



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO – PRODIR

Daniela Ramos Lima Barreto

O DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS:
Uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do
Direito Penal

:

SÃO CRISTÓVÃO

2013

Daniela Ramos Lima Barreto

O DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS:

Uma análise crítica da busca de reconhecimento por meio do
Direito Penal

Dissertação apresentada como requisito para a
obtenção título de mestre, pelo Núcleo de
Mestrado em Direito da Universidade Federal de
Sergipe.

ORