disse Marx, a história se repete, a primeira vez como tragédia a segunda vez como farsa?

Antes de entrarmos no cerne do nosso debate sobre criminalização dos movimentos sociais faz-se mister ressaltar que no Brasil a nova fisionomia dos movimentos sociais foi se constituindo apoiada pelo ciclo expansivo da economia, a partir da segunda metade dos anos 60 e no transcurso dos anos 70 do século XX para ganhar seus contornos definidos já no processo de crise da ditadura militar. No desenvolvimento da resistência democrática, esses movimentos foram ganhando características comuns e diferenciadas, conforme sua prática social e política. Saudados por alguns analistas nos anos 70 como a nova face da sociedade civil, como novos sujeitos sociais; criticados por outros, nos anos 80, como meros grupos de pressão articulados por lobbies com interesses político-partidários e/ou religiosos; o fato real é que os movimentos sociais inscreveram em leis e projetos institucionais suas demandas e lutaram por espaços democráticos junto aos órgãos públicos. O grande saldo desse processo foi o caráter educativo, de aprendizagem, que seus participantes tiveram.

Foi neste contexto de reconhecimento dos 'novos atores na cena política' que algumas organizações vão traçar o perfil da sociedade civil portadora de um projeto democrático que se desejava construir em contraposição a ditadura militar. Face à extinção ou forte cerceamento dos partidos populares, sindicatos e organizações representativas dos interesses dos trabalhadores na cena política, estes construíram a sua trincheira, sob formas mais ou menos espontâneas, de defesa e resistência, ao redor de suas reivindicações.

É importante ressaltar que é no contexto das lutas que eclodem nos anos 80 do século XX que em 1984 ocorre o I Encontro Nacional dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, sendo nesse encontro que se dá a fundação do MST, com o objetivo de buscar a redistribuição das terras improdutivas. É justamente o MST o movimento que conhecerá mais de perto os

[*] Professora do Departamento de Política Social da FSS da UERJ, Coordenadora do Programa de Pós-Graduação Strictu Senso da FSS da UERJ,. Procientista da UERJ, Pesquisadora Bolsista de Produtividade do CNPq, Coordenadora do Programa de Estudos de América latina e caribe do CCS da UERJ.

processo de criminalização na contemporaneidade aqui discutidos. Embora, tal criminalização faça parte da história de grande parte dos movimentos sociais nacionais.

Se ampliarmos os horizontes de nossas reflexões poderemos perceber que as gêneses históricas da criminalização dos movimentos sociais remetem a outras questões que precisamos compreender. Afinal, ninguém transforma aquilo que não conhece.

A CONSTRUÇÃO DO MITO DAS CLASSES PERIGOSAS E SUA ASSOCIAÇÃO COM AS CRIMINALIZAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

A criminalização dos movimentos sociais não é um fenômeno atual, e tem profunda conexão, no Brasil, com a construção da noção de "classes perigosas" associada à pobreza. Coimbra (2007) oferece uma importante contribuição ao debate sobre o tema. Segundo a autora,

> desde o final do século XIX, já se encontravam presentes nas elites brasileiras as subjetividades que constituem o dispositivo da periculosidade. Dispositivo este, apontado por Foucault (1996), que emerge com a sociedade disciplinar, em meados do século XIX. Presente entre nós até os dias de hoje, esse dispositivo vai afirmar que tão importante quanto o que um indivíduo fez, é o que ele poderá vir a fazer. É o controle das virtualidades; importante e eficaz instrumento de desqualificação e menorização que institui certas essências, certas identidades. Afirma-se, então, que dependendo de uma certa natureza (pobre, negro, semi-alfabetizado, morador de periferia, etc etc etc) poder-se-à vir a cometer atos perigosos, poder-se-à entrar para o caminho da criminalidade. (2007,p.8)

Para Coimbra a partir da época da escravidão, podemos perceber o controle das virtualidades – controle não somente sobre o que se é, mas também sobre o que se poderá vir a ser –, que, neste caso, terá como aliadas as teorias racistas do período, cujo apogeu se deu na Europa da segunda metade do século XIX, segundo as quais o tratamento vil a que eram submetidos os negros poderia ser justificado simplesmente por sua "natureza", sua "índole preguiçosa e negligente". Pregava-se, assim, a superioridade dos brancos. A autora destaca as várias teorias presentes à época no imaginário das elites brasileiras, e aponta apenas algumas que embasaram "cientificamente" a periculosidade dos segmentos pobres, como: as teorias racistas, o eugenismo, a teoria da degenerescência e o movimento higienista.

Os ideais eugênicos ganham peso no Brasil, e cresce no imaginário social a crença nas "classes perigosas", termo utilizado já em 1857, por Morel, em seu trabalho "Tratado das Degenerescências", para designar aqueles que não possuiriam "nem a inteligência do dever, nem o sentimento da moralidade dos atos, e cujo espírito não é suscetível de ser esclarecido ou mesmo consolado por qualquer ideia de ordem religiosa." (apud COIMBRA, 1987, p. 88).

O chamado movimento higienista no Brasil, que se tornou muito expressivo no final do século XIX, e início do século XX, penetrou toda a sociedade. Nesse período, não por acaso, a "degradação moral" foi explicitamente associada à pobreza e era vista como uma epidemia cujo contágio era considerado inevitável "pois está presente nas famílias pobres e coloca sob ameaça toda a sociedade" (id., ibid., p. 89). Segundo

Coimbra, esse movimento seria fundamental para no campo do imaginário social contribuir para a construção de um consenso acerca dos papéis que devem desempenhar em um regime capitalista a família, a criança, a mulher, a cidade, as classes pobres. Assim, uma dualidade se constrói a partir desta redefinição de papéis: surgem os "pobres dignos", que trabalham, mantém a família unida, observam os costumes religiosos; e os pobres considerados "viciosos" que, "por não pertencerem ao mundo do trabalho [...] e viverem no ócio, são portadores de delinquência, são libertinos, maus pais e vadios" (id., ibid., p. 91). Para cada categorização de pobre uma agenda moralizante e disciplinadora é apontada.

Na mesma direção, Chalhoub (1996,p.7), traz uma significativa contribuição sobre a constituição do conceito de *classes perigosas*, e como este conceito é adotado no Brasil. O autor em sua reflexão parte da reconstrução da experiência dos negros escravos, libertos e livres nos cortiços cariocas, tendo como um dos objetivos principais de sua pesquisa "explorar os cortiços como esconderijos dentro da cidade, fatores de embaralhamento de livres e cativos e, portanto, como rede de proteção a escravos fugidos e elemento desagregador da instituição da escravidão". Para Chalhoub, essa experiência carioca revelava que para as elites,

> Era preciso, dizia-se, intervir radicalmente na cidade para eliminar tais habitações coletivas e afastar do centro da capital as 'classes perigosas' que nele residiam. Classes duplamente perigosas, porque propagavam a doença e desafiavam as políticas de controle social no meio urbano. (ibid., p. 8.)

As classes mais emprobrecidas, que eram as residentes nos cortiços, conheciam de perto a intervenção dos higienistas nas políticas públicas. Para esses higienistas, a intervenção "parecia obedecer ao mal confessado objetivo de tornar o ambiente urbano salubre para um determinado setor da população".(ibid, p.9) Assim, conforme destaca o autor, "higienistas e autoridades policiais estarão quase sempre do mesmo lado da trincheira em se tratando de cortiços" (ibid., p. 37).

Nesta direção é importante destacar um episódio marcante na história dos cortiços no Rio de Janeiro, oferecido, pelos estudos de Chalhoub em: a demolição do "Cabeça de Porco", o mais famoso cortiço brasileiro da época.

Ao ilustrar seus argumentos Chalhoub observa que em abril de 1892, "um higienista ascendeu à presidência da Intendência Municipal, e posteriormente, em dezembro do mesmo ano, foi nomeado para a prefeitura da Capital Federal: Cândido Barata Ribeiro." (ibid, p. 50) Em sua tese de doutoramento, Barata Ribeiro havia afirmado:

> Todos sabem o que é o cortiço. [...] Alimenta-os a lubricidade do vício, que se ostenta impudonorosa (sic), ferindo os olhos e os ouvidos da sociedade séria que deles se aproxima, e a miséria andrajosa e repugnante, que faz da ociosidade um trono, e por um contraste filho das circunstâncias peculiares à vida das grandes cidades, ao lado [...] do vício e do lodaçal impuro do aviltamento moral, está também o leito do trabalhador honesto, que respira à noite a atmosfera deletéria deste esterquilínio de fezes! No cortiço acha-se de tudo: o mendigo que atravessa as ruas como um monturo ambulante; a meretriz impudica, que se compraz em degradar corpo e alma, os tipos de todos os vícios e até [...] o representante do trabalho

> [...] Só vemos um conselho a dar a respeito dos cortiços: a demolição de todos eles, de modo que não fique nenhum para atestar aos vindouros e ao estrangeiro, onde existam as nossas sentinas sociais, e a sua substituição por casas em boas condições higiênicas.

Chalhoub lembra ainda que,

> A destruição do cortiço carioca mais famoso da época não foi um ato isolado, e sim um evento no processo sistemático de perseguição a esse tipo de moradia, o que vinha se intensificando desde pelo menos meados da década de 1870, mas que chegaria à histeria com o advento das primeiras administrações republicanas. (id., ibid., p.25)

Na mesma direção os debates parlamentares em meados do século XIX, revelavam como se construía e se adaptava a sociedade brasileira ao conceito de "classes perigosas" que está profundamente relacionado ao ideário higienista. Como observou Chalhoub (ibid.), o conceito de classes perigosas foi um dos eixos do importante debate parlamentar ocorrido na Câmara dos Deputados do Império do Brasil nos meses que se seguiram à lei de abolição da escravidão, em maio de 1888. Segundo o autor, "preocupados com as consequências da abolição para a organização do trabalho, o que estava em pauta na ocasião era um projeto de lei sobre a repressão à ociosidade".(id., ibid, p.20)

Nos anais da Câmara dos Deputados, em sessão de 10 de outubro de 1888 se encontra o seguinte texto descrito pela comissão parlamentar encarregada de analisar o projeto de lei sobre a repressão à ociosidade, conforme Chalhoub registra:

> As classes pobres e viciosas, diz um criminalista notável, sempre foram e hão de ser a mais abundante causa de todas as sortes de malfeitores: são elas que se designam mais propriamente sob o título de – classes perigosas –; pois quando o mesmo vício não é acompanhado pelo crime, só o fato de aliar-se à pobreza no mesmo indivíduo constitui justo motivo de terror para a sociedade. O perigo social cresce e torna-se de mais a mais ameaçador, à medida que o pobre deteriora a sua condição pelo vício e, o que é pior, pela ociosidade. (Id., ibid., p.21)

Nada que era explicitado em textos como esse buscava o mínimo de rigor científico, parecendo de fato um "saco de gatos". O que importava era o poder simplificado da construção da subjetividade necessária para legitimar o controle das chamadas classes perigosas. O conceito de classes perigosas traz em si a seguinte concepção já apresentada, de que seriam perigosas simplesmente por serem pobres, retomando as palavras de Chalhoub em citação de Malaguti Batista (2003, p. 37 – grifo nosso): "*perigosas porque pobres*, por desafiarem as políticas de controle social no meio urbano e também por serem consideradas propagadoras de doenças."

O raciocínio proposto pelos deputados do período se teria desenvolvido a partir de uma abstração, o que leva a "conclusões" que, mesmo obtidas através de uma lógica pela comissão parlamentar, dizem respeito a coisa nenhuma, a um vazio, ao nada. Afinal, como observa Chalhoub os "pobres carregam vícios, os vícios produzem malfeitores, os malfeitores são perigosos à sociedade; juntando os extremos da cadeia,

temos a noção de que os pobres são, por definição, perigosos" ((id., ibid., p.22). Não por acaso são essas classes que a comissão parlamentar definirá da seguinte forma: "'as classes pobres [...] são [as] que se designam mais propriamente sob o título de – classes perigosas – '" (ibdem)

Desta forma, conclui o mesmo autor, "é que a noção de que a pobreza de um indivíduo era fato suficiente para torná-lo um malfeitor em potencial teve enormes consequências para a história subseqüente de nosso país".(id., ibid., p.23). Pode-se dizer que é a partir daí, inclusive, que se desenvolveu aquilo que o autor descreve como a "teoria da suspeição generalizada" que seria, segundo oautor, a essência da expressão "classes perigosas".

É importante mencionar que a história da humanidade revela que as práticas discursivas das elites não raro apelaram para discursos que defendiam e disseminavam a marginalização dos grupos subalternos.

Cesare Lombroso (1835-1909) é geralmente recordado pela contribuição que suas investigações "científicas" em criminologia trouxeram para esses discursos. Nos poucos casos em que seu nome é mencionado pelo filósofo italiano Antonio Gramsci, ele aparece ligado à influente escola de "cientistas sociais" (cujos nomes estão espalhados em todos os Cadernos, freqüentemente em relação ao lorianismo), cujas teorias positivistas tiveram um sério efeito nocivo e regressivo sobre a cultura política italiana: entre outras coisas, eles conferiram legitimidade "científica" e contribuíram para a perpetuação da crença determinista (e fatalista) segundo a qual alguns indivíduos (criminosos, por exemplo) ou alguns grupos (em particular, os meridionais) são "bárbaros" ou primitivos por natureza. Uma importante conseqüência deste tipo de sociologia está no fato de que bloqueia a possibilidade de reconstruir as causas que explicam as relações de poder – a biologia substitui a política como explicação das condições das camadas marginalizadas. Em outras palavras, atribuindo a leis biológicas e a-históricas, (o comportamento irrequieto das massas empobrecidas consideradas "depravadas" ou "irracionais"), a escola positivista de sociologia nega aos grupos subalternos a possibilidade de ter uma história própria.

Esse aspecto explica porque Cesare Lombroso, fundador desta tendência e "eminência parda" de muitos lorianos, apareça nas preocupações de Antônio Gramsci no Caderno 25, intitulado À margem da história (História dos grupos sociais subalternos), mas também no parágrafo de abertura. O tratamento que Cesare Lombroso reserva a Lazzaretti em seu livro Loucos e anormais determina o seguinte comentário de Gramsci: "este era o costume cultural do tempo: em vez de estudar as origens de um acontecimento coletivo, e as razões de sua difusão, de seu ser coletivo, isolavam o protagonista e se limitavam a fazer-lhe a biografia patológica, muito freqüentemente partindo de motivos não comprovados ou interpretáveis de outro modo: para uma elite social, os elementos dos grupos subalternos têm sempre algo bárbaro ou patológico". (1975, p.279).

Quando falamos de uma "teoria da suspeição generalizada", não podemos deixar de nos reportar ao fato de que temos definições mais grosseiras que, cotidianamente, afirmam a existência de "bandidos de nascença", "os que já nasceram para o crime e vão praticá-lo de qualquer maneira".

Mais uma vez os anais da Câmara dos Deputados, citados por Chalhoub, também no período em questão, exemplificam a configuração prática almejada com a construção do mito das classes perigosas:

> [A] lei produzirá os desejados efeitos compelindo-se a população ociosa ao trabalho honesto, minorando-se o efeito desastroso que fatalmente se prevê como consequência da libertação de uma massa enorme de escravos, atirada no meio da sociedade civilizada, *escravos sem estímulo para o bem, sem educação, sem os sentimentos nobres que só pode adquirir uma população livre*.' (CHALHOUB, op. cit., p.24-25 – grifo nosso).

De acordo com Coimbra (2001, p. 101), a "relação entre pobreza e 'classes perigosas' é levada às últimas consequências nas reordenações urbanas ocorridas na Europa quanto no Brasil"; assim ocorria "a expulsão dos pobres do centro do Rio para os subúrbios ou para as encostas dos morros, aumentando as favelas cariocas." Estes argumentos higienistas eram, portanto, utilizados desde o início do século XX, como justificativa de "eliminação das favelas sob a ótica da 'ordem social', 'segurança' e 'higiene da cidade'" (ibid., p. 109).

Apesar dos argumentos serem higienistas, as razões estariam vinculadas, sobretudo ao controle social dessas populações. A construção do medo que se origina da criação do mito das classes perigosas legitima a ações que criminalizam as manifestações das camadas mais pobres da população.

Assim sendo,

> as fronteiras erigidas entre a "ordem" e a "desordem" ganharam concretude no imaginário social e político carioca e disciplinaram, portanto, o deslocamento e a sociabilidade urbanos. Estabeleceram, de forma sutil e alegórica, o território de cada grupamento étnico-cultural e apontaram o padrão hegemônico de atitudes e comportamentos face à problemática da alteridade. (id., ibid., s.p. – grifo do autor)

No cenário de disputas entre as *duas cidades*, Chalhoub (1988 apud BORGES, 2010, s.p.), convenientemente, aponta a luta de classes enquanto fio condutor deste embate, em que o medo acabaria por conduzir algumas das políticas de implementação da ordem burguesa.

Vemos assim que na atualidade são reeditadas políticas com os mesmos objetivos destacados acima, com cunho punitivo, policialesco e segregacionista. E aqui buscamos demonstrar como as políticas de segurança elaboradas são legitimadas pela população (e não só a população com maior renda, mas também as populações pobres, principais alvos destas políticas), através de uma espécie de cultura do medo.

Neste sentido é que Malaguti Batista (2003, p.34 – grifos da autora) afirma que "a ocupação dos espaços públicos pelas classes subalternas produz fantasias de pânico do 'caos social', que se ancoram nas *matrizes constitutivas* da nossa formação ideológica". De acordo com Chalhoub (apud BORGES, op. cit.), irá apresentar o confronto entre a cidade branca (planejada, idealizada) e a cidade negra (instituída, real), e o medo como um poderoso condutor da subjetividade branca, o que envolve dois processos: a postura dos negros enquanto associada a estratégias de sobrevivência, e o fato de a cidade branca, assim, visar a desconstrução da outra.

Malaguti Batista (op. cit.), expõe ainda que "no Brasil a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de neutralização e

disciplinamento das massas empobrecidas", as ondas de medo "são necessárias para a implantação da política de lei e ordem". (id.,ibid., p. 21)

Estes tipos de política são, segundo a autora, frutos das matrizes ibéricas do nosso país, e de acordo com ela "nem o fim da escravidão e nem a República romperam com o legado da fantasia absolutista do controle social, da obediência cadavérica".(id., ibid., p. 32)

De acordo, ainda, com esta autora, "os novos inimigos da ordem pública (ontem terroristas, hoje traficantes) são submetidos diuturnamente ao espetáculo penal, às visões de terror dos motins penitenciários e dos corredores da morte", assim como, para Loïc Wacquant (apud MALAGUTI BATISTA, ibid, p. 96), da mesma forma que no passado o índio bom seria o índio morto, hoje o bom pobre é o pobre invisível, que não reivindica, que sofre em silêncio.

De acordo com Coimbra (op. cit., p. 100), "as estratégias de ordenação dos espaços urbanos têm se caracterizado, portanto, pela segregação, exclusão e isolamento das classes subalternizadas, corroborando a crença de que com elas estão as doenças, os perigos as ameaças, a violência." E a atualidade da compreensão da favela, ou da comunidades pobres enquanto locais "proibidos", "arriscados", "violentos", está presente no cotidiano, como se pode acompanhar detalhadamente, através da mídia impressa e televisiva nacional, nos discursos que tratam das incursões em comunidades pobres.

Não é por acaso, portanto, que a difusão da cultura do medo, a segregação e a participação da mídia neste processo são elementos que não podem ser considerados separadamente, pois, como afirma Malaguti Batista (op. cit., p. 96): "a luta pela hegemonia do discurso criminológico se dá na esfera das comunicações, e o que se observa é a subordinação do discurso político às agências de comunicação."

O PAPEL DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO DO CONSENSO

Nesse processo de criminalização das classes subalternas o papel da mídia possui relevância particular. Assim, partimos da premissa (já mencionada em estudos anteriores[1]) **que na atualidade não é possível entender a produção de sentidos e significados, que reproduzem os esquemas de dominação, sem compreender a mediação dos meios de comunicação na interpretação da realidade falando "pelos" e "para" os indivíduos**. (GUATTARI & ROLNIK, 1985).

No prefácio ao seu A Era dos Extremos, Eric Hobsbawm (1995) afirma que nenhuma história das transformações econômicas, sociais e políticas do século XX (o que consideramos ainda mais válido para o presente século) poderia ser escrita sem a imprensa diária. **A mídia representa para nós pesquisadores o arquivo por excelência**. O registro diário dos fatos, cada vez mais rico e abundante, fornece informações preciosas sobre os valores, as ideologias, a percepção dos temas e problemas sociais, o funcionamento das instituições e as práticas sociais.

Lógico que o discurso midiático não é imparcial. Ao contrário, faz parte de uma lógica que constrói o que Marilena Chauí (2006) define como "simulacro do poder", ou seja, os detentores do conhecimento ou de seus meios de produção e divulgação, através da mídia, ao divulgarem seus códigos ideológicos privados de compreensão do mundo, como se os mesmos fossem gerais, criam simulacros, ao mesmo tempo em que oferecem informações sobre o "mundo real" como uma mercadoria. Na atualidade, a imparcialidade

[1] A esse respeito ver: FREIRE, Silene de M. e CARVALHO, Andréia de S. de (2008)

que temos assistido diante das ações do Estado, voltadas para o enfrentamento da questão social, revela a eficácia de um projeto hegemônico que precisamos decifrar para construirmos um caminho onde seja possível a desalienação e emancipação humana. Mas, para que essas propostas se tornem propulsoras de uma transformação radical, como observou Mészáros (2005, p.104) é necessário dar impulso ao rompimento de todo o sistema de internalização que sustenta essa lógica do capital, ou seja, "quebrar" a imposição dos valores que legitimam os interesses dominantes, através da automediação (capaz de controlar, nas palavras de Mészáros, a reprodução metabólica na qual a sociedade está submersa). Vale lembrar que por intermédio de ações, proposições e concepções, instituições como a Igreja Católica, os meios de comunicação de massa, as associações recreativas e sindicais, as associações de defesa de interesses corporativos distintos, dentre outras, articulam-se às classes socialmente dominantes,

> constituindo-se num bloco histórico responsável pela dupla e complexa tarefa de, preservando suas maneiras específicas e próprias de atuação nas questões sociais, harmonizar os interesses das classes e frações de classes em nome das quais atuam, como também organizar e organicizar as proposições mais afeitas a esses interesses particulares constituindo-os como gerais. (NEVES, 2005:26)

Cabe frisar, como observou Neves (idem), que as disputas travadas no seio dos aparelhos privados de hegemonia pela adesão mais ou menos espontânea dos homens a um determinado projeto de sociedade e mesmo por uma educação de suas consciências, não são, para Gramsci, disputas entre iguais,

> razão fundamental pela qual o terreno de disputas da sociedade civil *não* se constitui necessária e forçosamente em espaço o qual, sendo de adesão espontânea e caracterizado mais pelo consenso do que pela coerção, definir-se-ia como território unicamente de conquista e ampliação das vontades das grandes massas e, muito menos, garantia de alargamento de suas chances de contra-hegemonia.(NEVES, idem)

Marcondes Filho (1989), ao tratar da imprensa escrita, nos elucida que a notícia é uma informação transformada em mercadoria e para que a mesma se torne "vendável" é necessário que sua apresentação receba requintes sensacionalistas e emocionais, além de uma padronização simplificadora que adapta seus discursos às normas mercadológicas, negando possíveis subjetividades nos fatos. Na qualidade de mercadoria socialmente produzida o discurso, contido nos jornais e revistas, age também na própria criação das necessidades de informação e definição dos temas relevantes, construindo o consumidor-leitor, nos termos já descritos por Marx (1989), ou seja, a produção fornece a matéria/objeto do consumo, ao mesmo tempo em que, cria e produz o próprio consumidor. Portanto, entendemos que as repetidas falas da mídia sobre as privatizações das estatais, sobre a baderna[2] promovida pelos movimentos sociais, sobre o fenômeno da violência como sinônimo da pobreza, sobre a redução da

[2] Esse termo foi utilizado por vários jornais brasileiros. A esse respeito ver o excelente artigo de Marcelo Salles sobre os Novos Terroristas da Mídia, publicado no jornal Fazendo Media em 14/4/2008 (www.fazendomedia.com).

Maioridade Penal, sobre as apologias aos êxitos das instituições privadas e as mentalidades empreendedoras, sobre os discursos antipúblicos, sobre a violência das invasões às propriedades privadas, dentre outros temas que serão tratados durante a investigação, em detrimento de outros fatos sociais, não é uma escolha aleatória, ao contrário induz o próprio interesse do leitor pelo assunto, e o estimula a consumir seu conteúdo, que se torna um produto lucrativo.

A banalização da cultura e a redução da realidade à mera condição de espetáculo tem sido outro malefício engendrado pelos meios de comunicação de massa. Guy Debord, em seu livro 'A Sociedade do Espetáculo', escreve que:

> O espetáculo apresenta-se ao mesmo tempo como a própria sociedade, como uma parte da sociedade e **como instrumento de unificação**. Como parte da sociedade, ele é o setor que concentra todo o olhar e toda consciência. Pelo fato desse setor estar separado, ele **é o lugar do olhar iludido e da falsa consciência**; a unificação que realiza é tão somente a linguagem oficial da separação generalizada. (DEBORD, 1997:14- grifo nosso).

Debord (idem) ressalta que a "sociedade do espetáculo", que emerge com a sociedade de controle, informa que o espetáculo é, ao mesmo tempo, o resultado e o projeto do modo de produção existente; sendo, portanto, **"uma visão de mundo que se objetivou".** Apesar disso somos convencidos cotidianamente, pelos próprios meios de comunicação de que pensamos, sentimos, decidimos e agimos por nós mesmos, de que exercemos o tão decantado livre arbítrio.

Cabe registrar que a transformação da informação/fato em mercadoria/notícia evidencia seu importante papel na sociedade, não só como geradora de capital, mas também como detentora de poder simbólico, definido por Bourdieu (1989) como sendo a utilização dos símbolos para o estabelecimento da integração e reprodução da ordem social através do consenso.

Não se trata de nenhuma novidade recente a constatação de que os meios de comunicação tradicionais, no Brasil, sempre foram propriedade privada de indivíduos e grupos, "não podendo deixar de exprimir seus interesses particulares ou privados, ainda que isso sempre tenha imposto problemas e limitações à liberdade de expressão, que fundamenta a idéia de opinião pública" (CHAUÍ, ibdem). Hoje, entretanto, **os deslocamentos do papel da mídia, e particularmente dos jornais impressos, não teriam conseqüências mais graves que no passado, se não tivesse ocorrido ao mesmo tempo em que se deu o a concentração de poder econômico midiático.** Conforme observamos na nota de rodapé de número cinco, menos de uma dezena de grandes empresas de alcance global controlam hoje não só os meios tradicionais, mas também os novos meios eletrônicos e digitais, e avaliam, como mencionou Chauí (idem), "em termos de custo-benefício as vantagens e desvantagens do jornalismo escrito ou da imprensa, podendo liquidá-la, se não acompanhar os ares do tempo". Tempo esse que se esconde na construção midiatizada da memória imediata. Tal memória, volátil e efêmera faz com que a experiência desconheça qualquer sentido de continuidade e se esgote em um instante fugaz. A ausência de profundidade do passado que caracteriza esse processo, também expressa a perda de profundidade do futuro como possibilidade inscrita na ação humana. Ou seja, também revela a perda "do poder para determinar o indeterminado e para ultrapassar situações dadas, compreendendo e

transformando o sentido delas". (CHAUÍ, idem:33). O processo de despolitização oriundo da chamada memória imediata produzida pela mídia ajuda a compreender o momento que vivenciamos hoje.

Além de produzir massivas subjetividades, de estar nas mãos de uns poucos, a mídia funciona organizando diversos e diferentes fluxos de acontecimentos; pela via do espetáculo, das formas dramáticas e sensacionalistas produz "identidades", as simpatias, os prós e os contras. À medida, portanto, que organiza as visões dos múltiplos fluxos dos acontecimentos, **a mídia constrói consensos invisíveis através da produção de subjetivações** que forjam existências. Como observou Muniz Sodré,

> O sistema de informação (meios de comunicação e teletecnologias informacionais) impõe-se contemporaneamente como o lugar central de produção do real do Ocidente moderno. A informação é um modo de organizar – atualmente, de forma administrativa ou gerencial – o espaço social contemporâneo (1992:39).

A hegemonia do capital financeiro que se revela na contemporaneidade, envolve, como observou Iamamoto (2008:122), "a mercantilização universal e sua indissociável descartabilidade, superficialidade e banalização da vida. Ela afeta a cultura, gera tremores e cismas nas esferas dos valores e da ética orientada por valores radicalmente humanos". Nesse ambiente, as interpretações que cultivam as "grandes narrativas", são alvos de contestação por parte do pensamento pós-moderno, lembra a autora.

Conforme mencionou Iamamoto, "nesses tempos orquestrados pelo grande capital financeiro, a generalização de seus fetichismos alastra-se em todos os poros da vida social: impregna a sociabilidade e impulsiona um profundo desmonte das conquistas civilizatórias dos trabalhadores" (2008:118). Por isso é fundamental observar, diz a autora, que "a fetichização das relações sociais alcança o seu ápice sob a hegemonia do *capital que rende juros* - denominado por Marx de *capital fetiche* – e obscurece o universo dos trabalhadores que produzem a riqueza e vivenciam a alienação como destituição, sofrimento e rebeldia". (IAMAMOTO,idem)

Sob a hegemonia do capital financeiro, o Estado capitalista vem realizando a adaptação do conjunto da sociedade a uma forma particular de civilização, de cultura, de moralidade. Desse modo, faz-se mister não perder de vista uma das contribuições fundamentais do pensamento gramsciano, qual seja, a vinculação entre o conceito de hegemonia, os responsáveis por sua formulação e execução (os aparelhos privados de hegemonia[3]) e os temas definidos como relacionados à "grande política"[4].

---

[3] Como observou Dênis de Moraes ao escrever o artigo "Notas sobre o imaginário social e hegemonia cultural (2002), publicado no site: http://www.artnet.com.br/gramsci/textos4.htm : "o conceito de aparelho privado de hegemonia de Gramsci não se confunde com o de Althusser sobre os aparelhos ideológicos de Estado. A teoria althusseriana implica uma ligação umbilical entre Estado e aparelhos ideológicos, enquanto a de Gramsci pressupõe uma maior autonomia dos aparelhos privados em relação ao Estado em sentido estrito. Essa autonomia abre a possibilidade — que Althusser nega explicitamente — de que a ideologia (ou o sistema de ideologias) das classes oprimidas obtenha a hegemonia mesmo antes de tais classes terem conquistado o poder de Estado. Em condições de hegemonia, a burguesia solidariza o Estado com as instituições que zelam pela reprodução dos valores sociais, conformando o que Gramsci chama de Estado ampliado.

[4] Por grande política, Gramsci (2000:21) entende "as grandes questões ligadas à fundação de novos Estados, à luta pela destruição, pela defesa, pela conservação de determinadas estruturas orgânicas

Neste sentido conviria realçar que a análise de qualquer forma de produção de esquemas de significação, permanecerá abstrata se não encontrarmos a quem é destinada[5]. A quem a mídia confere e garante identidade e legitimidade? Portanto, para as reflexões que aqui nos interessam, torna-se necessário não perdermos de vista a pergunta: a que classe os dispositivos midiáticos contemporâneos se dirige?

Neste particular, o italiano Antônio Gramsci nos fornece valiosa contribuição. Para o autor dos *Quaderni del Carcere*, as ideologias não devem ser julgadas segundo um critério de verdade e falsidade, mas segundo sua eficiência para aglutinar bases e frações de classe em posições de domínio e subordinação. A ideologia contribui para "cimentar e unificar" o bloco social. Assim, a "verdade" de uma ideologia está em sua capacidade de mobilização e, finalmente, em sua realização histórica. (HALL, 1980: 60-3)

A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Conforme os registros anteriores, podemos aferir que o caráter jurídico-político da criminalização dos movimentos sociais compõe um cemitério judicial juncado nos "bons" argumentos históricos das elites nacionais e internacionais. Argumentos esses construídos a partir de uma cultura política que foi construída tendo como base de sustentação a anulação das classes subalternas.

Após 23 anos da promulgação da Constituição Federal, onde o Estado Democrático de Direito saiu vencedor de um ascenso do movimento que resistiu a ditadura militar, a grande massa de alijados de uma política social séria e consistente demonstra que há muito que percorrer na construção de um país democrático, onde as garantias constitucionais e o Estado Democrático de Direito sejam efetivamente respeitados. Sem dúvida, a conjuntura deste novo milênio é resultado da política econômica neoliberal implementada na década de 90 do século XX. A partir de então, agentes econômicos como o FMI e o Banco Mundial tiveram intensa participação política em toda América Latina, com efeito, em meados da década passada a maioria dos vizinhos do Brasil seguiam as regras e diretrizes do capital financeiro transnacional através da implementação do Consenso de Washington. É num sério contexto de recuo dos direitos e conquistas sociais denominado por Soares (2000) de Avalanche neoliberal que assistimos um novo momento de criminalizações da questão social, como é o caso da criminalização dos movimentos sociais. A criminalização do MST considerado um dos movimentos sociais mais importantes do continente é um exemplo nesta direção, o MST tem vindo a ser alvo de tentativas judiciais no sentido de criminalizar as suas atividades e mesmo de o dissolver com o argumento de ser uma organização terrorista.

---

econômico-sociais"; por *pequena política*, "as questões parciais e cotidianas que se apresentam no interior de uma estrutura já estabelecida [...]".

[5] Tal opção de análise passa, necessariamente, pela afirmação da relevância da dimensão ideológica na configuração de um projeto político. Este reconhecimento exige que se entenda a ideologia como um recurso de poder fundamental ao esforço de articulação e de produção não só do que já existe mas sobretudo daquilo que se deseja que exista. Pressupõe que os homens, em cada momento histórico específico, diferenciados por interesses concretos, possuem diferentes interpretações e propostas para preservar ou alterar a realidade. Portanto, suas ações e percepções são fundamentais para compreender o processo histórico e seus resultados.

No ano de 2003, foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito com o objetivo de se debruçar na questão agrária brasileira, procurando apontar em seu relatório final propostas que viabilizassem uma reforma no campo com igualdade social, justiça e cidadania. Esta CPMI desembocou numa das propostas que mais surpreendeu o movimento social, representantes de entidades de direitos humanos e setores da comunidade acadêmica no momento em que propôs a criação do tipo penal "esbulho possessório para fins políticos" classificando o mesmo como crime hediondo. E ainda, propôs "a extinção da pessoa jurídica legalmente instituída e utilizada para a prática de crime por iniciativa ou consentimento de seus dirigentes". Tais projetos de Lei estariam de acordo com os princípios constitucionais e o Estado Democrático e Social de Direito? Obviamente que não.

Entretanto, estaria em consonância plena com a cultura política brasileira que judicializa os conflitos sociais e criminaliza as manifestações das classes subalternas.

Deste modo, cabe uma análise detida da política criminal para este setor e avaliar como o judiciário vem respondendo as demandas sociais e em que sentido consolida-se a jurisprudência em nossos Tribunais. Ainda, torna-se fundamental compreender de que forma o "novo" senso comum penal conta com o papel fundamental da mídia na formação da opinião pública como mecanismo muito presente na sociedade de massas, no dia a dia de indivíduos de diversas classes sociais e opiniões políticas distintas. Como observou Chauí, a negação deste debate não é senão a "nova maneira de repetir o modo como, no Brasil, evitamos discutir em profundidade o fenômeno da violência". (Idem, p.117) O trato da notícia segue a lógica naturalizada pela ordem social vigente. O direito a vida é reivindicado e denunciado na mídia só para grupos pertencentes às classes mais privilegiadas, sobrando aos pobres o cerceamento ou o extermínio. Resumindo, ser morador de áreas pobres é um risco. Nessa lógica, as poucas vozes dissonantes tornam-se invisibilizadas e a imprensa configurasse cada vez mais como uma parceira poderosa do Estado Penal. Como mencionou Charles Trocate (Membro da coordenação Nacional do MST).

> Na imprensa tradicional, são corriqueiros os equívocos propositais. Em uma região de conflitos sociais, não conseguem nem sequer dominar os conceitos essênciais, as terminologias, e falam a revelia. Suas afirmações carecem de pesquisa e de investigação. Partem de um "ouvir dizer", julgam sempre, empobrecendo assim o jornalismo. E assim, não escrevem noticias, sentenciam julgamentos que premeditam serem corretos. E olha que não merecemos isso, não merecemos um jornalismo tão tacanho com tendências à mediocridade e sem originalidade. É claro que existem uns poucos que tratam a questão com a seriedade que ela merece. Olhando de longe a cobertura que se seguiram, as objeções que foram feitas por parte da imprensa, vimos que foi de um sensacionalismo exagerado e de discursos apavoradores. Discursos, diga-se de passagem, da direita agrária tardia e dos seus analistas de plantão. Foram feitos para consolidarem uma versão: de que perdemos o controle sobre as ações e que há dissidentes no MST. É um recurso em que todos se apóiam, do judiciário à governos que afirmam defender o "Estado de Direitos". Como se as desigualdades não fossem originárias desse mesmo "Estado de Direitos". (Matéria divulgada por e-mail retirada do site Piratininga)

Desse modo, ultrapassar a abordagem de tais questões para além do senso comum divulgado, sobretudo pela mídia, que associa impreterivelmente pobreza à violência é imprescindível, por suposto todo profissional "necessita com urgência de um banho de realidade brasileira, munindo-se de dados, informações e indicadores que possibilitem identificar as expressões que hoje caracterizam a "questão social", assim como os processos que as produzem" (IAMAMOTO, 2008, pp.37.38). Esse é o desafio capaz de superar as diferentes expressões da barbárie que naturaliza as violências das criminalizações as quais são submetidas às classes subalternas.

Toda a problemática da criminalização que atinge o campo, a cidade e todos os cidadãos de forma direta ou indireta, está diretamente relacionada aos limites de efetivação da cidadania plena, aos direitos humanos e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Por isso, são discussões de ordem social e constitucional, e merecem a devida atenção, sendo esta uma contribuição no debate do tema tratado. Não esquecendo que ao mito das classes perigosas surge como principal ancoragem dos argumentos criminalizadores em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

BORGES, Wilson. **Cidade Ideal versus Cidade Real e o papel da imprensa nesta disputa secular**. Disponível em: <http://www.redealcar.jornalismo.ufsc.br/cd3/jornal/wilsonborges.doc>. Acesso em 21 mar. 2010.

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1989.

CHALHOUB, Sidney. **Cidade febril:** cortiços e epidemias na Corte Imperial. São Paulo:Companhia das Letras, 1996.

CHAUÍ, Marilena. **Simulacro e Poder.** Uma análise da Mídia. São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2006

COIMBRA, Cecília. **Operação Rio –** o mito das classes perigosas: um estudo sobre a violência urbana, a mídia impressa e os discursos de segurança pública. Niterói, Rio de Janeiro, Editora Oficina do Autor e Intertexto, 1987.

COIMBRA, Cecília. Direitos Humanos e Criminalização da Pobreza. In: FREIRE, Silene de M. **Direitos Humanos, Violência e Pobreza na América latina Contemporânea.** Rio de janeiro, letra e Imagem, 2007.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo.** Rio de Janeiro,Contraponto, 1997.

FREIRE, Silene de Moraes e CARVALHO, Andréia de S. de. Midiatização da Violência: os labirintos da construção do consenso. **Revista Eletrônica Textos & Contextos** Vol. 7 nº1 jan./jun. 2008

_____. Mídia, violência e Questão Social: a pedagogia do capital. In: FREIRE, Silene de M. (org.) **Direitos Humanos e Questão Social na América Latina.** Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

GRAMSCI, Antonio. Antonio Gramsci. **Quaderni del carcere.** Edição crítica organizada por Valentino Gerratana. Turim: Einaudi, 1975.

_____.**Cadernos do cárcere.** Vol. 3. Maquiavel. Notas sobre o Estado e a política. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Orelha de Francisco de Oliveira. Quarta capa de Pietro Ingrao. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000b. 428p.

GUATTARI, F. & ROLNIK, S. **Micropolítica:** cartografias do desejo. Petrópolis, Vozes, 1985.

HALL, Stuart (et all)."Política e Ideologia: Gramsci".In: **Da Ideologia.** (Vários), Rio de Janeiro, Zahar,1983.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos Extremos.** O breve século XX. São Paulo, Companhia das Letras, 1995. 598p.

IAMAMOTO, Marilda Villela. A Questão Social no Capitalismo. In: **Temporalis,** n° 3 Ano 2. Brasília: ABEPSS, Grafline, 2001, p. 9-32.

_____. Mundialização do capital, "questão social" e Serviço Social no Brasil. In: Em Pauta. Teoria Social e Realidade Contemporânea. **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro,**Rio de Janeiro Editora Gramma, julho de 2008,pp.117-140

MARCONDES FILHO, Ciro. **O capital da notícia:** Jornalismo como produto social da segunda natureza. São Paulo, Ática, 1989.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro:** dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MARX, Karl. O Capital. Vol. 1, 2 e 3 São Paulo, Nova Cultural, 1988. MARX, Karl. Introdução. In: Marx, Karl. **Contribuição à crítica da Economia Política.** São Paulo, Ática, 1989

MARX, Karl. Introdução. In: Marx, Karl. **Contribuição à crítica da Economia Política.** São Paulo, Ática, 1989

MÉSZÁROS, István. **A educação para além do capital- tradução de Isa Tavares.** São Paulo. Boitempo. 2005

NEDER, Gizlene. **Violência & Cidadania.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. Cidade, Identidade e Exclusão Social. In: **Tempo.** Rio de Janeiro, vol. 2, nº 3, 1997, pp. 106-134. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/tempo/artigos_dossie/artg3-5.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

NETTO, José Paulo. Democracia e Direitos Humanos na América Latina: apostes necessários ao debate. In: FREIRE, Silene de M. (org.) **Direitos Humanos e Questão Social na América Latina.** Rio de Janeiro: Gramma, 2009.

NEVES, Maria Lúcia W. (org.) **A nova pedagogia da hegemonia -** estratégias do capital para educar o consenso. São Paulo, Xamã Editora, 2005

SOARES, Laura T. R. **Os custos sociais do ajuste neoliberal na América Latina.** São Paulo: Cortez, 2000.

SODRÉ, Muniz. **O Social irradiado.** Violência urbana, neogrotesco e mídia – São Paulo, Cortez , 1992.

WACQUANT, Loïc. "A tentação penal na Europa", in **Discursos sediciosos, crime, direito e sociedade,** ano 7, nº11, Rio de Janeiro, Editora Revan/ICC, 2002.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. A criminalização da pobreza. **Mais Humana,** dez. 1999. Disponível em: <http://www.maishumana.com.br/loic1.htm>. Acesso em: 23 ago. 2003. Entrevista.

O MOVIMENTO DOS TRABALHADORES SEM TERRA – MST – NO BRASIL: UM MOVIMENTO DE RESISTÊNCIA EM DEFESA, DO ACESSO À TERRA, ENQUANTO DIREITO SOCIAL

Elisabete Maníglia[*]

O MST E SUA FORÇA DE LUTA

O Movimento dos Sem Terra ganha espaço na mídia nacional e internacional pela sua coragem de ser oposição, num país que reluta e patina em políticas agrárias insuficientes, para garantir o objetivo proposto na Carta Magna Brasileira, que propõe em seu art. 3º a erradicação da pobreza e o combate as desigualdades sociais. Obviamente que a posição descrita nos grandes órgãos de imprensa que dominam também, em parte as terras brasileiras é descrever este movimento como algo nefasto e ameaçador. Todavia com o conhecimento necessário e sem juízo de valor, sobre os números apontados no último censo do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, feito nos estabelecimentos agrários em 2009, o Brasil tem a maior concentração fundiária do mundo, o que se traduz em muita terra na mão de poucos e muitos sem terra alguma, inclusive sem o necessário para comer. Ademais, a luta dos Sem Terra engloba hoje a busca pela segurança alimentar, na defesa da agricultura familiar que alimenta a nação.

Neste processo, o movimento combate o agronegócio perverso que se concentra no latifúndio, na monocultura, na economia de exportação e porque não até no trabalho escravo. O MST assim conhecido possui uma estrutura nacional organizada e se utiliza do instrumento de ocupação de terras particulares como forma de protesto, para efetivar a reforma agraria, Em algumas situações ocupa prédios públicos para chamar a atenção do Estado para o cumprimento de metas de assentamento ou liberação de crédito agrícola. Realiza marchas de longa extensão para mostrar a população sua luta e ainda promove a educação dos seus membros em escolas infantis, universitárias, cursos especializados e aprimoramento dos seus companheiros. Professores universitários, advogados, militantes de esquerda, geógrafos, economistas, sociólogos apóiam esta empreitada que resisti desde a década de 80 e se mantém firmes na luta pela Justiça Social. A sociedade por meio de diversas instituições como Pastoral da Terra, Ogns, centros acadêmicos entidades sociais engrossam o movimento que conta, entrementes. com apoio internacional de países de primeiro mundo como a Bélgica, França, Suíça que por vezes atribuíram prêmios ao MST pela defesa dos direitos humanos dos pobres sem terra e dos miseráveis decorrentes da agricultura insuficiente, que abandona seus cidadãos a mercê da fome e da desnutrição geradora de doenças, fortalecendo a acumulação de riquezas dos senhores de terra como se ainda estivéssemos nos tempos coloniais.

O MST possui diversas lideranças cada uma assumindo seu papel no processo de luta pela terra. O trabalho coeso é organizado por João Pedro Stédile economista de formação que coordena os trabalhos políticos, em consonância com seus adeptos. Pela mídia burguesa e por parte de diversos políticos João Pedro é estigmatizado como

[*] Docente do Curso de Direito da UNESP /Franca São Paulo Brasil

demônio que inferniza a "tranqüila e grandiosa propriedade de terra privada no Brasil". O mundo de faz de conta do agronegócio e das grandes somas lucrativas obtidas pelos plantadores de soja, de cana, dos pecuaristas e granjeiros produtores de frango mascaram a fome, que vive grande parte dos brasileiros, as condições de miséria de lavradores e a exploração do nosso solo inclusive das nossas reservas ambientais usadas indevidamente. Quando este quadro é apresentado sem meias palavras por Stédile, ameaças, calúnias e inclusive mecanismos processuais são a ele aplicados por narrar à verdade, que a muitos é melhor esconder, para que o peso da sua consciência não altere seu proceder. Outros militantes se dedicam ao exercício da advocacia, muitos nas estratégias de luta em campo, outros na organização dos assentamentos, outros na divulgação das tantas coisas boas que este movimento realiza a favor dos oprimidos do campo.

Na doutrina jurídico-social o MST, recebeu diversas conotações, a de Varella (1998p227) assim é reproduzida:

O Movimento tem características próprias, típicas dos movimentos sociais desenvolvidos principalmente a partir dos anos 70, o que a teoria sociológica dos anos 90 denomina como novos movimentos sociais em contraste com os velhos movimentos sociais, como o operário, feminista, etc. Enquanto os antigos movimentos sociais baseavam-se em orientações instrumentais, orientações para como Estado e organização vertical, com ideologias baseadas na doutrina esquerda versus direita, liberais contra conservadores, os novos têm como característica, critérios de afetividade, relações de expressividade orientações comunitárias e organização horizontal, com códigos não convencionais, fora da luta operária versus burguesia.

As formas de atuação evoluíram e deram brecha para que um novo direito também fosse pensado um direito elaborado de baixo para cima que resolve conflitos fora do Judiciário, mas não fora do Estado com a Mediação do Ministério Público, de defensorias públicas, de secretarias do Governo, com órgãos de defesa do consumidor, com Ministros, com intervenção de autoridades eclesiásticas e ate com Presidentes, formando um direito alternativo á aquele positivado.

O MST no Brasil deixa muito claro esta postura inovadora para o Direito ortodoxo, pois se percebe que, muitos conflitos não envolvem a participação burocrática, formal e morosa do Judiciário que em muitos casos, adota a postura a favor das elites tradicionais por servirem a estas.

O MST E SUA HISTÓRIA

O Movimento dos Sem Terra, qualificado como movimento social na acepção da palavra é resultado de um processo histórico, descrito nos ensinamentos de Maria do Gloria Gohn, (Loyola 2001) da seguinte forma:

Os movimentos sociais no Brasil existem desde a época colonial, ora se questionava a escravidão, outros momentos o fisco, os direitos dos pequenos camponeses, os atos do poder público, a independência e a luta de classes. No séc. XI X, conforme a autora os movimentos tinham dificuldade de se estabelecer ou de permanecer no poder sendo em maior ou menor tempo, massacrados nas várias regiões do país, pelas forças da legalidade colonial ou imperial As alianças das classes existentes eram tênues e contraditórias O antagonismo das lutas era sempre canalizado

para os elementos estrangeiros, fazendo com que a questão da nação sobrepujasse a das classes.

Nos anos setenta intensifica a união de pessoas em busca de direitos. Surgem os movimentos feministas, a Criação da CPT, responsável pelo fortalecimento dos movimentos sociais do campo, o movimento da anistia, sindical, estudantil e as grandes greves, culminando em 1979 com a criação do MST, e, dos atingidos por barragens. Com o tempo alguns movimentos de ordem nacional foram apoiados por todos os segmentos e estados brasileiros como a luta pela reforma agrária, pelas direitas já, movimentos grevistas, CONTAG, resistência aos tempos de ditadura, movimentos estudantis, lutas pela redemocratização e outros tantos.

Os anos 80 começam com o protesto indígena, criação da Articulação nacional, de movimentos populares e sindicais. Nesta década, iniciou-se a fase de negociação e a era dos direitos com movimentos sociais, em diversas temáticas. Foi neste momento que os pobres saíram do submundo e vieram à luz como cidadãos dotados de direitos estes inscritos na Constituição, mas usualmente negados ou ignorados na prática (Gohn p 127).

Os anos seguintes redefiniram novamente os cenários das lutas sociais: A luta por questões éticas ou de revalorização da vida humana e por direitos sociais, revalorização das cidades, interesses locais e nacionais. Duas outras tendências se fortalecem no cenário nacional social, o crescimento das ONGS e as políticas de parceria implementadas pelo poder público, particularmente no âmbito do poder local. . Trata-se das novas orientações voltadas para desregulamentação do papel do Estado na economia e na sociedade como um todo, transferindo responsabilidades do Estado para as comunidades organizadas com a intermediação das ONGS em trabalhos de parceria entre o público estatal e o público não estatal e, às vezes com a iniciativa privada também.

A busca da cidadania passa ser a dominante, nas lutas contra a violência, corrupção, degradação do meio ambiente, direitos sociais. Não se aceita mais ter de mudar de religião, nacionalidade, padrão cultural ou alterar qualquer aspecto da identidade, para poder participar do mundo atual. As singularidades devem ser respeitadas. Inicia-se também o que Cristóvão Buarque chamou de apartação social (1993) cuja base é o respeito à especificação da situação brasileira, onde o luxo e a miséria convivem, onde as diferenças sociais são marcantes, torna-se promissor as lutas por direito a ter direitos Portanto foram muito bem vindos os movimentos sociais.

E tão bem vindo foi este MST que pode ser considerado um movimento social significativo. Sem Terra é a denominação de um sujeito coletivo criado dentro do processo de estruturação do movimento. A qualificação como sem terra pressupõe a consciência da comum situação de carência e de exclusão social que derive do não acesso a terra e mesmo a condições dignas de existência, são os excluídos dos meios de produção o que confere individualidade ao grupo. O movimento foi construído historicamente também pela força de seus gestos, pela postura de seus militantes e pela riqueza de seus símbolos. Tem sua raiz nas lutas do campesinato brasileiro na luta histórica pela reforma agraria e o acesso dos trabalhadores a seus direitos. A situação alarmante criada no governo militar brasileiro onde a busca pelo crescimento desenfreado apoiado no capital estrangeiro, que endividou grande parte dos pequenos proprietários e que entregou terras públicas para o plantio das grandes multinacionais criou a miséria no campo deixando arrendatários, meeiros e vários trabalhadores sem

terra para plantar. A construção de barragens, a falta de incentivo de política agrícola e a herança histórica da grande propriedade foram os motores da formação e criação do MST.

CONVIVENDO COM O MST

Desde tempos a pesquisa científica de nosso trabalho reside em parte com o MST que passa a ser olhado e avaliado dentro de um processo de resistência, ao capitalismo desenfreado, de luta em defesa dos pobres do campo, daqueles que sem voz, encontram a opressão e a tirania do poder dos ricos e da dominação. O MST mostra um caminho possível. Uma democracia que possibilita uma vida melhor. A escola Florestan Fernandes, do movimento em São Paulo formadora de pensadores e militantes vive o clima inigualável da igualdade onde todos sem exceção respiram a cultura de um modo de vida sonhado para todos. Participar do MST é uma escolha algumas vezes condicionada por uma circunstância social, esta sim não escolhida (CALDART 2004p 57) Portanto quem faz parte desta escolha opta por estabelecer como meta a construção de uma sociedade mais justa onde os latifúndios sejam desapropriados, a propriedade rural fiquem nas mãos dos brasileiros e não ocupadas por empresas multinacionais, que degradam o solo brasileiro. Busca os militantes que: seja definido um limite para o tamanho da propriedade no Brasil que propicie dignidade para todos. No Brasil há propriedades de 2 milhões de hectares. Que na terra seja plantado alimentos para sua população, ao contrario de alimentos para animais europeus ou, para norte americano. Que seja oferecida uma política agrícola igualitária para os produtores rurais com crédito acessível, seguro agrícola e política de preços. Que os índios tenham sua terras demarcadas e o quilombolas, possam se tornam donos de suas comunidades. Que os povos da floresta sejam amparados por políticas que dêem segurança em suas atividades e não sejam reféns de empresas capitalistas que os exploram. Que o imposto territorial seja cobrado de forma sumaria assim como o imposto de renda. Que deixe o MST ser um agente de luta e não o criminalize, pois sua luta é justa, legal e vai ao encontro dos objetivos legais da carta brasileira. Que a os assassinos dos trabalhadores rurais sejam punidos e que a violência estrutural e institucional tenha um fim no meio rural. De uma forma atual a proposta está assim estabelecida de forma oficial:

1) modificar a estrutura da propriedade da terra.
2)Subordinar a propriedade da terra à justiça social às necessidades do povo e aos interesses sociais.
3) garantir que a produção da agropecuária esteja voltada para a segurança alimentar, a eliminação da fome e o desenvolvimento econômico e social dos trabalhadores.
4) apoiar a produção familiar e cooperativada com preços compensadores, tendo em vista, créditos e seguro agrícola.
5) implantar a agroindústria e a industrialização no interior do país. Buscando o desenvolvimento harmônico das regiões e garantindo a geração de empregos, especialmente para a juventude.
6) aplicar um plano especial na região do semi-árido

7) desenvolver tecnologias adequadas à realidade, preservando e recuperando os recursos naturais com um modelo de desenvolvimento rural que garanta melhores condições de vida, educação, cultura e lazer para todos.

Face a esta carta de proposta é fácil entender porque quem conhece o Movimento e compreende a estrutura rural brasileira, sem especulações mas com estudo aprofundado , opta em defender este movimento. Deixou de existir O SEM Terra que inspira piedade. Hoje o Sem Terra é o trabalhador sujeito de Direitos que merece respeito um exemplo de cidadão a ser seguido (Caldart, 2004p 213).

Em outras linhas MST é movimento social legitimo e legal é produto de luta e resistência de cidadãos oriundos de um conflito de terras que no Brasil ainda não findou, por mais que a modernização, tenha atingido o campo e construído um pais moderno, tecnológico de um lado, com avanços e índices de Super safras, que convive com a fome miséria e ausência de cidadania de outro lado.

Alterar e produzir novos sistemas organizacionais no meio rural não é só uma questão política ou interesse de parte da sociedade é uma verdadeira obrigação do ente público, cobrada pela cidadania de todos os segmentos sociais. A luta expressa pelo MST e seu trabalho de protesto e resistência, manifesta uma expressão popular, participativa na vida política do país, na busca pela efetivação do Estado Democrático de Direito.

Mas não é só. O MST busca a dignidade de um trabalhador que enfrentou séculos a desigualdade legal as formas degradantes de trabalho, de habitação e que sofreu desafios, de ser expulso do campo e ser acusado de inchar as cidades. A combatividade do MST tem melhorado a vida de milhões de brasileiros, quer com o acesso a terra, quer com a educação e conscientização de sua cidadania, quer com o alimento colhido, com sentimento de justiça e direito. Por tudo isto sua crença e trabalho merecem nosso apoio e divulgação.

REFERÊNCIAS

CALDART , Roseli Salete . **Pedagogia do Movimento Sem terra** . São Paulo: Expressão Popular . 2004.

CRUZ , Angélica Santa . Amorin espalha franquias do MST. In: **O Estado de São Paulo,** Caderno A Nacional 30 de julho de 2006 p 14.

GHON , Maria da Glória . **História dos Movimentos e lutas Sociais**: A construção da cidadania dos brasileiros. São Paulo: Loyola.2004

MANIGLIA , Elisabete . **As inter faces do Direito Agrário os Direitos Humanos e a Segurança Alimentar.** São Paulo Editora UNESP . e- book, 2009.

_____. Direito Agrario e Cidadania: Construindo a democracia no campo. Franca SP: **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**. Numero 11 ano 7 jan dez 2002.

_____. MST porque dizer sim. Franca SP: **Revista de Estudos Jurídicos Unesp.** Numero 7 ano 4 jan jul.1999

SAUER, Sergio.PEREIRA João Marcio (orgs). **Capturando a terra** . São Paulo: Expressão Popular .2006.

STÉDILE, João Pedro, FREI Sergio. **A luta pela terra no Brasil** São Paulo: Editora Pagina Aberta .1993.

VARELLA, Marcelo. Um novo movimento social In: **O Direito Agrario em Debate** . Porto Alegre : Livraria do Advogado , 1998, p212.

DISCRIMINAÇÃO RACIAL E SISTEMA DE JUSTIÇA NO BRASIL

Ísis Aparecida Conceição[*]

Alguns afirmam que só com o positivismo ganhou a criminologia consciência de si, contudo, a Escola Clássica tornou pela primeira[1] vez possível referenciar uma reflexão sistemática e coerente sobre o problema do crime, por isso apontamos essa escola, a Clássica, como o início da criminologia como ciência. .

A escola clássica caracterizou-se por ter projetado sobre o problema do crime os ideais filosóficos e o "ethos" político do humanismo racionalista, para estes o principal objetivo do direito criminal e da Ciência criminal é prevenir os abusos por parte das autoridades; pressuposta a racionalidade do homem, haveria apenas que indagar sobre a eventual irracionalidade das estruturas de controle, isto é a lei. O crime deveria ser compreendido não como uma entidade de fato mas sim como uma entidade de Direito.

Em contrapartida, para os teóricos positivistas o homem não era um ser racional agindo livremente, mas sim produto de um meio genético. Enquanto os clássicos viam o mundo de forma maniqueísta - bons e maus -, os positivistas apontavam um *continuum* no qual existiriam diferentes graus de criminalidade e maldade. "O crime deixava de ser uma questão moral como para os clássicos e passava a ser uma questão médica, psicológica e sociológica." (Ribeiro, 1995, p.47)

A pergunta que era feita pela escola positiva era "por que motivo faz o delinqüente o que faz?" esses teóricos tinham a criminalidade como uma realidade ontológica pré-constituída. O primeiro célebre cientista desta corrente a tratar desta questão foi Cesare Lombroso.

Lombroso pressupunha um conjunto de estigmas biológicos e anatômicos que caracterizariam o criminoso e revelariam nele a reminiscência de um nível inferior da escala do desenvolvimento humano[2]. Era uma espécie de determinismo biológico que marcava profundamente essas pessoas tidas como sub-humanas, um tipo humano especial, intermediário entre o louco e o selvagem, produto de anomalias verificáveis no cérebro, o que o levaria a reproduzir na sua pessoa os instintos ferozes da humanidade primitiva.

---

[*] Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

[1] Dentre os autores anteriores à escola clássica alguns há de resto, que merecem referencia conforme coloca Manuel da Costa Andrade e Jorge Figueiredo Dias (p.07, 1997), são esses: Platão, que viu o crime como uma doença; Aristóteles o qual considerava o criminoso um inimigo da sociedade, que deveria ser castigado; São Tomas via na miséria a causa do crime; Morus, o qual consideraria o crime um reflexo da própria sociedade; por ultimo, B. Della Porte, considerado o fundador da fisionomia, concluiu pela existência de conexões entre a forma do rosto e o crime, assim abrindo as portas às teorias que mais tarde seriam defendidas.

[2] **"**O modelo de LOMBROSO aproxima-se, portanto, como já se observou, ao modelo proposto por CUVIER, da hierarquia dos tipos raciais, e por seu discípulo SMITH, da recapitulação embrionária. Como afirma ZAFFARONI, LOMBROSO está mais próximo de GOBINEAU do que do evolucionismo de DARWIN ESPENCER (1988, p. 167). Ou seja, LOMBROSO defende a vertente pessimista da teoria dos tipos raciais, que se baseava na idéia de decadência ou degeneração das raças principais." (DUARTE, p.114)

Estas anomalias, segundo Lombroso, proviriam em parte da degeneração e em parte do atavismo, o criminoso atávico, exteriormente reconhecível[3], corresponderia a um homem menos civilizado que os seus contemporâneos, representando um enorme anacronismo, um indivíduo cuja ontogênese não obedece aos ritmos de evolução da filogênese.

Conforme colocou, brilhantemente, Zaffaroni:

> En síntesis, podría decirse que, para Lombroso, la humanidad sería un gigantestesco organismo en trasformación cuyas células más evolucionadasy diferenciadas serían las europeas, y las más atrasadas, las colonizadas periféricas, pero que, as veces, po razones que respondían al azar boloógico, en medio de los tejidos más nobles surgían células análogas a las de los tejidos más atrasados, que era necesario depurar porque agredían a las restantes, dañando la función rectora del tejido superior. (ZAFFARONI, 1988, p.163).

No prefácio da Quarta edição de sua obra O Homem Delinqüente, Lombroso já demonstrava a tendência racista que sua obra teria, ao tentar esclarecer que nem todos os povos propensos ao crime possuem todos os estigmas[4], escrevendo que "...as anomalias atávicas não se encontram todas com a mesma abundância nas raças mais selvagens; mais freqüentes nestas entretanto do que em povos mais civilizados, elas variam na proporção, sem que a ausência de uma ou de outra possa ser vista como marca de maior inferioridade na raça. Assim, duas anomalias atávicas, o osso do Inca e a covinha ociptal, encontram-se juntas em raças semi-civilizadas como a raça americana, e são raras entre os negros, entretanto, mais bárbaros." (Lombroso, p.XXI). "O prognatismo, a cabeleira abundante, negra e crespa, a barba escassa, a pele morena, a oxicefalia, os olhos oblíquos, o crânio pequeno, a mandíbula e os zigomas

---

[3] Interessante é notar a sempre presente influencia de Lombroso, a qual ultrapassa os séculos a chega até os dias atuais como demonstra essa conclusão expressa em The Times, de 11 de outubro de 1935: "A pessoa gorda, diz um Juiz, não escreve cartas anônimas. São os magros que se sentam às secretárias, como são os dedos ossudos que mergulham as canetas no vitríolo e constroem bombas para que os inocentes carteiros as distribuam" (MANNHEIM, p.315).

[4] Não devemos, alias, esquecer que a representação do criminoso como um ser exteriormente reconhecível, através de determinados estigmas, corresponde a um dos estereótipos mais antigos e mais duradouros da experiência humana. Estereótipos que freqüentemente afloram em obras como o Thersides (de Homero), o Ricardo III e Machbeth (de Shakespeare), o Jacques Lantier (de Zola), o Luis da Cunha (de Camilo), Oscar Wilde em ''O Retrato de Dorian Grey'' , R.L. Stevenson em ''O Médico e o Monstro'', neste aflorando a dicotomia da alma em suas partes ''boa'' e ''má'' (Doutor Jelkyll e Mr. Hyde), Asua, que sugeria a vinculação da ''tendência para o mal'' àquela imagem platônica da alma puxada por dois cavalos: o negro — dos maus instintos, e o branco — da bondade! Aristóteles que estabelecia uma correlação entre o físico e o psíquico, entre a aparência e a alma, tanto que teria aconselhado Alexandre a que escolhesse os seus ministros pela fisionomia. Trechos do pronunciamento no 1º Encontro Nacional de Execução Penal, Brasília, agosto de 1998. "Classificação e triagem dos condenados". Proferido por Joazil M. Gardés. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal59.html>. Acesso em 21 out. 2004.

desenvolvidos, a testa oblíqua, as orelhas volumosas, a analogia entre os dois sexos, uma maior envergadura - são novos caracteres, acrescidos aos necroscópios, que aproximam o delinqüente europeu do tipo australiano e mongol" (LOMBROSO, p.232), e ainda ao analisar a fisionomia dos delinqüentes coloca, "em geral, o delinqüente nato tem orelhas de abano, cabelos abundantes, barba escassa, os senos frontais e as mandíbulas enormes, queixo quadrado e proeminente, zigomas aumentados, a gesticulação freqüente, em suma um tipo parecido com o Mongol, ás vezes com o negro". (LOMBROSO, p.234)[5]

A concepção da Escola Positiva foi transposta com maior aceitação para a realidade brasileira enraizando-se profundamente nas agências do sistema penal e no senso comum. O peso das teorias e teses desta escola na cultura política brasileira pode ser avaliado pela sobrevivência, tanto no senso comum como na mentalidade de governantes e autoridades encarregadas de formular e implementar políticas públicas penais, de alguns de seus pressupostos, sobretudo aqueles que apontam o maior "potencial criminógeno" em negros do que em brancos.

As premissas da Escola Clássica encontraram dificuldades na sua aplicação de forma ampla e irrestrita no Brasil, pois o livre arbítrio absoluto, para os clássicos brasileiros, era difícil de ser aceito em face de uma série de fatores práticos a exemplo da necessidade de considerar o escravo e o negro liberto como elemento constituinte da realidade nacional. Assim, surge uma alternativa teórica que defendia o livre arbítrio relativo, a escola neoclássica. Os neoclássicos tentavam conciliar o livre arbítrio com o determinismo de um tipo específico (social e psicológico, não biológico).

Em seu artigo "Clássicos e Positivistas no moderno direito penal brasileiro: uma interpretação sociológica", bem como em seu livro Cor e Criminalidade, Carlos Antônio Costa Ribeiro[6] analisa o julgamento de José Palmiere nos autos do processo criminal de nº 258, maço 102, encontrado no arquivo do Primeiro Tribunal do Júri da cidade do Rio de Janeiro. O autor aponta a presença da disputa entre as duas escolas durante o desenrolar do processo, o que resultou, ao longo do mesmo, em idas e vindas em direção à concepção de criminalidade de uma escola, a positiva, à outra, a clássica. Por trás desse debate, puramente escolástico na aparência, problemas mais práticos se evidenciam. Efetivamente, estava em jogo a implantação de dispositivos normalizadores capazes de administrar as desigualdades presentes e identificadas como inerentes na sociedade brasileira, desigualdades para as quais não se vislumbravam e buscavam possibilidades de desconstrução, mas apenas de gerenciamento.

Os juristas reformadores situados no centro da tensão entre os ideais de igualdade política e social do novo regime e as desigualdades sociais percebidas como heranças constitutivas da sociedade eram exigidos no sentido de uma articulação de concepções e demandas opostas e, por que não? Contraditórias (ALVAREZ, 2003, p.214). O Código Penal de então, fazia pressupor que no país existiam indivíduos recuperáveis por meio de castigos, os irrecuperáveis e os que precisavam, na verdade, de tratamento médico.

---

[5] Tradução Livre: In genere, i più fra i delinquenti – nati hanno orecchi ad ansa, capelli abbondanti, carsa la barba, seni frontali spiccati, gesticolazione frequente, tipo, insomma, somigliante al Mongolico e qualche volta al Negroide.

[6] RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. (1994) "Clássicos e Positivistas no moderno direito penal brasileiro: uma interpretação sociológica,1994, p. 130-146.

Fatores de hierarquização, estigmatização e diferenciação, de caráter puramente sócio-culturais, contribuíam para a definição de quais indivíduos seriam castigáveis, tratáveis ou irrecuperáveis. É na hora de definir quem deveria receber um ou outro tratamento que a ambigüidade do sistema de normas penais mistura-se aos procedimentos sociais, produzindo, em nome da objetividade da ciência, resultados que expressam o caráter desigual e hierárquico da sociedade brasileira. (RIBEIRO, 1994, p.146).

> [...] havia uma forte tendência de discriminação racial nos julgamentos do Tribunal do Júri. Os acusados pretos têm 38 pontos percentuais a mais de chances de condenação do que os acusados brancos, e os acusados pardos têm 20.5 pontos percentuais a mais de chances de condenação do que os acusados brancos. Por outro lado, quando a vítima é parda, o acusado tem 29.8 pontos percentuais a mais de chances de absolvição do que quando a vítima é branca, e se a vítima for preta, e não branca, o acusado tem 15.3 pontos percentuais a mais de chances de absolvição. É importante lembrar que, segundo as análises estatísticas, o fato de o acusado ser preto é o que mais aumenta as probabilidades de condenação, e o fato de a vítima ser parda ou preta é o que mais aumenta as chances de absolvição". (RIBEIRO, 1995, p.143).

Ribeiro diz que a combinação dessas idéias, classicas e positivas, se dá em uma dialética que concede uma maior liberdade aos funcionários judiciais possibilitando que esses caracterizem a partir de interesses próprios os atos das pessoas identificadas como acusadas ou suspeitas. Por interesse próprio entende-se o de vigiar, punir, condenar, absolver, amenizar ou agravar penas (1995, p.55).

O ecletismo penal brasileiro manifestou-se na tendência em apagar as diferenças entre as diversas correntes de pensamento voltadas para o problema criminal. Como resultado desta recepção conciliadora das teorias criminológicas européias, a compreensão do crime e do criminoso foi encarada, no Brasil, como um problema complexo demais para ser explicado somente pelos juristas, este problema também abarcaria aspectos sociológicos e biológicos.

Naquele momento, a crença no binômio diferença-inferioridade era pressuposto do discurso científico-jurídico formulado.

Lombroso, de maneira simples, perguntava "por que os criminosos são criminosos?", mas não preocupou-se em explicar por que afirmava que os "selvagens", os africanos, os índios da América do Sul e os Australianos eram criminosos.

O discurso criminológico, neste sentido, conforme Charles Pizza (2002)

> [...] pode ser visto como uma ideologia que confundirá a agressividade e a alienação do homem sujeito ao processo de colonização com sua intrínseca maldade, classificando como modo de ser criminal todas as formas de sobrevivência à realidade colonial, as adaptações aos modelos impostos e à violência classificatória sofrida, mas, sobretudo, toda a diversidade humana biológica distinta dos padrões europeus e todas as formas de expressão cultural capazes de possibilitar respostas, ainda que simbólicas, à perda da identidade diante do processo colonizador." (p.137).

Os juristas reformadores no Brasil não se comprometeram em tentaram abrir espaço para extensão da cidadania às classes populares, buscaram estabelecer critérios diferenciados de tratamento jurídico e institucional, que acabaram por recolocar novas formas de dominação. A nova escola penal, com o seu saber criminológico, inventou uma fórmula para tornar aceitável e legítima a nova ordem que se formava no Brasil, sem alterar bases estruturais fundada na desigualdade, e estabeleceu uma conexão entre cidadania e controle social que pensamos permanecer até os dias atuais nessas instituições.

Sabendo que a partir deste discurso instituições foram criadas, reformas foram planejadas, diversos indivíduos tiveram suas vidas afetadas, torna-se difícil considerar esse processo histórico da recepção de tais idéias como algo sem maiores desdobramentos efetivos.

O processo de formação do nosso sistema penal pós-império apoiou-se em um modelo de Controle Social violento que pode ser percebido até os dias atuais nas criticadas práticas policiais, glorificadas e justificadas em razão dos aparentes níveis de insegurança social que são comparados aos de um conflito militar, a exemplo dos filmes nacionais dos dias atuais.

Contudo, estas teorias fundantes do nosso sistema passaram a ser objeto de questionamento em razão de um impulso de deslegitimação do sistema penal e seus paradigmas. Esse impulso deslegitimador foi levado a cabo pelo paradigma crítico que, a partir da década de sessenta, surgiu como uma proposta de desconstrução e deslegitimação do sistema penal e seus paradigmas.

Podemos aludir a, pelo menos, quatro desconstruções fundamentais, que, embora convergentes, se estruturam a partir de diferentes perspectivas analíticas: a desconstrução marxista, a desconstrução foucaultiana, a desconstrução interacionista (do "labelling aproach") e a desconstrução abolicionista (ANDRADE, 1994, p.1997)

Para Foucault (1987), numa economia política, o sistema penal somente poderia ser visto como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades e não para suprimí-las, resultando daí o fato de aplicar-se seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos. A prisão ao, aparentemente, fracassar no seu objetivo declarado de combater a criminalidade, não erra o seu objetivo, ao contrário, ela o atinge na medida em que:

> [...] contribui para estabelecer uma ilegalidade visível, marcada, irredutível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou que se deve tolerar. Essa forma é a delinqüência propriamente dita." (p.243)

Shutherlend em seu clássico artigo sobre a criminalidade de colarinho branco, ao analisar dados estatísticos de vários órgãos das áreas de economia e comércio, constatou uma impressionante quantidade de infrações às normas praticadas por pessoas destes setores. O pesquisador trouxe uma visão mais sofisticada sobre a criminalidade do que a

do paradigma etiológico da escola positivista[7], trazendo a luz do estudo sobre a criminalidade o efeito funil e de seletividade do funcionamento do sistema penal.

A revelação dessa criminalidade impune em parte desqualificou os dados estatísticos oficiais sobre a criminalidade, evidenciando que estes nada informavam sobre a real criminalidade, apenas permitiam uma visualização da qualidade da criminalização, isto é, qual o tipo de crime e de criminoso buscava-se atender como clientela desse sistema seletivo.

Assim, as estatísticas criminais assumem nos países periféricos muito mais a função de permitir o conhecimento de um setor da criminalização, a criminalidade legal[8], como identifica Aniyar de Castro (1983, p.67), trazendo uma nova dimensão científica das estatísticas oficiais. Essas estatísticas, para o paradigma da reação social, funcionam como um instrumento privilegiado para estudo não da criminalidade, mas, sim, da lógica do controle social, isto é, do modelo de comportamento das instâncias de controle e das suas específicas "clientelas" uma vez que

> nem todo delito cometido é perseguido, nem todo delito perseguido é registrado, nem todo delito registrado é averiguado pela polícia, nem todo delito averiguado é denunciado, nem toda denuncia é recebida e nem toda denuncia termina em condenação."(BARATTA, 1991, p.103).

Como bem disse Boris Fausto (1984)

> Certamente, o maior índice de condenação de pessoas de cor não é ocasional. Estamos diante de um produto de um tratamento discriminatório a partir de um *handicap* social amplo sobre o qual incide um conjunto de circunstâncias. Ou seja, não se trata apenas do preconceito genérico contra o preto; o que se tem diante dos olhos, cabisbaixo diante da imponência da sala de sessões, é um ser inferior – preto e pobre -, acusado de um delito com relação ao qual há má vontade dos julgadores leigos ou togados, defendido apenas formalmente por um advogado de circunstância. (p. 235-36)

Sergio Adorno (1996, p.3) destaca que a manutenção da prisão em flagrante, dado que segundo ele inclina à condenação na sentença, é uma tendência mais acentuada para réus negros (62,3%) do que para réus brancos (59,2%). Para Zaffaroni (1988, *passim*) se o sistema penal concretizasse o poder criminalizante para o qual está programado provocaria uma catástrofe social, entendendo, assim, que a imunidade e não a criminalização é a regra no funcionamento do sistema criminal, estando este estruturado para que a legalidade processual não opere em toda a sua extensão[9] uma vez que face à

---

[7] Em 1939 Edwin Sutherland apresentou o seu artigo: **O Criminoso de Colarinho Branco**, perante o 34º Congresso da Sociedade Americana de Sociologia.

[8] Aniyar de Castro identifica três tipos de crimialidade que seria a legal: registrada em estatísticas oficiais, a criminalidade aparente: conhecida pelos órgãos de controle social mas não constam das estatísticas e por fim a criminalidade real, ou seja, a totalidade dos delitos cometidos na sociedade.

[9] HULSMAN coloca que é absurdo programar uma máquina para que esta funcione com um mau rendimento a fim de evitar que esta deixe de funcionar.(1993,p.65). Mas, em um país

disparidade entre a atuação idealizada no plano legislativo e a capacidade operacional de seus órgãos (disponibilidade de recursos para implementação da programação) este apenas mantém-se e legitima-se pressupondo uma atuação seletiva

> [...] a criminalidade não é um comportamento de uma minoria restringida, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social ligada a ela), mas ao contrário, o comportamento de amplos estratos ou até da maioria dos membros de nossas sociedades"(BARATTA, 1991, p.103).

É nesse modelo de sistema criminal que a seletividade quantitativa[10], necessária para a existência do sistema, passa a ter uma conotação também qualitativa ao longo do processo de criminalização. O funcionamento seletivo do sistema não depende apenas da defasagem denunciada entre programas de ação e recursos disponíveis, mas depende também de outra variável estrutural, a especificidade da infração e a relevância social do autor.

A distribuição seletiva do *status* de criminoso se dá tanto no processo de criminalização primária, momento de escolha dos bens jurídicos que a sociedade pretende defender, quanto no momento de criminalização secundária, realizado no momento de aplicação das normas penais pelos membros da Polícia, Ministério Público, e Poder Judiciário.

Numerosas são as pesquisas desenvolvidas nos últimos anos, em sua maioria associada ao paradigma da reação social, com o propósito de demonstrar como tais variáveis (etnia, condição familiar, *status* social, etc.) exercem influência e condicionam a seletividade decisória dos agentes do sistema penal: Polícia, Ministério Público e Juízes.

Boris Fausto, em análise dos dados referentes às prisões em São Paulo, no período compreendido entre 1880 e 1924, pontua que:

> Não há nada de surpreendente no fato de que negros e mulatos contribuam com um maior peso proporcional de detenções quando se tem em conta, de um lado, o caráter contravencional da maioria destas condutas cometidas por uma maioria, mas apenas reprimidas, legal e normativamente, quando o sujeito destas condutas faz parte de um grupo que precisa ser reprimido, e, de outro, a situação de marginalidade ou subemprego a que foi confinada a população negra – sobretudo a masculina – após a abolição. Por sua vez, não há dúvida de que uma discriminação avassaladora foi também responsável por estes números"(1984, p.54).

O autor chama ainda a atenção para o fato de que negros e multatos eram presos em proporção duas vezes maior do que sua representatividade na população da cidade e

---

periférico como o Brasil, onde o sistema de Justiça tem que apresentar uma aparência de funcionalidade até mesmo para que seja eficaz em sua real função de seleção dos descendentes de africanos, essa ilógica faz todo o sentido.

[10] Apenas cinco em cada 100 boletins de ocorrência registrados na capital paulista são investigados pela polícia. Esse foi o resultado da pesquisa "Taxa de Impunidade Penal" realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP). Foram pesquisados 344.767 boletins de ocorrência registrados em 16 delegacias da Zona Oeste da capital, e só 5,48% foram convertidos em inquérito policial, isto é, foram investigados pela polícia. Disponível em: http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=1675&Itemid=29 acesso em 20 jul. 2008.

para o número maior de negros do que de mulatos presos, apesar da presença destes ser em proporção inversa na sociedade paulistana. Quando da análise de processos deste período e seus desfechos, é possível traçar um parecer atemporal nos efeitos que a influência do racismo no desfecho dos processos, conforme a cor do réu.

Discriminação racial é a conclusão a que chega, ao constatar que no período por ele analisado, a absolvição e o arquivamento constituíam o resultado minoritário para os réus de cor preta e majoritário quando se tratava de réus de cor branca. (FAUSTO, 1984, p.235). Essa desigualdade permanece no funcionamento do sistema, conforme apontou Sérgio Adorno em sua pesquisa sobre Discriminação Racial No Sistema de Justiça Criminal, desenvolvida durante os anos noventa. O autor constatou que réus negros eram presos em flagrante em maior número, respondiam em menor número em liberdade aos processos criminais e eram em maior número dependentes da assistência judiciária.

Essa última constatação, uma variante explicada pelo viés do racismo estrutural, uma vez que reflete a condição sócio-econômica em conjunto com a variante racial, acentuando as desigualdades e seleções patentes do controle criminal paulistano. As duas pesquisas trazem um desfecho comum que aponta para uma maior proporção de réus negros condenados (68,8%) em relação aos réus brancos (59,4%), bem como o maior número de réus brancos absolvidos (37,5%) em relação aos réus negros (31,2%). (ADORNO, 1996, p.03)

Adorno preocupou-se em avaliar o estrato sócio-econômico dos réus, conferindo que ambos, brancos e negros, faziam parte do mesmo grupo social, recrutados nos mesmos estratos sócio-econômicos desfavorecidos, compostos majoritariamente por grupos de trabalhadores de baixa renda, pauperizados, ao que se associa a baixa escolaridade.(1984, p.17).

Em sentido de resultados similares, com métodos de pesquisa diferentes e o mesmo objeto, o IBCCrim, em 2003 analisou sentenças proferidas em processos referentes a crimes não-violentos[11]. Podemos perceber, de forma nada surpreendente[12], o mesmo padrão de resultados em razão da cor, bem como do gênero, categorias a que o instituto se voltou. Os homens negros, nos dados levantados aumentavam proporcionalmente a sua representação conforme o desenrolar do processo, inversamente ao que ocorria com os brancos, o que denota um movimento antagônico no decorrer do processo penal para cada grupo. A pesquisa do instituto também

[11] Existe um entendimento no sentido de que o racismo institucional é mais bem observado em crimes não-violentos, como os contra o patrimônio, trazendo o viés estrutural da concepção racial criminal que se relaciona de forma intensa com o capitalismo.

[12] É no mínimo inocente acreditar que uma instituição construída com valores que manteriam a sociedade hierarquizada racialmente, e que em nenhum momento da história do país teve qualquer tipo de intervenção estatal com a finalidade de desconstrução desse caráter racializado, (com exceção da previsão que encontramos no parágrafo primeiro do artigo terceiro de lei 7210/84 que prevê a aplicação da lei sem qualquer tipo de discriminação) constituinte da instituição, deixou de reproduzir esses valores parte de sua lógica de funcionamento. Não afirmamos que seria impossível uma mudança no nosso modelo de controle, seria possível tal mudança se essa fosse um reflexo de uma transformação nos valores que informam os comportamento e as relações raciais da sociedade, mas no Brasil essa alteração nas relações sociais ainda não aconteceu, somente práticas cotidianas de relações raciais hierarquizadas e com a finalidade de manutenção desta hierarquização podem explicar os números da desigualdade racial que os órgãos oficiais de Estatística apresentam.

constatou um maior número de inquéritos iniciados com prisões em flagrante para réus negros, enquanto a maioria dos réus brancos foi indiciada por portaria. (LIMA, TEIXEIRA& SINHORETTO, 2003, p.3).

As conclusões apresentadas não são diferentes da que chegou Carlos Antonio Costa Ribeiro quando da sua pesquisa no Tribunal do Júri do Rio de Janeiro com processos do período compreendido entra os anos de 1900 a 1930. O autor diz em suas conclusões ser possível perceber que os acusados pretos tinham 38% mais chances de condenação do que os acusados brancos, e os acusados pardos tinham 20,5 % mais chances de condenação do que os acusados brancos e sendo a vítima parda o acusado tinha 29,8% mais chances de ser absolvido do que quando a vítima era branca, e sendo a vítima negra o acusado tinha 15,3% mais chances de absolvição em comparação á uma vítima branca. O autor afirmava que, constatada a forte tendência de discriminação racial no Júri era importante lembrar que: "o fato do acusado ser preto é o que mais aumenta as probabilidades de condenação, e o fato de a vítima ser parda ou preta é o que mais aumenta as chances de absolvição".(1995, p.143).

Ribeiro teve como estímulo, para a construção do seu objeto, a constatação similar em sua pesquisa sob orientação da professora Yvonne Maggie sobre os crimes de curandeirismo que:

> a maioria das pessoas acusadas nos inquéritos policiais constituam-se de brancos. Mas ao analisar um pequeno conjunto de vinte e três processos criminais julgados nos Tribunais , a antropóloga verifica que todos os condenados eram negros e que nenhum branco havia sido condenado." (1995, p.12)

Essas informações, históricas e estatísticas permitem notar como a categoria raça, presente na gênese do controle social mundial foi, no Brasil, absorvida na formação do nosso modelo de controle social e como a ausência do reconhecimento das influências deste processo, no presente momento, implica, do ponto de vista legal dos gestores públicos de segurança e das políticas publicas na área do judiciário, em um racismo enquanto realidade fática, constatada pelo Estado, mas não problematizada; essa prática de racismo é definida como "cegueira racial".

As instituições, ao se mostrarem cegas ao conceito de raça e racismo, recusando-se a analisar as hierarquias raciais produzidas por suas práticas e aceitando sem questionamento todas as neutralizações[13] do debate de raça, deslocando-o para outras categorias como classe, identidade, idade, etc terminam por colaborar e manter a lógica de funcionamento, deliberadamente estruturada e que em nenhum momento teve uma política igualmente deliberada no sentido de desconstruí-las.

O pior da cegueira racial[14] é que os gestores que caracteristicamente trazem esse padrão de atuação encaram os que levantam a temática racial como se fossem eles os

[13] Em países onde a hierarquia social se confunde com a racial, não existe neutralidade em políticas raciais, estas políticas identificadas como "neutras" na verdade têm como base os valores de branquidade, ou seja, os valores raciais do grupo dominantes.

[14] Cegueira Racial é a forma como definem os estudiosos o filtramento racial e racismo institucional no sistema de justiça criminal a postura de não problematização no âmbito legal, tecnocrático, de gestão de risco e jurisprudência desta realidade constatada mas ignorada pelos gestores destas políticas. Essa postura de Cegueira Racial pode ser vinculada ao pacto narcísico que a professora Maria Aparecida Silva Bento conceituou em sua tese, onde o silêncio, o não

racistas[15]. Assim, desqualificam os pesquisadores, funcionários e todos que tentem lidar com as implicações raciais das práticas institucionais. (Musumeci, 2005, p.240).

Nos EUA, a sensibilização dos profissionais e a ampliação do âmbito do debate, levando as práticas de filtramento policial à discussão no país por meio dos tribunais, questionando os critérios utilizados para suspeita, trouxe um espaço de discussão sobre o racismo institucional. Steve Martinot (apud Musumeci, 2005, 253) reconceitualiza a discriminação policial ao identificar a discricionariedade não como um espaço livre e neutro para a tomada de decisões profissionais, mas como um reino de impunidade que constitui um regime racial com suas próprias leis e práticas brutais que permaneceram "invisíveis" por deferência da Corte americana.

Essas variáveis constatadas não são legalmente reconhecidas ou refletidas pelas agências, mas as suas regularidades levam à conclusão de que:

> [...] o predomínio desproporcionado das classes inferiores nas instancias de controlo e nas estatísticas oficiais da criminalidade, não pode imputar-se ao acaso, antes devem encarar-se como grandezas sistematicamente produzidas.(DIAS & ANDRADE, 1984, p.385)

A partir disso, surge a demonstração de que a seletividade tem sua constância condicionada às leis de um assim chamado "código social latente", integrado por mecanismos de seleção, no Brasil. Esses mecanismos têm caráter estratificador e buscam perpetuar as desigualdades e criminalizar os assim identificados como fora do padrão normal. Dentre os mecanismos de seleção, podemos destacar como de enorme importância os estereótipos de autores associados às "teorias de todos os dias", isto é, o senso comum sobre o que é criminoso e o que é criminalidade.

Esses estereótipos têm enorme força persuasiva e eficácia seletiva, operando claramente em benefício das pessoas que exibem os estigmas da respeitabilidade dominante e em prejuízo dos que exibem os estigmas da associabilidade e do crime.(DIAS & ANDRADE, 1984, p.541).[16]

Com a descoberta desse "Código Social Extra-Legal" foi possível encontrar explicação para a regularidade da seleção criminal que superasse a explicação determinista negatória da dignidade humana de determinados grupos das escolas etiológicas, afirmando, assim, que a clientela do sistema penal era constituída de pobres

---

debate e o não reconhecimento da variante racial como relevante faz parte de um acordo silencioso entre os que temem perder os privilégios de que desfrutam numa sociedade onde ser branco é valorado positivamente e implica em vantagens na competição capitalista.

[15] A Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirma que essa pratica de minimizar as agressões raciais cotidianas : "tem como efeito a discriminação indireta na medida em que impede o reconhecimento do direito de um cidadão negro de não ser discriminado e o gozo e o exercício do direito desse mesmo cidadão de aceder à justiça para ver reparada a violação. Demais disso, tal prática causa um impacto negativo para a população afro-descendente de maneira geral." (CIDH, 2006)

[16] Os estereótipos no momento da formação da convicção do Juiz a partir dos elementos trazidos aos autos operam de forma a beneficiar as pessoas que trazem o estigma de respeitáveis e em desvantagens daqueles que trazem o estigma de criminoso, cor, grupo social, grau de formação educacional, etc. Os Juízes e razão dessas construções esperam um comportamento conforme a lei por parte dos membros dos extratos superiores e contrário a lei dos membros dos extratos inferiores. (ANDRADE, 1994, passim).

em sua maioria, não porque estes tinham uma maior tendência para delinqüir, mas mais precisamente porque tinham maiores chances de serem etiquetados como delinqüentes.

A professora Vera Regina Pereira Andrade aponta que a eficácia dos mecanismos de seleção manifesta-se não somente na atuação policial, mas também na atividade jurisdicional ao longo da multiplicidade de decisões de que se incumbem os juízes e os tribunais, decisões essas que transcendem os elementos legais e oficiais que vinculariam a tomada de decisão. Seja no momento da fixação dos fatos, na sua valoração e qualificação jurídico-criminal ou na escolha e quantificação da pena; seja, assim, na discricionariedade permitida pela vagueza e ambigüidade da linguagem da Lei Penal, seja na discricionariedade para a fixação da verdade processual dos fatos, pela ausência de parâmetros precisos surge postulada como necessária à mediação das normas derivadas do *second code*[17] dos juízes.

As decisões judiciais não são sempre dogmaticamente fundamentadas e justificadas, a vagueza e ambigüidade do direito positivo permite um espaço de discricionariedade inerente à Ciência do Direito e a atuação do Juiz, que é dar sentido a lei "criando direito". Assim, a sentença não é algo neutro, mas sim "um silogismo retórico em que se parte da conclusão para depois buscar as premissas" (BRUM, 1980, p.45, apud GROSNER, 2008, p.66)

Essas decisões, assim, são tomadas em função do código ideológico que orientará o operador jurídico a partir das suas expectativas sobre o fenômeno criminal e quem dele é regular cliente (GROSNER, 2008, p.66). [18]Aos Juízes, membros de estratos economicamente superiores, cabe o recrutamento final, iniciado pelos agente policiais, das pessoas que serão identificadas como criminosos, quase sempre membros dos estratos economicamente inferiores da sociedade.

A seletividade pode ser percebida em função da especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, operando em duas dimensões: a imunidade de certos segmentos sociais face à não atuação do sistema em determinadas situações e contra determinadas pessoas, e a criminalização preferencial, como demonstrada por dados empíricos, sobre determinados grupos.

Tal seletividade ocorre no momento concreto de aplicação da lei penal (criminalização secundária), assim como no momento de escolha, pelo legislador, de determinadas condutas a serem consideradas crimes (criminalização primária)[19]

---

[17] Second code, código social latente, basic rules, meta-regras, designam a totalidade do complexo de regras e mecanismos reguladores latentes e não oficiais que determinam efetivamente a aplicação da lei penal pelos agentes do controle penal.(Andrade, 2003, p.268), ou regras objetivas do sistema social que, correspondendo às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade no senso comum e seguidas conscientemente ou não pelos aplicadores da lei, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseqadas sobre as relações de poder entre grupos e sobre as relações sociais de produção. (Andrade, 2003, Baratta, 2002 apud GROSNER, 2008, p.59).

[18] "Primeiro idealizo a solução mais justa, só depois vou buscar apoio na lei". Com essa frase dita em um programa de televisão, o ministro do STF Dr. Marco Aurélio Melo trás o conteúdo ideológico Realista do Direito, no qual acredita, afirmando que o juiz primeiro decide no seu íntimo e só depois vai buscar os fundamentos de sua decisão na lei.

[19] Um exemplo dessa seletividade realizada primariamente pelo legislador é perceptível no código penal, onde o artigo 176 prescreve que Tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte **sem dispor de recursos para efetuar o pagamento** (*grifo nosso)*: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.(Notório se

(ANDRADE, 1994, p. 407). Como exemplo, o professor Nilo Batista levanta o caráter "dupla face" do nosso modelo atual[20] de controle social no Brasil, onde consumidores têm alternativas à privação de liberdade, como a transação penal e a suspensão condicional do processo. (2004, p.113).

Em documentário sobre o judiciário brasileiro, destacamos a declaração do então secretário de reforma do Judiciário, Sérgio Renault:

> As pessoas são condenadas não é por conta exatamente da forma que os processos, ou o desenrolar da instituição processual se dá, elas são condenadas porque são pobres, são deficientes, são sujas, são feias, enfim. A Justiça, o Poder Judiciário, as coisas funcionam como funcionam porque elas são tocadas por pessoas humanas que tem as suas dificuldades, que têm seus preconceitos, tem suas formas distorcidas de ver a realidade e essa coisa da miséria humana que no Brasil é o que a gente sabe o que é"[21]."

A seletividade, portanto, tanto não é inocentemente atribuída a um caráter fortuito como é atribuída à existência de um "código social" latente, o Secretário destaca a importância dos estereótipos de autores e vítimas, associados às "teorias de todos os dias", isto é, do senso comum da criminalidade, na atuação dos agentes do Estado em todas as instâncias do Controle Criminal.

Essas normas do *second code* ou código social possuem natureza e impacto reconhecidamente seletivos, uma vez que se apresentam como valores ideológico e morais dos magistrados e, por serem estes selecionados dentre os membros dos grupos sociais privilegiados, acabam por reproduzir como seus *second codes* os valores e preconceitos de seu grupo social, a elite econômica racial do país (PORTANOVA, 1997, *passim*),

> Quando apontamos os valores desse grupo social, temos que ter claro que esses perpassam em sua grande maioria pelo senso comum da elite brasileira. A qual resgata ainda os valores de manutenção e naturalização das desigualdades sociais e raciais do país.

Como a exemplo do questionário que aplicamos aos juizes de Franca[22], quando estes deslocam o problema racial para um discurso que explica as desigualdades apenas

---

torna a proteção do membros das classes médias e abastadas, uma vez que, identificada a disposição de recursos para efetuar o pagamento da refeição por parte dos estudantes de Direito, e a não intenção de o fazê-lo excluído o agente se faz da conduta típica)

[20] O professor Nilo Batista classifica o nosso modelo de sistema penal como sistema penal do capitalismo tardio, ele identifica na história do país três modelos anteriores os quais seriam o colonial-mercantilista, imperial-escravista e o republicano positivista. (BATISTA, 2004, p.105)

[21] Apud SÃO BERNARDO, Op. cit., p. 88.

[22] Em 2004, como parte do projeto de pesquisa desenvolvido com fomento da Agencia FAPESP foram aplicados questionários e realizadas entrevistas aos/com os juízes das Varas criminais da Comarca de Franca/SP. Nos resultados levantados nessas entrevistas o discurso que desvia a temática racial para um âmbito sócio-econômico, exclusivamente, foi uma constante das respostas dos aplicadores da lei penal e processual penal daquela cidade.

por razões sócio-econômicas, ignoram o racismo estrutural afirmando que a maioria dos condenados é negra porque a maioria dos negros é pobre e não tem bons advogados.

A perspectiva de explicação estrutural do racismo reconhece que as manifestações e formas de atuação dos mecanismos racistas podem ser agravadas pela distribuição desigual de riqueza, pela marginalização e pela exclusão social. A declaração de Durban, ao atentar para isso, explicita que os mecanismos de exclusão em razão destes fatores não são idênticos e podem atuar de forma cumulativa ou exclusiva.

O argumento sócio-econômico que os juízes francanos insistiram em reproduzir nada mais é do que um discurso fundado num paradigma, muito enraizado, de explicação das desigualdades raciais no país. Conhecido como paradigma da Escola Paulista , é um modelo também já superado de explicação das relações raciais no Brasil, mas que ainda permanece no senso comum e influencia a concepção de mundo dos profissionais do Direito e, conseqüentemente, as suas decisões, quando é necessário a este apelar para o seu Código extra-legal[23].

O Sistema Penal apresenta como real função a reprodução material e ideológica das desigualdades sociais, a eficácia de suas funções declaradas é, sobretudo, simbólica[24] e legitimadora, em vez de instrumental (Castro, 1987, p.84)

O assim identificado Direito Penal do inimigo retoma os valores positivos em uma sociedade globalizada, do risco, na qual a insegurança torna aparentemente razoável o argumento de que em determinadas situações as garantias fundamentais protetoras da dignidade de suspeitos podem ser ignoradas nas práticas do Estado, uma vez que este não é pessoa, mas coisa que ameaça a segurança.

ZAFFARONI (2007, p.20) afirma que esse tipo de tratamento não despersonaliza somente a pessoa que é tratada desta maneira, mas também termina por despersonalizar toda a sociedade onde tais práticas são admitidas. Esse discurso expansionista de proteção social está presente, no Brasil[25], em programas de TV[26] que demandam punições mais

---

[23] É coerente acreditarmos que o aumento de estudantes negros implicaria em um processo de reconhecimento do racismo impedindo que este permanecesse um estranho no domínio do Direito, contudo, não podemos "apostar todas nossas fichas" nesta afirmação uma vez que conforme a pesquisa de Veras a inserção em tais cursos denota uma tentativa de embranquecimento por meio da educação, tendo tais alunos um perfil de inibição para discutir tais assuntos "por serem minoria naquele universo, já que tem o privilégio de estar lá, o mínimo que pode fazer e não incomodar levantando questões que não interessam a maioria".(p.98, 2002)

[24] Ao afirmar que o direito penal é simbólico a professora Vera Regina Pereira Andrade explica que não significa afirmar que ele não produz efeitos e que não cumpra funções reais, mas sim, afirmar que as funções latentes predominam sobre as declaradas.

[25] Não podemos esquecer que o nosso país encontra-se em um processo de transição, onde os valores autoritários de um estado militar convivem com a intenção de direcionamento a um Estado Democrático de Direito, conforme anseiam as previsões de nossa CF/88. A doutrina de segurança nacional apontada como análoga à doutrina de Lei e Ordem, uma vez que ambas são alimentadas por Estados autoritários, a exemplo do Brasil no período da ditadura, ainda faz parte dos valores do senso comum. Como exemplo podemos apontar os ainda presentes suspiros de saudades do governo militar, quando a criminalidade não era tão intensa, por parte da população do país.

[26] O papel da mídia, decisivo para a formação da opinião pública é fundamental no que tange à difusão da ideologia dos movimentos de lei e ordem, desvirtuando a apreensão da realidade e fazendo a população, principalmente a classe trabalhadora, acreditar que a criminalidade é um fenômeno assolador gerando uma sensação de intranqüilidade e pânico. Dessas idéias

severas aos "criminosos", maior intervenção estatal no sentido de oferecer maiores garantias de segurança, além de alardearem, a todo momento, o aumento da criminalidade, "denunciando" o estágio intolerável em que esta se encontra.

O medo no Brasil desenhou o jovem, pobre, negro como ameaça potencial para a sociedade, resultando numa perversa realidade onde os que possuem esse perfil constituem a maioria dos encarcerados do sistema, que não consegue ser fiel à real distribuição de crimes na sociedade, a nossa cegueira racial histórica nos impede de perceber que os números divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU) em seu relatório "Estudo das Nações Unidas sobre a Violência contra Crianças"[27] são o legado de uma tradição histórica que não foi alterada e ainda permanece em vigor nas instituições de controle social.

Os movimentos expansionistas procuram, na direção contrária das escolas criticas, não questionar o sistema penal, mas sim legitimá-lo indiscutivelmente[28], cumulando com demandas de recrudescimento das penas, ampliação dos tipos penais e redução das garantias processuais. Seduzem a população de forma que esta não discuta a funcionalidade e efetividade do sistema, apenas o legitime quando da demanda de penas mais "duras" e "eficientes" para os "criminosos", a fim de reduzir a criminalidade[29] que é sempre "a maior de todos os tempos e sem controle".

Essa cultura do medo implica a legitimação de uma polícia violenta[30] que ao atuar desta forma livre para negociar vida ou morte tem sua busca por fortalecimento transformada em porta para a corrupção, enfraquecimento e descrédito. (MUSUMECI, 2005, p. 13).

---

origina-se a ideologia que o único meio de combate à criminalidade "violenta", dentro da lógica positivista da pena como retribuição e castigo, são as penas mais severas.

[27] Em cada grupo de dez jovens de 15 a 18 anos assassinados no Brasil, sete são negros. Concluiu o especialista independente das Nações Unidas, Paulo Sérgio Pinheiro, em seu estudo Global Sobre a Violência Contra as Crianças, apresentado à Assembléia Geral das Nações Unidas em 11 outubro de 2006.

[28] Zaffaroni afirma que reconhecida a seletividade do sistema de controle penal, coube à doutrina legitimadora da ordem respondê-la de forma que essa seletividade tivesse uma função. A funcionalidade de "prevenção geral positiva" constituir-se-ia disso, do reconhecimento da seletividade e da justificativa de manutenção do sistema seletivo como o é. Zaffaroni diz que essa função simbólica da pena, justificativa da seletividade do sistema, não é inovadora e tem em Jean Bodin (um dos fundadores do conceito de soberania) o seu expositor mais claro. (ZAFFARONI, 2006, p.88/89)

[29] Em relação aos conceitos de crime e criminalidade este movimento retrocede adotando uma compreensão positivista de que esta consiste na expressão do lado patológico da sociedade, e esta é uma enfermidade causada por um ser daninho, partindo assim as premissas deste movimento para uma lógica reacionária simplificando o problema da criminalidade e apresentando o Direito penal como uma formula mágica capaz de solucionar todos os conflitos inclusive os de raízes sociais.

[30] O equívoco da posição de quem afinal termina aceitando uma polícia mais violenta está em que boa parte da impunidade, cuja cura se deseja, tem sido o resultado não da aplicação da lei, mas da incapacidade do Estado de aplicá-la. Para ser bem resumido: a sociedade brasileira, nos seus 176 anos de história institucional independente, tem sido incapaz de fazer aquilo que o Estado liberal mínimo prometeu, ou seja, aplicar universalmente a lei. Para esta incapacidade, o discurso contrário à defesa dos direitos humanos propõe indiretamente a abolição da lei. Ou melhor, propõe que alguns devem estar acima da lei, para poder disciplinar a sociedade. (LOPES, 2000, p.80)

Interessante notar que esta cultura do medo, que atinge a população e os profissionais de segurança, também acaba por obrigar a população a buscar uma segurança prometida pelo sistema penal, promessa esta que não se cumpre. Contudo, esta frustração nunca é explicada; inconscientemente o senso comum sabe da ineficiência do sistema, mas é levado a acreditar que, sem este, a barbárie irá se instalar e, por tal motivo, não deve questioná-lo, e sim arcar com o "custo segurança"[31].

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Discriminação Racial e justiça Criminal em São Paulo.** Novos Estudos CEBRAP, n43, novembro 1995. P.45-63.

ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas:** saber jurídica e nova escola penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 14, p. 276-287, abr./jun./96.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. **Onda Negra Medo Branco:** o negro no imaginário das elites do século XIX. Rio de janeiro: Paz e Terra, 1987.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** Freitas Barros Editora, 1999, 239p.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. A Antropologia Criminal no Brasil Nas obras de Candido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rorigues. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 41, p. 179-205, abr./jun./96.

DARMON, Pierre. **Médicos e Assassinos na Belle Epóque:** A Medicalização do Crime. Rio de Janeiro, edt. Paz e Terra, 1991. p.310

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** O Homem delinqüente e a sociedade Criminógena. 2. reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1997. 573p.

DUARTE, Evandro Charles Duarte Piza. **Criminologia e Racismo:** Introdução à Criminologia Brasileira. São Paulo: Editora Juruá, 2002. 290p.

LOMBROSO, Cesare. **L'uomo Delinquente.** In rapporto all'antropologia, alla giurisprudensa ed alle discipline carcerarie. Vol primo, Delinquente Nato e Pazzo Morale. 4ª Ed. *Bocca Editore*, Torino. 1889

_____. **O Homem Criminoso.** Trad. de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, Edição histórica.

[31] Custo segurança seria o preço que a sociedade aceita pagar em troca da segurança, a exemplo do contrato social de Hobbes em que abrimos mão de algumas liberdades individuais em troca da proteção do Estado, quando "pagamos" o custo segurança aceitamos o preço da ineficiência do sistema acreditando que em troca este funcionará, impedindo um possível estado de barbárie constantemente profetizado.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil:** Evolução Histórica, Bauru, ED. Javoli LTDA, 1980.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns Movimentos Políticos Criminais da Atualidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 42, p. 295-306, abr./jun./96

RAMOS, Silvia & MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito:** abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 322p.

RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. (1994) "Clássicos e Positivistas no moderno direito penal brasileiro: uma interpretação sociológica". In: HERSCHMANN, Micael M., PEREIRA, Carlos Alberto Messender (orgs.). **A Invenção do Brasil Moderno: Medicina, Educação e Engenharia nos anos 20-30.** Rio de Janeiro: Rocco,1994, p. 130-146.

_____. Cor e Criminalidade: Estudo e Analise da justiça no Rio de Janeiro (1900-1930). Editora UFRJ. Rio de Janeiro. 1995. 167p.

RODRIGUES, Nina , **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil.-** Editora livraria progresso. Salvador, 1894.

SHIMABUKURU, Alessandro. Pesquisa Traça Perfil de Criminoso. **Tribuna do Direito,** Abril de 2001. p.29.

SILVA JR, Hédio. **Direito de Igualdade Racial: Aspectos Constitucionais, Civis e Penais:** Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2002. 216p.

VASCONCELOS, Frederico. **Pesquisa Revela o Perfil do Ladrão em São Paulo.** Folha de São Paulo. 04/03/2000, p. C10.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Criminología "Aproximación desde un margen".** Vol. I, Bogotá, Editorial Temis S.a, 1988, 267p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Sistemas penales y derechos *humanos en América latina.*** Buenos Aires: Depalma, 1986

APLICAÇÃO DA REFORMA PSIQUIÁTRICA E DA POLÍTICA DE SAÚDE MENTAL AO LOUCO INFRATOR

Carmen Silvia de Moraes Barros[*]

Há uma categoria de cidadãos neste país que sequer se costuma lembrar que existe, até porque não tem organização mínima para reivindicar seja lá o que for e, tampouco, há quem fale por ela. São portadores de transtorno mental que praticaram crimes e estão custodiados pelo Estado, no sistema prisional. Muitos são pobres, muitos são miseráveis.

Essas pessoas sem representatividade estão nos manicômios judiciários que, embora sejam chamados em lei de 'hospital de custódia e tratamento psiquiátrico'(HCTP), são verdadeiras prisões e de hospital e tratamento nada têm.

Com essa realidade vexatória o país convive há décadas. A falta de conhecimento e de interesse em dar encaminhamento mínimo ao assunto, entre outras razões, pode ser atribuída ao fato de que os titulares do direito não têm voz, nem representação. Como convém, ninguém lembra que existem.

Essa espécie invisível ainda não foi alcançada pela reforma psiquiátrica e pela política de humanização do tratamento do portador de transtorno mental. Nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) vige a institucionalização (longa) como regra, apesar das políticas públicas adotadas em todo o país visando a desinstitucionalização dos doentes mentais.

Não sem razão o movimento antimanicomial ter chamado o manicômio judiciário do 'pior do pior'. Não sem razão a lei de reforma psiquiátrica ainda não ter se estendido a essas pessoas.

Os portadores de transtorno mental custodiados pelo Estado em razão da prática de crimes são seres humanos submetidos a um mundo com signos e regras próprias, que devem desvendar e compreender e aos quais, em que pese o direito ao tratamento adequado e necessário não ser respeitado, devem se submeter, de preferência sem questionar, ainda que seja, tão somente, para conseguirem continuar vivos. Sem que ninguém lhes explique a situação irreal pela qual passam. Como se, por serem loucos, não tenham qualquer direito – estivessem jogados à própria sorte e a doses e doses de haldol e fenergan (quando há)...

Sabido é que a sociedade precisa marginalizar para manter ocultas suas próprias contradições e em se tratando de portadores de transtorno mental que praticaram crimes isso é evidente: são os excluídos dos excluídos, os esquecidos dos esquecidos, afinal são pobres, criminosos e loucos – os mais miseráveis – os que mais devem permanecer ocultos...

Também fruto do conveniente esquecimento a que estão submetidos, a longa permanência nos estabelecimentos do sistema prisional, com códigos próprios, faz com que adquiram além de características de institucionalização, também de prisionalização. Como conseqüência, enfrentam grande resistência, inclusive dos hospitais psiquiátricos

[*] Defensora Pública. Coordenadora do Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

e equipamentos da rede de saúde pública em recebê-los, acolhe-los e tratá-los. São estigmatizados: além de loucos, trazem consigo a marca do aprisionamento.

São estigmatizados no sistema prisional porque são loucos e no sistema de saúde porque são criminosos. Na verdade, muitos, são fruto da ausência e desídia do Estado, da falta de tratamento antes, durante e depois... Não são excepcionais os casos em que tratamento adequado, antes, evitaria a prática do crime, em muitos outros evitaria a reincidência e, por fim, o tratamento com efetivo acompanhamento, após, evitaria o abandono e o reinício do ciclo.

Essa realidade só será alterada quando a Lei n. 10.216/01 (Lei da Reforma Psiquiátrica) for aplicada em sua integridade, ou seja, se estender também aos loucos que praticaram crimes.

Em vigor desde 2001, a Lei da Reforma Psiquiátrica, estabeleceu novo paradigma no que tange aos direitos das pessoas portadoras de doença mental, lançou novo olhar à loucura e substituiu a segregação pela desinstitucionalização e humanização do tratamento de portadores de transtorno mental:

> A década de 1960 caracterizou-se pelo modelo assistencial de internação hospitalar em psiquiatria. Mas já na década de setenta tínhamos no país incentivadores da psiquiatria com modelo mais abrangente, de desinstitucionalização (...). A lei 10.216/01 apresentou enorme avanço no que diz respeito à mudança do eixo do tratamento baseado na internação para um modelo de tratamento comunitário, efetivado por equipe multiprofissional" (Itiro Shirakawa e Eliana C. Gonçalves. in Ética e Psiquiatria).

Ocorre que a política de saúde mental instituída pela Lei n. 10.216/01, não convive, no que se refere ao doente mental infrator, com os dogmas postos no Código Penal e na Lei de Execução Penal. A lei penal, em termos de tratamento de saúde mental, porque superada ante a evolução das ciências médica, psicológica e da farmacologia nas últimas décadas; bem como incompatível com a (posterior) lei de reforma psiquiátrica, não pode mais ter aplicabilidade.

Por certo, hoje ser impensável seguir a determinação anacrônica contida no Código Penal de que haja internação em razão da prática de crimes apenados com reclusão e tratamento ambulatorial, a critério judicial, quando o crime cometido for apenado com detenção. Não importa a identificação do transtorno mental, nem a necessidade individual de tratamento, nos termos da lei penal, o crime praticado que determina o tipo de tratamento que será imposto!

No Código Penal, a periculosidade do inimputável é presumida – ela simplesmente existe – é uma espécie de cânone inflexível no nosso direito penal. Se o portador de transtorno mental pratica crime apenado com reclusão, tem periculosidade e deve ser internado em manicômio judiciário pelo prazo mínimo de 01 a 3 anos! Para a lei penal a periculosidade é presunção de que todo portador de transtorno mental voltará a delinqüir, causará risco à sociedade, o que, só poderá ser evitado, com a internação.

É como se não pudessem ou não devessem ser tratados como portadores de transtorno mental ou como se fossem, por opção, portadores de defeitos de ordem moral.

Ora, o Código Penal e Lei de Execução Penal foram totalmente ultrapassados, no que tange ao tratamento do portador de transtorno mental, e em seu lugar deve se

aplicar a lei n. 10216/01 que, diga-se, abrange o louco infrator ao tratar da internação compulsória – única determinada pela justiça. A internação compulsória, portanto, se refere exclusivamente à medida de segurança, à qual não é admitido tratamento diferenciado.

Assim é, porque a lei da reforma psiquiátrica assegura os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, sem qualquer forma de discriminação.

E mais, estabelece a Lei n. 10.216/2001 que a internação, em qualquer de suas modalidades, "só será autorizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize seus motivos"; "só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes" e o tratamento terá a finalidade permanente de inserir o paciente em seu meio – ou seja, sua duração será a mínima possível (arts. 6º e 4º).

Portanto, não há mais que se falar em internação atrelada às disposições do Código Penal. Em termos penais, é de se afirmar que o tratamento compulsório, através da internação, só se sustenta eticamente se for absolutamente indispensável e que não é mais admissível que o juiz estabeleça o tratamento indicado ao paciente. Ao juiz compete, constatada a doença mental, oferecer o tratamento adequado de acordo com a indicação de equipe de saúde (multidisciplinar).

É essa equipe que dirá qual o tratamento indicado para cada pessoa individualmente considerada, respeitada sua dignidade, cidadania e titularidade de direitos.

A verdade é que o controle e tratamento do doente mental que comete crime, não pode estar a cargo do Direito Penal, já que se trata de questão de saúde pública.

Como consequência, os portadores de transtorno mental que praticaram crimes deverão ser tratados pelo sistema de saúde, preferencialmente em liberdade, vedada a permanência no sistema prisional.

Em caso de prisão em flagrante ou cautelar, constatado o transtorno mental, o preso deverá ser imediatamente transferido, de acordo com parecer de equipe de saúde, para equipamento da rede de Saúde adequado ao seu caso, para tratamento. Aí acaba a intervenção do direito penal.

A internação compulsória só é eticamente admissível se for absolutamente indispensável, tiver por fim assegurar a saúde mental do paciente e não ultrapassar o tempo estritamente necessário, nos termos da indicação da equipe de saúde (multidisciplinar). Cessada a necessidade de manutenção da internação, caso indicado para manutenção da saúde mental, o paciente deve ser encaminhado para tratamento em liberdade em equipamento da rede de saúde, de acordo com seu quadro e projeto terapêutico individualizado elaborado por equipe de saúde.

Nesse sentido devemos caminhar até que chegue o dia em que não mais existam manicômios judiciários no país e que todos os pacientes com transtorno mental sejam tratados pelo SUS e entidades conveniadas, nos termos da lei 10.216/01 que diz ser direito do doente mental ter acesso ao melhor tratamento oferecido pelo sistema de saúde e de ser tratado, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Devemos lembrar, ainda, que a Lei n. 10.216/01 veda a internação em instituições de características asilares e, nesse ponto, dá fim ao malfadado modelo 'jurídico-terapêutico-retributivo-punitivo-prisional' dos HCTPs.

Para mudar a realidade não basta vontade, é preciso coragem. É preciso ter coragem para admitir que o manicômio judiciário é um mal que não cabe abrandar atribuindo-lhe finalidades filantrópicas.

É preciso ter coragem para garantir a efetivação da justiça, ainda que contra o desejo da maioria, para assegurar o respeito à dignidade de todos os cidadãos, principalmente de minorias de alguma forma marginalizadas. De cidadãos que sequer sabem que pertencem à categoria de cidadãos, que não sabem diferir justiça de injustiça e são as maiores vítimas da violência do poder (pela ignorância, exclusão e abandono).

Não se pode desconhecer que nos hospitais de custódia, o tratamento, quando existente, no mais das vezes é fundado em concepções não atualizadas, sem acesso a métodos terapêuticos modernos e medicação adequada,, em que pese, em contrapartida, a crescente queda do número de leitos psiquiátricos em todo o país. No entanto, há que se ter em mente que embora transtornos mentais ainda sejam incuráveis, na grande maioria dos casos, com tratamento e medicamento adequados, acompanhamento profissional competente, são controláveis, o que por si justifica, diante da realidade posta, a impropriedade extrema da manutenção desses seres humanos internados em instituições prisionais (no mais das vezes de viés asilar).

A proposta de desativação dos hospitais de custódia, ante a política antimanicomial que vem sendo adotada no sistema de saúde do país, caminha com o movimento histórico. Só quando o ideal de desinstitucionalização chegar ao sistema penitenciário é que se poderá falar em efetivação da reforma psiquiátrica no país.

Por ora, em que pesem todas as providências e determinações legais, muitas vezes até por ignorância, continuam sendo mantidas presas, em manicômios judiciários, milhares de pessoas com os variados transtornos mentais, sem qualquer tipo de tratamento, em uma verdadeira armadilha, da qual não nos livraremos enquanto tivermos categorias de esquecidos, excluídos, intocáveis...

As condições em que é executada a pena (ou a medida de segurança) que revelam sua verdadeira extensão. Se as condições são de sofrimento, o juiz que impõe a pena ou que determina o cumprimento da medida de segurança em hospital psiquiátrico, ainda que não saiba e não queira, na verdade, condena à violação dos direitos fundamentais. É admissível que um juiz determine ou execute a violação de direitos fundamentais sem pensar nem saber?

Aqui é de se lembrar que no Estado de direito, voltado para a livre realização do ser, torna-se incompatível qualquer consideração de natureza metafísica – diretamente ligada ao dever moral de punir – como justificativa de punição ao portador de transtorno mental que praticou crime. É que um direito penal teleologicamente orientado tem como limite os princípios constitucionais. Como conseqüência, a política criminal, informadora do sistema penal, deve buscar seu fundamento na Constituição e só pode ter por escopo o bem-estar dos cidadãos; só assim se pode fundamentar um direito penal mínimo e garantista[1].

---

[1] Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 3. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1998.., p. 261. Mais detalhadamente, explica o autor que em razão de ser o Estado de direito laico e liberal, o direito e o Estado "não só não possuem nem encarnam valores meramente enquanto tais, senão que tampouco devem ter fins morais desvinculados dos interesses das pessoas e menos ainda ser fins em si mesmos, justificando-se

Não se pode, pois, admitir que o juiz abra mão, em razão da prática de crime por portador de transtorno mental, da aplicação da lei 10.216/01 em substituição às determinações penais, porque caso assim não aja, não toma mais como padrão os princípios garantistas, e sim as demandas da população cuja fidelidade pretende conseguir e que é, no mais das vezes, movida pelo instinto de vingança[2].

Ademais o sentimento do justo ou do igualitário que tem a sociedade em um momento não corresponde ao acolhimento dos princípios garantistas, obtidos através da reflexão, enquanto valores ou princípios em si, mas somente enquanto avaliações ou convicções sociais em dada circunstância. No entanto, a Constituição, como programa ou meta, sempre estará adiante das convicções de setores sociais, devendo, portanto, prevalecer sempre o direito penal como sistema de garantias irrenunciáveis e não-manipuláveis que a sociedade elegeu como base de sua Constituição, ainda que, em certos momentos, esse direito penal resulte desintegrador ou desestabilizador. Trata-se de dar efetiva acolhida, no direito penal, aos princípios limitadores derivados da noção de Estado social e democrático de direito[3].

Para mudar a realidade não basta a ter vontade, é preciso ter coragem.

É preciso ter coragem para garantir a efetivação da justiça, ainda que contra o desejo da maioria; para assegurar o respeito à dignidade de todos os cidadãos, principalmente de minorias de alguma forma marginalizadas.

Daí que a atividade judicial pressupõe independência para a tutela dos direitos dos cidadãos, para garantia de sua imunidade frente ao arbítrio, para defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, para manutenção da dignidade do imputado, para respeito à sua verdade. Portanto, a verdade final, encontrada através da atividade jurisdicional, não necessita ser fundada no consenso da maioria, ao contrário, é possível que haja discordância da maioria, mesmo porque, geralmente, o portador de doença mental que praticou crime não é expressão da maioria, mas sim de minorias de alguma forma marginalizadas[4].

---

só pelo conteúdo de perseguir fins de utilidade concreta em favor dos cidadãos e principalmente de garantir seus direitos e sua segurança". (Idem, p. 222).

[2] Explica Silva Sánchez que o sentimento "do justo", que em um determinado momento possam ter os membros do corpo social, não é outra coisa que um eufemismo que encobre a necessidade irracional de pena para conter os impulsos do subconsciente. Isso redunda em uma necessária instrumentalização do delinqüente, que não pode ser corrigida com o apelo às garantias individuais porque, supostamente, se acham incorporadas no conceito preventivo-integrador. Ocorre que, tendo a sociedade escolhido um ideal normativo, concretamente expresso no programa constitucional de conteúdo racional-garantístico, expressão de um dever-ser situado adiante das tendências sociais na matéria, o conteúdo concreto dos valores não pode fundar-se no anseio social. A resolução do conflito entre anseios sociais de intervencionismo e garantismo estaria, pois, em buscar não em expressões quotidianas, senão na meta (ideal normativo) da sociedade, a manifestação de direitos cujo pleno respeito afirma ter a comunidade constituída no Estado, por mais que suas tendências profundas sejam menos progressistas. (*Aproximación al derecho penal contemporáneo,*, *Aproximación al derecho penal contempoáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 235-236).

[3] Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contempoáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 240-241.

[4] cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*..., cit., p. 335-339.

O garantismo que acolhe não só as exigências de segurança jurídica e de proporcionalidade, mas também as tendências humanizadoras, expressa a síntese dos esforços em prol de um melhor direito penal. Assim, é necessário que se parta do pressuposto de que a pena deve ser vista como um mal com que se ameaça e não como um bem com propriedades terapêuticas o que torna o direito penal totalmente incompatível com as especiais necessidades de tratamento que se há de oferecer ao portador de transtorno mental que praticou crime.

Ferrajoli ensina que o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e de deslegitimação interna do direito penal. Assim, o garantismo reclama dos juízes e dos juristas uma constante visão crítica da legislação vigente, querendo com essa afirmativa significar que se deve assumir como universo do discurso jurídico a totalidade do direito positivo vigente, evidenciando suas antinomias, em vez de ocultá-las, e deslegitimando as tendências antiliberais e os momentos de arbítrio do direito efetivo. Com isso pretende rechaçar as atitudes acriticamente dogmáticas e contemplativas frente ao direito positivo[5]. Segundo o autor, os direitos naturais significam direitos pré-estatais ou pré-políticos, no sentido de que não foram fundados pelo Estado, senão que são fundamentais ou fundantes de sua razão de ser, e sob essa perspectiva o garantismo consiste na negação de um valor intrínseco ao direito, só por estar vigente, e do poder, só por ser efetivo, e numa concepção instrumentalista de Estado dirigido unicamente ao fim de satisfação dos direitos fundamentais [6].

Não se trata, pois, de criar o "juiz-legislador", não se pretende, também, que a decisão judicial seja tomada à margem de qualquer vínculo. Ao contrário, as decisões judiciais deverão estar amparadas em lei e nos princípios constitucionais que informam o Estado de direito e só poderão ser admitidas se adequadamente fundamentadas, o que pressupõe decisões passíveis de controle. Trata-se, sim, de dar ao juiz, diante da insuficiência da lei, o dever de recorrer aos princípios que são o suporte legitimador das constituições democráticas; o dever de aplicar a lei de acordo com as exigências do caso concreto; o dever de decidir com consciência de que as decisões estão vinculadas ao ordenamento jurídico como um todo; de garantir a racionalidade da argumentação judicial através da referência às normas aplicáveis ao caso e aos interesses dos afetados; de garantir que a fundamentação seja racional, que implique em adequação aos fins que se propõe alcançar no Estado democrático de direito.

A vinculação do juiz ao Direito é irrenunciável no Estado de direito, mas essa vinculação supõe que se trata de um exercício de racionalidade prática orientado e controlado pelos princípios que legitimam o ordenamento jurídico no Estado de direito. Assegura-se, assim, o Estado de direito como expressão de legitimidade política.

Daí que as decisões judiciais não podem estar restritas a uma concepção puramente positivista, que as reduzam ao mero conhecimento e aplicação da lei – assim fosse e teríamos decisões de claro caráter reacionário. Em razão de seu caráter valorativo, as decisões devem estar voltadas à construção de um sistema de orientação realista e político-criminal, ao problema e aos fins, voltadas, enfim, à construção de um sistema crítico. O juiz deve ter por objeto de reflexão não apenas os textos legais de um determinado direito positivo nacional, e sim algo transcendente à lei, voltado à

---

[5] Ferrajoli, *Derecho y razón...*, cit., p. 877 e s .

[6] Ibidem, p. 884.

interpretação da realidade dos problemas penais, para alcançar soluções justas (político-criminalmente satisfatórias), para incorporar a mudança sócio-cultural.

Essa concepção implica na admissão de que os textos legais não proporcionam em si mesmos bases suficientes de solução de todos os problemas jurídico-penais; na assunção da distância que há entre norma e realidade, já que quem interpreta a lei parte de preconceitos e da experiência individual. Cabe, pois, tomando posições valorativas, fazer delas derivar o tratamento jurídico penal que deve dar-se a determinadas estruturas problemáticas[7]. Não se trata, pois, de fazer com que dos enunciados dogmáticos e das sentenças resulte um "decisionismo" que seja expressão arbitrária de meras opiniões ideológicas, mas sim que sejam expressão das garantias formalmente asseguradas na Constituição.

Desde essa perspectiva, o juiz, diante da omissão ou da insuficiência legal, não passa a tomar decisões arbitrárias, realiza um exercício de racionalidade prática dirigida a uma decisão justa, controlada pelo conjunto de fontes normativas e valores ético-políticos que conformam o sistema jurídico do Estado de direito. E, com essa opção a favor da justiça, se reforça a segurança jurídica, vista como uma categoria mais ampla e complexa que a mera segurança legal[8]. Deduz-se, muito embora entenda-se que coerência e plenitude sejam ideais limites do direito válido do Estado de direito, que a incoerência e a falta de plenitude são a regra no direito vigente e, diante dessa realidade, o juiz deve conformar a lei à Constituição.

Por fim, anote-se que com o constitucionalismo cai a presunção de legitimidade do direito e de toda a estrutura jurídica: são necessárias elaborações técnicas de garantia. O garantismo pressupõe um sistema de normas cuja efetividade não pode apoiar-se exclusivamente no direito, as garantias são políticas e constitucionais. O direito é um artifício, democracia é construção social.

No Estado democrático de direito, o direito penal é garantista e não intervencionista: o âmbito jurídico-penal deve ser concebido como estando o Estado a serviço dos cidadãos. Por ter a pessoa como objeto principal de proteção, o Estado de direito é incompatível com qualquer proposta de diminuição de garantias: a legitimidade do recurso à pena, no direito penal garantista, está condicionada ao princípio da "mínima intervenção, máximas garantias".

O direito penal deve proteger os interesses fundamentais que não podem ser protegidos de outra maneira, o que implica em limitar a resposta violenta frente ao delito aos casos absolutamente imprescindíveis, nos quais não se pôde evitar a pena mediante o recurso de mecanismos de controle social que suponham um menor custo humano[9]. Inadmissível, pois, a aplicação de medida de segurança, i.e., tratamento punitivo de característica asilar, ao portador de transtorno mental que praticou crime. Assim não fosse e jamais se alcançaria a almejada segurança cidadã. A busca da segurança social deve dar-se por outra via que não seja o direito penal, inapto, aliás, para lograr tal fim.

A dignidade da pessoa humana pode fundamentar a legitimidade do Estado exclusivamente nas funções de tutela da vida e dos demais direitos fundamentais.

---

[7] Antonio-Enrique Pérez Luño, *La seguridade jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 110.

[8] Idem, p. 102-104.

[9] Assim Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 116 e 122.

SELECIONAR E EXCLUIR: O SISTEMA PENAL BRASILEIRO EM DESCOMPASSO COM OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA*

*Caio Jesus Granduque José***

"A cegueira também é isto,
viver num mundo onde se
tenha acabado a esperança"
(José Saramago, *Ensaio sobre a cegueira*)

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Há pouco mais de trinta anos, Michel Foucault, em "Vigiar e punir", reconstruiu a história das formas punitivas, desvelando a economia política do corpo que perpassou por toda ela, explicitando os mecanismos de exercício do poder disciplinar, enfim, desnudando o panótico (Cf. 2002).

Nessa empreitada, o autor francês demonstrou que a disciplina, processo técnico pelo qual a força do corpo é com o mínimo ônus reduzida como força política e maximizada como força útil, fora fundamental para instituir a docilidade e utilidade das massas na sociedade industrial (Cf. FOUCAULT, 2002, p. 182).

Diante da constatação de que a produção da riqueza está a caminho de se emancipar da produção de coisas e da direção de pessoas (Cf. BAUMAN, 1999, p. 80) o exercício da disciplina está sofrendo adaptações na sociedade pós-industrial, principalmente na seara do sistema penal, no seio da qual é pródigo o exemplo da vigilância possibilitada para além dos muros da prisão em razão dos avanços tecnológicos.

Nesse sentido, na sociedade de consumo o controle penal, que na sociedade industrial valia-se de uma disciplina fabril, abandona o propósito de maximização da força do corpo em termos econômicos de utilidade, ao mesmo tempo em que exorbita a redução dessa mesma força em termos políticos de obediência dócil.

Em outras palavras, o sistema penal, cuja paisagem maciça na sociedade industrial era constituída por "fábricas de disciplina", na sociedade pós-industrial passa

---

* Este trabalho é dedicado a Vanderlei Arcanjo da Silva, *in memoriam*. O texto foi apresentado inicialmente ao Prof. Dr. Paulo César Correa Borges, como requisito para avaliação na disciplina "Obrigações Constitucionais do Estado e Direito Penal", ministrada no primeiro semestre de 2007, no âmbito do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito da UNESP (Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho").

** Defensor Público do Estado de São Paulo e Mestre em Direito pela UNESP (Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho").

a ser habitado por "fábricas de exclusão", destinadas tão somente a conter e neutralizar os "refugos humanos".[1]

No que diz respeito ao sistema penal brasileiro, uma operacionalização nesses termos revela-se em absoluto descompasso com os objetivos fundamentais da República e com os valores esposados pela Constituição, não sendo exagerado pensar que, para além de "vigiar e punir", o sistema penal é funcionalizado de modo a "selecionar e excluir

1. GLOBALIZAÇÃO E TECNOCOLONIALISMO: O OCASO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 constituiu a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito com todas as implicações que este modelo estatal enseja, dentre as quais, faz-se importante destacar, a legitimação pela soberania popular, a organização política democrática e plural e, sobretudo, a obrigação de transformação social positiva mediante a efetivação dos valores da liberdade e da igualdade através da concretização dos direitos humanos, de sorte a permitir a toda e qualquer pessoa o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade humana – em suas dimensões material, espiritual, intelectual e moral – em comunidade e com dignidade.

Para não deixar pairar dúvidas acerca desse desiderato, o diploma constitucional estabeleceu em seu texto, de maneira explícita, alguns objetivos fundamentais em direção aos quais deve voltar-se a ação do Estado e de seus agentes, conforme se depreende de seu artigo 3º, que consigna os deveres de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de garantia do desenvolvimento nacional, de erradicação da pobreza e da marginalização além de redução das desigualdades sociais e regionais, assim como de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por essa razão, o Estado Democrático de Direito é considerado um autêntico Estado de Justiça material ou de legitimidade justa (Cf. SILVA, 2003, p. 118) cuja essência resulta da conjugação material (e não apenas da união formal!) entre Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e o valor democracia, sob o lastro da dignidade da pessoa humana, que representa verdadeiro entroncamento do qual derivam todos os direitos humanos.

Todavia, com a consolidação da globalização hegemônica neoliberal,[2] engendrada pelo capitalismo pós-industrial ou financeiro, cujo advento no final do século XX e continuidade no início do século XXI significou para alguns o "fim da história", está em operação o solapamento ou a demolição do Estado Democrático de Direito e a edificação de um "Estado Tecnocolonial", funcionalizado para promover a

[1] "As prisões, como tantas outras instituições sociais, passaram da tarefa de reciclagem para a de depósito de lixo (...). Se reciclar não é mais lucrativo, e suas chances (ao menos no ambiente atual) não são mais realistas, a maneira certa de lidar com o lixo é acelerar a 'biodegradação' e decomposição, ao mesmo tempo isolando-o, do modo mais seguro possível, do hábitat humano comum" (BAUMAN, 2005, p. 108).

[2] Boaventura de Sousa Santos afirma existir outras globalizações para além desta, como, por exemplo, uma globalização contra-hegemônica (Cf. SANTOS, 2007, 316-319).

recolonização brasileira - e de outros países periféricos -, a partir de uma nova relação de sujeição aos países centrais: o "tecnocolonialismo".[3]

Isso porque, a revolução tecnocientífica, capitaneada e controlada pelos países do "Norte", está propiciando o desenvolvimento de áreas como a tele-informática, a robótica e a energia nuclear, levando os países do "Sul" a uma situação desesperadora em termos de intercâmbio, já que as matérias-primas, os alimentos e a mão-de-obra barata - que eles tinham em abundância para reivindicar respeito nas relações de troca - estão sendo substituídos por novas tecnologias, de forma a aumentar sua dívida externa, não permitindo a acumulação de qualquer capital para a promoção do desenvolvimento, do que resultam brutais reflexos sociais, tais como o aumento da pobreza absoluta nestes países, sendo o caso brasileiro emblemático (Cf. ZAFFARONI, 2001, p. 119-120).

Há, portanto, o ocaso do Estado Democrático de Direito, pelo menos no que diz respeito ao seu ideário, já que, evidentemente, a ele não corresponde fielmente o Estado histórico que existe concretamente na realidade fenomênica.[4]

A soberania vai se dissolvendo e se deslocando cada vez mais do âmbito do povo, da nação ou do Estado para o domínio do mercado, um ser metafísico, inatingível e tido como indestrutível, que reina de maneira imperante no mundo da economia globalizada (Cf. MARQUES NETO, 2004, p. 109).[5]

Nesse reinado, a Constituição da República perde a supremacia e o status de lei maior, não sendo temerário pensar, sob o enfoque e a partir da construção Kelseniana, que neste panorama a norma hipotética fundamental (*Grundnorm*) se resuma ao axioma ou dogma: "deve-se conduzir de acordo com o Consenso de Washington".[6]

Pródigos e cotidianos são os ataques e assaltos à Carta Magna de 1988, fundamentalmente mediante a promulgação de emendas constitucionais, cujo pendor reside na desfiguração de seu caráter dirigente, de forma a esvaziar seu projeto originário de promoção e aprofundamento da democracia e de catalisação do avanço

---

[3] Eugênio Raúl Zaffaroni é o autor destas expressões. Ensina o penalista argentino que há cinco séculos somos vítimas de colonialismos, quais sejam, o colonialismo da revolução mercantil (século XVI), o neocolonialismo da revolução industrial (século XVIII) e o tecnocolonialismo da revolução tecnocientífica, caso não venha a ser contido no século XXI (Cf. 2001, p. 118-123).

[4] Fazendo eco com Zaffaroni: "... o Estado de direito ideal não existe na realidade, porque não é um ente real, mas é um *ente ideal e existe como ente ideal*. Enquanto tal, *é o instrumento orientador indispensável em nossa resistência ao Estado de polícia que está encerrado no Estado de direito histórico ou concreto*" (Cf. 2007, p. 174, grifos do autor).

[5] Uma rica síntese acerca dos atributos da globalização hegemônica neoliberal é feita pelo constitucionalista Paulo Bonavides: "da globalização, poder-se-ia dizer, sem nenhum exagero, que tem uma única ideologia: não ter ideologia; um único altar: a bolsa de valores; uma única divindade: o lucro; e uma solitária aliança: o pacto neoliberal" (BONAVIDES, 2004, p. 69).

[6] A expressão "Consenso de Washington" é atribuída a John Williamson, designando, originalmente, um conjunto de recomendações para as políticas econômicas dos países latino-americanos, tendo em vista a realidade econômica destes países em 1989. Dentre essas recomendações "consensuais" estão a implementação da disciplina fiscal, a redução dos gastos públicos, a reforma tributária, a liberalização financeira, a abertura comercial, a eliminação de restrições ao investimento estrangeiro direto, a privatização das empresas estatais, a desregulamentação e a garantia do direito de propriedade.

social. Nesse particular, não faltam mensageiros e núncios a proclamar, em todos os cantos da República, a morte da Constituição Dirigente![7]

É o que Paulo Bonavides denominou de "golpe de Estado institucional", mediante o qual se busca a recolonização do Brasil pela derrubada da Constituição, transformando-se o país constitucional em um país neocolonial, ou melhor, tecnocolonial, em plena "era do totalitarismo financeiro":

> O golpe de Estado institucional, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade Poderes mas os domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo de medidas provisórias, privatizações, variações de política cambial, arrocho de salários, opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, domínio da mídia, desmoralização social da classe média, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição de servidores públicos, recessão, seguindo, assim, à risca, receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, até a perda total da identidade nacional e a redução do país ao status de colônia, numa marcha sem retorno (BONAVIDES, 2004, p. 23).

Ressonância desse "golpe de Estado institucional" é a diuturna irrupção e o constante pululamento de processos de flexibilização, deslegalização e desconstitucionalização de direitos.[8] Diante da financeirização das relações sociais e da mercantilização da política, a "era dos direitos" dá lugar a um cenário sombrio, em cujo âmbito a tutela dos direitos humanos se efetiva para ínfima parcela da população, de modo que a pobreza e a marginalização avançam à revelia de todos os objetivos fundamentais com os quais se esposou a República.

Nesse aspecto, importante registrar que com o projeto de recolonização também o ideal republicano está por se corromper, tal como já ocorrera com o neocolonialismo em que a República qualificara-se como oligárquica. Com as devidas proporções, não é de se estranhar que a República federativa brasileira possa transmudar-se numa "República tecno-oligárquica" (Cf. ZAFFARONI, 2001, p. 122).

O tecnocolonialismo, portanto, fomentado pela globalização hegemônica neoliberal e implantado mediante o "golpe de Estado institucional", promove o ocaso do Estado Democrático de Direito, a desfiguração da Constituição e o desvirtuamento da

---

[7] Em resposta aos apressados, que já providenciavam o velório e o funeral, Canotilho peremptoriamente reafirma a vitalidade da Constituição Dirigente: "... o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional(...). O que se pretende é (...) escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu" (Cf. CANOTILHO, 2003, p. 31).

[8] Assiste-se ao que Hayek, primeiro ideólogo do neoliberalismo, preconizava já na década de 1940: a ausência de garantia de direitos para o futuro (Cf. MARQUES NETO, 2004, p. 112).

República, além de outras disfunções, dentre as quais, uma pertinente ao sistema penal brasileiro, que será examinada logo à frente.

2. A EDIFICAÇÃO DO ESTADO PENAL

Diante do ocaso do Estado Democrático de Direito, ou seja, do arruinamento dos caracteres que permitem a qualificação deste modelo estatal como Estado de Justiça material, uma nova forma estatal, congruente com a globalização hegemônica, institui-se em seu lugar, qual seja, o "Estado Tecnocolonial".

Esse simulacro de Estado tem por função primordial a garantia da implementação das políticas neoliberais "consensuais" com tranqüilidade e o controle dos desastrosos efeitos sociais que elas acarretam. É nesse sentido que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman desenvolve sua análise: "Quase-Estados, Estados fracos podem ser facilmente reduzidos ao (útil) papel de distritos policiais locais que garantem o nível médio de ordem necessário para a realização dos negócios" (BAUMAN, 1999, p. 76).

Percebe-se, portanto, que a face marcante do "Estado Tecnocolonial" é a penal, na medida em que se abandona o compromisso de promoção de políticas públicas sociais – tão caras à Constituição Dirigente e essenciais para a operacionalidade do Estado Democrático de Direito – para dedicar-se todas as suas forças à consecução de políticas criminais.[9] Isso é demonstrado estatisticamente por Loïc Wacquant, para quem há uma formação política nova nos Estados Unidos em razão do enxugamento orçamentário da seguridade social promovido nas três últimas décadas e a contrapartida consistente no recrudescimento do sistema penal:

> A destruição deliberada do Estado Social e a hipertrofia súbita do Estado penal transatlântico no curso do último quarto de século são dois desenvolvimentos concomitantes e complementares (...). Desenha-se assim a figura de uma formação política de um tipo novo, espécie de 'Estado centauro', cabeça liberal sobre corpo autoritário, que aplica a doutrina do 'laissez faire, laissez passer' ao tratar das causas das desigualdades sociais, mas que se revela brutalmente paternalista e punitivo quando se trata de assumir as conseqüências (WACQUANT, 2003, p. 55).

Na nova ordem mundial, a justiça social transmuda-se em justiça penal, ao mesmo tempo em que há uma simplificação dos problemas sociais ao reduzi-los a problemas policiais (Cf. GALEANO, 2005, p. 95).[10]

---

[9] "Prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe: poucas normas ousa ele aproximar do mercado livre – fonte de certo jusnaturalismo globalizado, que paira acima de todas as soberanias nacionais - porém para garantir o 'jogo limpo' mercadológico a única política pública que verdadeiramente se manteve em suas mãos é a política criminal" (BATISTA, 2003, p. 246).

[10] "No mundo das finanças globais, os governos detêm pouco mais que o papel de distritos policiais superdimensionados; a quantidade e a qualidade dos policiais em serviço, varrendo os mendigos, perturbadores e ladrões das ruas, e a firmeza dos muros das prisões assomam entre os principais fatores de 'confiança dos investidores' e, portanto, entre os dados principais

Nessa (des)ordem, grupos sociais cada vez maiores são expulsos do contrato social (pós-contratualismo) ou nem sequer a ele têm acesso (pré-contratualismo), sendo lançados num novo estado de natureza, fenômeno designado "fascismo social" por Boaventura de Sousa Santos (Cf. 2000, p. 103-108). Talvez a única maneira de "inclusão" no contrato social dessas "vidas desperdiçadas" seja pela via do sistema penal.[11]

Esse fenômeno se dá de forma ainda mais contundente e, por conseguinte, alarmante, em países como o Brasil, na medida em que a subjugação pelo tecnocolonialismo é uma chocadeira de problemas sociais.[12] Nesse aspecto, o sistema penal brasileiro passa a se apresentar como um poder local funcional a uma imensa rede de poder planetário, vale dizer, como um instrumento a serviço da consolidação da globalização hegemônica.[13]

Não compreende novidade alguma essa funcionalização do sistema penal hodierna. Os frankfurtianos Rusche e Kirchheimer explicaram, pioneiramente, valendo-se de análises históricas, a maneira como as formas punitivas corresponderam às relações de produção (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 20).

Nilo Batista, por sua vez, ao reconstruir as matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, constatou uma estreita vinculação dos sistemas penais com os sistemas políticos e econômicos assessorados, de modo que aqueles se incumbiam de cumprir tarefas específicas de desqualificação jurídica (mediante lei ou sentença), opressão, controle e neutralização de grupos socialmente identificáveis (Cf. 2002, p. 23).

Da mesma maneira com que havia sistemas penais dirigidos contra servos, judeus e hereges, assim como contra índios, negros, trabalhadores e prostitutas – no processo de formação nacional do Brasil -, recentemente o sistema penal aponta contra as multidões sem assento na mesa das tecno-oligarquias para o seleto banquete neoliberal (Cf. BATISTA, 2002, p. 23).

Para a consecução desse desígnio, fundamental se torna a supressão da alteridade, ou seja, a negação do *outro* e o aniquilamento da sua condição de sujeito, que passa a ser visto como o nada, o não-existente, o mal, o bárbaro.[14]

---

considerados quando são tomadas decisões de investir ou retirar um investimento" (BAUMAN, 1999, p. 128).

[11] Marcelo Neves explica que "... os 'subcidadãos' não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos da liberdade" (2006, p. 248).

[12] "O Estado vela pela segurança pública: de outros serviços já se encarrega o mercado, e da pobreza, gente pobre, regiões pobres, cuidará Deus, se a polícia não puder" (GALEANO, 2005, p. 31).

[13] Zaffaroni explicita essa sentença: "... nossos sistemas penais são os instrumentos de dominação neocolonial e ameaçam converterem-se no instrumento de dominação tecnocolonial mais eficaz já inventado" (2001, p. 146).

[14] O filósofo argentino Enrique Dussel constrói sua "filosofia da alteridade" partindo da demonstração do modo com que sistemas filosóficos prestaram-se ao papel de fundamentação e sustentação de sistemas políticos, sociais e econômicos excludentes de grupos vulneráveis em espaço-tempo sociais concretos.

Nesse aspecto, os ninguéns, os refugos do mercado, os economicamente inviáveis, os parasitas, aqueles cujas vidas são desperdiçadas, enfim, os excluídos, são "erigidos" à casta de inimigos públicos.[15] Numa sociedade em que o dilema sobre o qual mais se cogita é "... se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir" (BAUMAN, 1999, p. 89), os não-consumidores ou consumidores frustrados são estraga-prazeres simplesmente por estarem por perto. Eles quebram a norma e solapam a ordem, pois não lubrificam as engrenagens da sociedade de consumo. Dessa forma, são, pois, inúteis e, por serem inúteis, são também indesejáveis e, como indesejáveis, são naturalmente estigmatizados, tornando-se bodes expiatórios (Cf. BAUMAN, 1999, p. 104-105).

Para combatê-los, faz-se fundamental uma justificativa "científica", razão pela qual teorias são construídas com exorbitância para referendar essa "opção criminológica", dentre as quais se pode destacar a "teoria das janelas quebradas" e sua congruente "política de tolerância zero". Essa teoria de duvidosa cientificidade parte de falsas premissas, consoante crítica de Jacinto Miranda Coutinho e Edward Carvalho, que demonstram os verdadeiros fatores responsáveis pela queda da criminalidade em Nova Iorque, cidade apontada como prova irrefutável de que as teorias funcionam (Cf. COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 25).[16]

Na era da globalização hegemônica tecnocolonial, portanto, o controle social punitivo volta suas baterias contra os excluídos: "... se impone un control social punitivo que se oriente fundamentalmente hacia los marginados de los beneficios de la economia globalizada (...), los excluídos" (ZAFFARONI, 1997, p. 18).[17]

A "guerra contra a pobreza", assumida como bandeira de luta e plataforma de atuação pelo Estado Democrático de Direito, é substituída por uma "guerra contra os pobres", tidos como bode expiatório de todos os males do país (Cf. WACQUANT, 2003, p. 24).[18]

---

[15] O "refugo humano", ou, mais propriamente os seres humanos refugados, "excessivos", "redundantes", "extranumerários", "dispensáveis", "supérfluos", "descartáveis", "baixas colaterais do progresso econômico", tem como destino o depósito de dejetos, o monte de lixo, diferentemente dos desempregados, do "exército de reserva de mão-de-obra", cujo destino era serem chamados de volta ao serviço ativo (Cf. BAUMAN, 2005, p. 20).

[16] Enquanto a "política de tolerância zero" significa, em último caso, a "incarceration mania", a *broken windows theory* parte da premissa de que "desordem e crime estão, em geral, inextricavelmente ligadas, num tipo de desenvolvimento seqüencial", vale dizer, a tolerância para com pequenos delitos pode levar a crimes maiores. O interessante é que James Wilson e George Kelling, os autores desta teoria, afirmam que os desordeiros contra os quais se deve voltar o sistema penal são as pessoas não respeitáveis, turbulentas e imprevisíveis, os catadores de papel, bêbados fedorentos, viciados, adolescentes arruaceiros, prostitutas, vadios, perturbados mentais e pedintes inoportunos (Cf. COUTINHO; CARVALHO, 2003, p. 25).

[17] "O 'refugo humano' não pode mais ser removido para depósitos de lixo distantes [como fora feito no colonialismo] e fixado firmemente fora dos limites da 'vida normal'. Precisa, assim, ser lacrado em contêineres fechados com rigor. O sistema penal fornece esses contêineres" (BAUMAN, 2005, p. 107).

[18] "O mesmo sistema que fabrica a pobreza é o que declara guerra sem quartel aos desesperados que gera" (GALEANO, 2005, p. 95).

Perceptível fica, destarte, a engenhosidade da edificação do Estado penal, na medida em que inverte, com argúcia e sutileza, o objetivo fundamental da República de erradicação da pobreza...

3. PUNIDOS E NÃO PAGOS: O SISTEMA PENAL NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL

Historicamente há uma correlação indissolúvel entre os métodos de punição e as relações econômicas de produção. Dessa forma, indenização e fiança foram, inicialmente, as técnicas de punição preferidas na Idade Média, sendo gradativamente substituídas por um rígido sistema de punição corporal e capital (Cf. RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 23). Essas modalidades punitivas, por sua vez, deram lugar ao aprisionamento, por volta do século XVII, conseqüência necessária das casas de correção, na medida em que ambas tinham por objetivo primordial o treinamento e a exploração da força de trabalho dos indesejáveis.[19]

Com as revoluções liberais burguesas a prisão universaliza-se como método punitivo universal, a ponto de constituir-se simbolicamente no imaginário social como a forma punitiva por excelência, vale dizer, como a pena mais justa e natural a ser imposta ao autor de um delito. Nesse sentido, fundamental foi o desvelamento realizado por Michel Foucault:

> Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento 'universal e constante'? Sua perda tem portanto o mesmo preço para todos; melhor que a multa, ela é o castigo 'igualitário'. Clareza de certo modo jurídica da prisão. Além disso ela permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo. Há uma forma-salário da prisão que constitui, nas sociedades industriais, sua 'obviedade' econômica. E permite que ela pareça como uma reparação. Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a idéia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira (...). A prisão é 'natural' como é 'natural' na nossa sociedade o uso do tempo para medir as trocas. Mas a obviedade da prisão se fundamenta também em seu papel, suposto ou exigido, de aparelho para transformar os indivíduos. Como não seria a prisão imediatamente aceita, pois se só o que ela faz, ao encarcerar, ao retreinar, ao tornar dócil, é reproduzir, podendo sempre acentuá-los um pouco, todos os mecanismos que encontramos no corpo social? (FOUCAULT, 2002, p. 196)

[19] As casas de correção "limpavam" as cidades européias de mendigos e vagabundos, afirmando a idéia de que o dever para com o trabalho é a essência da vida. Elas combinavam princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais. Através do trabalho forçado, os prisioneiros adquiriam hábitos industriosos, tornando sua força de trabalho socialmente útil (Cf. RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 67-69).

Para além da função disciplinar exercida pela prisão, na perspectiva foucaultiana, Rusche e Kirchheimer identificam uma função econômica, traduzida na busca do lucro, tanto imediatamente com a tentativa de fazer produtiva a própria instituição carcerária, quanto mediatamente com a integração de todo o sistema penal no programa mercantilista do Estado (Cf. 2004, p. 103).[20]

A revolução industrial acentua essas funções, levando Pavarini a concluir que há uma relação inextricável e de continuidade entre o binômio cárcere/fábrica, segundo a qual "os detidos devem ser trabalhadores e os trabalhadores devem ser detidos", vale dizer, a fábrica funciona como o cárcere do operário e o cárcere se presta ao papel de fábrica do condenado (Cf. Apud SANTOS, 1984, p. 166).

Para Nilo Batista, o capitalismo industrial recorreu ao sistema penal para garantir a mão-de-obra e impedir a cessação do trabalho. Detalhadamente, pode-se dizer que para garantir a mão-de-obra criou-se o delito de vadiagem, criminalizando-se o pobre que não se convertesse em trabalhador, tanto por simples recusa, quanto pelo fracasso na venda de sua força de trabalho. Já para impedir a cessação do trabalho, por meio do delito de greve criminalizava-se o trabalhador que se recusasse ao trabalho tal como ele era. "O teorema jurídico era o mesmo: não trabalhar era ilícito, parar de trabalhar também. Em suma, *punidos e mal pagos*" (1990, p. 35-36, grifo nosso).

Esse diagnóstico já não se aplica mais à sociedade de consumo atual, fundada na matriz produtiva do capitalismo pós-industrial ou financeiro, pela simples razão de que a criação da riqueza está a caminho de emancipar-se das suas conexões com a produção de coisas, o processamento de materiais, a criação de empregos e a direção de pessoas (Cf. BAUMAN, 1999, p. 80). As "fábricas de disciplina" de outrora saem de cena para que "fábricas de exclusão" assumam seu posto. O que a nova clientela faça em suas celas não mais importa; o que importa é que fiquem ali:

> Nessas condições o confinamento não é nem escola para o emprego nem um método alternativo compulsório de aumentar as fileiras da mão-de-obra produtiva quando falham os métodos 'voluntários' comuns e preferidos para levar à órbita industrial aquelas categorias particularmente rebeldes e relutantes de 'homens livres'. Nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes *uma alternativa ao emprego*, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho *ao qual se reintegrar* (BAUMAN, 1999, p. 119-120).

Hoje, segundo Nilo Batista, o capitalismo pós-industrial ou financeiro começa a abandonar o corpo do homem, que interessa agora como consumidor. Por essa razão, há uma ênfase nas penas alternativas para os "possíveis consumidores" e encarceramento

[20] Foucault explica que os processos de desenvolvimento do capitalismo (acumulação de capital) e de encarceramento (acumulação de homens) não podem ser separados: "... não teria sido possível resolver o problema da acumulação de homens sem o crescimento de um aparelho de produção capaz ao mesmo tempo de mantê-los e de utilizá-los; inversamente, as técnicas que tornam útil a multiplicidade cumulativa de homens aceleram o movimento de acumulação de capital" (FOUCAULT, 2002, p. 182).

neutralizante e duradouro para os "consumidores falhos ou frustrados" (Cf. 2003, p. 248).[21]

Partilha desse mesmo entendimento Maria Lúcia Karam, para quem as famigeradas penas alternativas não são reais substitutivos da prisão, no sentido de uma humanização da pena,[22] mas um meio paralelo de ampliação do poder do Estado de punir:

> Com a vigilância viabilizando-se para além dos muros da prisão – pense-se, por exemplo nas pulseiras eletrônicas ou nas 'orwellianas' câmeras de vídeo, expressões, no campo do controle social, dos avanços tecnológicos do capitalismo pós-industrial e globalizado -, tem-se o campo propício para uma execução ampliada da nova disciplina social, que, não mais exigindo a reprodução da estrutura fabril encontrada na prisão, por um lado, necessita alcançar um número crescente daqueles excluídos da produção e do mercado, que mesmo a notável expansão registrada na estrutura carcerária nos últimos vinte anos não consegue abarcar, e, por outro lado, serve para sinalizar e ensaiar a onipresença do Estado, a possibilidade de controle total sobre cada passo do indivíduo, mesmo aquele teoricamente integrado à sociedade, que, assim, se sentindo permanentemente vigiado, se adestra para a obediência e a submissão à ordem vigente (KARAM, 2002, p. 171).

O aforismo de Nilo Batista designativo da funcionalização do sistema penal pelo capitalismo industrial, qual seja, "punidos e mal pagos", há que ser adaptado diante da sobrevinda do capitalismo pós-industrial ou financeiro. A clientela do sistema penal compõe-se agora, majoritariamente, dos excluídos, que não são mal pagos, porque nem pagos são. Por essa razão, a máxima que traduz fielmente a relação entre o sistema produtivo hodierno e o sistema penal talvez seja "punidos e não pagos"!

4. A OPERACIONALIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva, dirigida, logicamente, aos setores vulneráveis ou grupos sociais mais débeis (Cf. ZAFFARONI, 2001, p. 27).

---

[21] Com base na lingüagem baumaniana, pode-se dizer que as penas alternativas são destinadas àquelas pessoas que podem ser submetidas à reciclagem: "estão 'fora', mas apenas por um tempo – seu 'estar fora' é uma anomalia que exige ser curada. Elas precisam claramente ser ajudadas a 'voltar para o lado de dentro' logo que possível" (BAUMAN, 2005, p. 90-91). Já quanto às penas privativas de liberdade, Bauman explica que "... o principal e talvez único propósito (...) não é ser apenas um depósito de lixo qualquer, mas o depósito final, definitivo. Uma vez rejeitado, sempre rejeitado" (BAUMAN, 2005, p. 107).

[22] No que diz respeito à transação penal, Geraldo Prado alerta que o "convencimento forçado" pode vitimar pessoas de todas as classes sociais, muito embora os mais vulneráveis sejam os mais pobres (Cf. 2003, p. 193).

Evidentemente, o atributo essencial do sistema penal, mormente em sistemas penais funcionalizados para a contenção dos refugos das tragédias sociais, é a seletividade.

A alta "performance" do sistema penal na realização dessa tarefa se deve a uma coerente e, por conseguinte, sedutora construção ideológica, que perpassa as searas da criminologia, política criminal e dogmática jurídico-penal, cujo desvelamento se faz possível ao ser apreciada de maneira crítica.

Assim, assiste-se no âmbito criminológico, sob a égide da defesa social, ao renascer de modalidades da criminologia positivista, razão pela qual o "homem delinqüente", assim tomado por características sociais e não mais somáticas, é estereotipado como jovem-pobre-desempregado-marginalizado (Cf. PEGORARO, 2007, p. 339).[23]

Para Augusto Thompson a criminologia etiológica fabrica o estereótipo do criminoso de forma sub-reptícia. Nesse sentido, os criminólogos tradicionais vão às prisões e verificam que a maioria esmagadora dos presos é composta por componentes das classes subalternas. Diante desse quadro, inferem que a pobreza se apresenta como um traço característico da criminalidade, sem levar em conta, contudo, o fenômeno da "cifra oculta", segundo o qual os presos representam parcela ínfima dos criminosos, mais precisamente, aqueles que caem nas malhas do sistema penal. Ao afirmarem que "o criminoso é caracteristicamente pobre", os termos da equação podem ser invertidos, de tal maneira que "o pobre é caracteristicamente criminoso", dando margem e legitimação à atuação seletiva e discriminatória das agências formais de controle, posteriormente, num círculo vicioso dificilmente quebrantável (Cf.1998, p. 32;64).

Esse estereótipo será transmitido pelas instituições portadoras de sistemas normativos, quais sejam, Igreja, família, escolas, associações, partidos políticos, sindicatos e, principalmente, meios de comunicação de massa (*mass media*), que atingem invariavelmente todas as outras instituições cotidiana e permanentemente.[24]

No que diz respeito à política criminal, alçada ao status de "a" política pública por excelência do modelo estatal em edificação, pode-se dizer que há um desvirtuamento de suas funções, na medida em que é apresentada como a solução para todos os problemas sociais, prestando-se a um uso completamente divorciado da axiologia jurídico-constitucional.

Nesse viés, *de lege ferenda*, ampliam-se as condutas rotuladas como crime quando típicas de indivíduos pertencentes às classes subalternas e criam-se zonas de imunização para as condutas decorrentes da criminalidade dourada ou do colarinho branco, estreitando-se e alargando-se – respectivamente - a malha do sistema penal e, conseqüentemente, aumentando seu caráter seletivo e estigmatizador.[25]

---

[23] Para Lola de Aniyar Castro a criminologia tradicional estabelece associações entre o pobre, o feio, o anormal e o perigoso da mesma forma com que vincula o rico, o belo, o são e o inofensivo, livrando-se as condutas danosas dos poderosos e constituindo-se um estereótipo de delinqüente pertencente às classes subalternas (Cf. CASTRO, 2005, p. 74).

[24] Sobre as funções que a mídia vem desempenhando perante os sistemas penais do capitalismo pós-industrial ou financeiro, confira: BATISTA, Nilo. "Mídia e sistema penal no capitalismo tardio".

[25] Diante da discriminação e seletividade estruturais do sistema penal, Luigi Ferrajoli faz intrigantes propostas: "... io credo che la presa di coscienza di questa sistematica

De lege lata, não se promove uma filtragem constitucional da legislação esparsa a partir da crítica possibilitada pela evocação dos valores político-criminais esposados pela Constituição da República.

Já no que concerne à dogmática jurídico-penal, Alessandro Baratta denunciou o "mito do direito penal como direito igual", resumido nas proposições seguintes: a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas conseqüências, do processo de criminalização (princípio da igualdade) (Cf. 2002, p. 162).

A crítica do autor italiano produz asserções que vêm de encontro àquelas em que se resume o "mito": a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (Cf. BARATTA, 2002, p. 162).

Diante da igualdade perante a lei dos cidadãos, a operacionalidade do sistema penal revela uma aplicação desigual da lei, de maneira que o "direito penal do fato" paira sobre as nuvens idealistas dos textos legais, prestando-se ao papel de legitimação simbólica do "direito penal do autor", concretamente aplicado e elemento componente de um autêntico sistema penal subterrâneo. Há, portanto, uma "gestão diferencial das ilegalidades".[26]

Esse confronto dialético entre a igualdade legal e a desigualdade penal existe desde o Iluminismo, conforme Foucault, para quem as "Luzes" inventaram as liberdades, de titularidade universal, mas também as disciplinas, "privilégio" dos indesejáveis, de modo que "as disciplinas reais e corporais constituíram o subsolo das liberdades formais e jurídicas" (2002, p. 183).[27]

---

discriminazione dovrebbe da um lato orientare la politica criminale, che al contrario sembra preoccupata soltanto di asse condare e alimentare, con inutili inasprimenti di pene, proprio l'allarme sociale per i soli reati dei poveri; e dovrebbe, dall'altro, entrare a far parte della deontologia profissionale dei giudici che intendono garantire l'uguaglianza e i diritti fondamentali di tutti, sollecitando por questi reati uma maggiore indulgenza equitativa onde compensare l'oggettiva disuguaglianza e selettività dell'amministrazione della giustizia" (2003, p. 89).

[26] "O fetichismo da lei no Brasil é unilateralista, funciona como mecanismo de discriminação social. Dirige-se, normalmente, aos subintegrados. A interpretação legalista é normalmente aplicada àqueles que não se encontram em condições de exercer os seus direitos, mesmo que estes estejam 'garantidos' legal e constitucionalmente" (NEVES, 2006, p. 254).

[27] As conseqüências dessa dialética são as seguintes: "... enquanto os sistemas jurídicos qualificam os sujeitos de direito, segundo normas universais, as disciplinas caracterizam, classificam, especializam; distribuem ao longo de uma escala, repartem em torno de uma norma, hierarquizam os indivíduos em relação uns aos outros, e, levando ao limite, desqualificam e invalidam" (FOUCAULT, 2002, p. 183).

Essa disfunção na interpretação/aplicação do direito penal é comum até mesmo em procedimentos aparentemente incólumes, tais como o tribunal do júri, cuja legitimação pelo julgamento popular o afasta da acusação de tratamento desigual aos cidadãos iguais. Nesse aspecto, Lênio Streck afirma que quando os acusados de crimes contra a vida forem provenientes das camadas pobres da sociedade, eles estarão em face de uma verdadeira luta de classes, na medida em que serão levados a julgamento frente a um corpo de jurados formado basicamente pelas camadas médio-superiores da sociedade. Essa relação conflituosa existente entre réus e julgadores, traduzida no aforismo "matem-se entre vós que nós o julgaremos entre nós", não será explicitada, todavia, no plenário de julgamento, já que, simbólica e ritualisticamente será amalgamada pelos discursos dos atores jurídicos (Cf. 2001, p. 119).

Posto isso, depreende-se que a interpretação/aplicação da dogmática jurídico-penal de forma abstrata, consoante a metodologia lógico-formal, não garante a segurança jurídica e a racionalização do direito penal prometidas, diferentemente do que apregoa o positivismo jurídico, mas, em articulação com uma recepção acrítica do estereótipo fabricado e imposto pela criminologia tradicional, assim como em descompasso com os valores político-criminais previstos constitucionalmente, justifica e legitima a seletividade do sistema penal.

5. EM BUSCA DA LUCIDEZ PERDIDA

Imposta de maneira sub-reptícia pelo "golpe de Estado institucional", a tecnocolonização é operacionalizada por meio da deturpação da Constituição, da usurpação da República, do ocaso do Estado Democrático de Direito e da conseqüente edificação do Estado Penal, cuja política principal é a funcionalização do sistema penal para controlar as "vidas desperdiçadas" da sociedade pós-industrial globalizada.

Nas atuais circunstâncias, a resistência a esse panorama sombrio se traduz em obstaculizar esses processos destinados à subjugação da nação. Há, por conseguinte, que se jogar areia nas engrenagens do projeto recolonizador. De forma mais precisa: contra a deturpação da Constituição, a resistência constitucional e a afirmação de seu caráter dirigente; contra a usurpação da República, a reafirmação dos valores republicanos; contra a edificação do Estado Penal, o asseguramento do Estado Democrático de Direito formal e a construção do Estado de Justiça material ou do *Stato dei Diritti Umani* (Cf. BARATTA, 1985, p. 469); enfim, contra a globalização hegemônica, a busca pela globalização contra-hegemônica.

No que diz respeito à funcionalização do sistema penal, "uma peça chave para escapar do perigo de um tecnocolonialismo genocida é o manejo e controle do sistema penal, neutralizando-o como instrumento deste novo colonialismo" (ZAFFARONI, 2001, p. 123).

Por meio da mínima violação e máxima realização dos princípios que servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício de poder do sistema penal, deve-se ir configurando um padrão – provisório, aberto, inacabado – de máxima

irracionalidade tolerada na seleção incriminadora do sistema penal (Cf. ZAFFARONI, 2001, p. 236).[28]

Fundamental para a consecução desse desiderato se mostra o adequado manejamento da teorização pioneiramente realizada pelo italiano Luigi Ferrajoli e que originou o "garantismo penal", cujas bases estruturais se encontram na sua obra "Direito e razão: teoria do garantismo penal". Em outras palavras, o sistema de garantias ferrajoliano – constituído por dez axiomas fundamentais, os quais foram elaborados principalmente pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII e dos quais derivam quarenta e cinco teoremas - pode ser de extrema valia na tarefa de limitação da irracionalidade do exercício de poder do sistema penal (Cf. 2002, p. 74-90).

Outrossim, a adequação da dogmática jurídico-penal a finalidades político-criminais numa unidade funcional, consoante o funcionalismo racional-teleológico de Claus Roxin, que desabrochou com a paradigmática obra "Política criminal e sistema jurídico-penal", também é um terreno fértil que pode dar muitos frutos nessa empreitada.[29]

Nessa perspectiva, política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia são cientificamente três âmbitos autônomos, ligados, porém, em uma unidade teleológico-funcional na busca do processo de realização do direito penal, isto é, na tutela de bens jurídico-penais e, em último caso, na preservação das condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem em comunidade (Cf. DIAS, 1999, p. 49;74).

Diferentemente do papel ao qual é atribuída pelo senso comum hoje em dia, a política criminal passa a ser concebida como uma ciência transpositiva, transdogmática e trans-sistemática, cuja função por excelência consiste em servir de padrão crítico tanto do direito constituído (*de lege lata*), como do direito a constituir (*de lege ferenda*), tendo em vista a axiologia jurídico-constitucional, deduzida do valor máximo representado pela dignidade da pessoa humana (Cf. DIAS, 1999, p. 42).

Contudo, não obstante a importante função a ser desempenhada pela política criminal, não se pode esquecer a sabedoria de Mezger, sintetizada na sentença: "uma boa política social ainda é a melhor política criminal" (Apud QUEIROZ, 2002, p. 29).

---

[28] Dentre estes princípios o penalista argentino enumera o "princípio de reserva legal ou de exigência máxima de legalidade em sentido estrito", o "princípio de máxima taxatividade", o "princípio da irretroatividade", o "princípio de máxima subordinação à lei penal substantiva", o "princípio de representação popular", o "princípio da limitação máxima da resposta contingente", o "princípio de lesividade", o "princípio da mínima proporcionalidade", o "princípio do respeito mínimo à humanidade", o "princípio de idoneidade relativa", o "princípio limitador da lesividade à vítima" e o "princípio da transcendência mínima da intervenção punitiva" (Cf. ZAFFARONI, 2001, p. 239-242).

[29] Fernando Fernandes explica que esta opção metodológica, lastreada na dialética entre pensamento sistemático e pensamento problemático, afina-se com o modelo de "Estado de Direito, Democrático e Social, Material, fundado na eminente dignidade da pessoa humana": "... se as considerações de natureza sistemática são adequadas à segurança e tutela da liberdade individual inerente ao Estado de Direito, as ponderações problemáticas de natureza político-criminais hão de conduzir à satisfação dos reclames do Estado Social, numa intenção materializada no respeito à dignidade humana; tudo, enfim, voltado, antes que para uma estéril organização lógico-sistemática, para a solução do caso concreto que seja, a um só tempo, *justa* e *adequada*" (FERNANDES, 2003, p. 83).

Nesse mesmo sentido é a proposição de Alessandro Baratta: "...la politica di giustizia sociale, la realizzazione dei diritti umani, il soddisfacimento dei bisogni reali degli individui, sono molto di piú de uma politica criminale alternativa: sono la vera alternativa democratica alla politica criminale" (BARATTA, 1985, p. 468).

Para além do instrumental teórico garantista e do método racional funcional-teleológico, a resistência há de se fundar numa "ética da alteridade", de acordo com a qual o *outro* negado como sujeito, qualificado como bárbaro e estereotipado como inimigo público, tem sua dignidade humana concretamente afirmada.[30] Talvez seja esta a arma mais poderosa para se fazer frente à servidão tecnocolonial e às suas conseqüentes tragédias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o "golpe de Estado institucional" é laborado no mais discreto silêncio. O ocaso do Estado Democrático de Direito é celebrado como se fosse eterno. Ao anoitecer a subjugação tecnocolonial decorrente da globalização hegemônica avança. Às escuras intenta-se a usurpação da República. De madrugada trama-se o assassinato da Constituição Dirigente. Sob as trevas a cegueira alastra-se, qual uma epidemia avassaladora, operando o sistema penal de maneira seletiva e discriminatória, à revelia de todos os objetivos fundamentais e valores da Constituição, para perpetuar a escuridão.

Diferentemente da naturalidade com que a manhã seguinte enuncia o fim do ocaso de qualquer astro, o ocaso do Estado Democrático de Direito somente terá o seu fim mediante a *práxis* de homens de *carne y hueso*, dentre eles juristas, que coloquem o seu saber/fazer a serviço da construção de um autêntico Estado Democrático de Direito material, ou melhor, de um Estado Democrático de Direitos Humanos. Certamente, sua luz brilhará espalhando lucidez em substituição à cegueira, de sorte a permitir que o valor da dignidade da pessoa humana reluza com esplendor.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

_____. Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. **Dei delitti e delle pene**, ano III, n. 3, p. 443-473, set-dez. 1985.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 242-263, jan-mar. 2003.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

[30] Jacinto Miranda Coutinho já evocou a "ética da alteridade" para a resistência contra o pensamento economicista neoliberal e seus influxos no direito penal (Cf. COUTINHO, 2000, p. 310).

_____. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Trad. Carlos A. Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. **Globalização**: as conseqüências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José J. Gomes. In: COUTINHO, Jacinto Miranda (Org). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Lola de Aniyar. **Criminologia da Libertação**. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

COUTINHO, Jacinto Miranda. O papel economicista no direito criminal de hoje. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 297-310, out-dez. 2000.

_____.; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, ano 3, n. 11, p. 23-29, jul-set. 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação:** crítica à ideologia da exclusão. Trad. Georges Maissiat. 3.ed. São Paulo: Paulus, 2005.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (Org.). ***Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 53-83.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e globalizzazione. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 79-89, jan-mar. 2003.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. . Trad. Ana P. Z. Sica *et al.* São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 25.ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar:** a escola do mundo ao avesso. 7.ed. Porto Alegre: L&PM, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/2001 – Leis dos Juizados Especiais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 148-174, jul-set. 2002.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o declínio do direito. In: RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 103-116.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PERGORARO, Juan S. Criminologia, neoliberalismo e controle punitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, n. 64, p. 338-362, jan-fev. 2007.

PRADO, Geraldo Luís Mascarenhas. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUSCHE, GEORG; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2.ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, n. 64, p. 313-337, jan-fev. 2007.

_____. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: PAOLI, Maria Célia; OLIVEIRA, Francisco de (Org.). **Os sentidos da democracia**. 2.ed. São Paulo: Vozes, 2000, p. 83-129.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições de violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das letras, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**: o crime e o criminoso como entes políticos. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 1998.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2.ed. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan:ICC, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, n. 20, p. 13-23, out-dez. 1997.

REALIZAÇÃO:

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNESP
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAS

NÚCLEO DE ESTUDOS DA TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS – NETPDH

Av Eufrásia Monteiro Petráglia, 900
Jd Dr. Antonio Petráglia - CEP 14409-160
Telefone: (16) 3706-8712
e-mail : posgrad@franca.unesp.br
home page : http://www.franca.unesp.br/posdireito

APOIO:

CAPES

CULTURA ACADÊMICA Editora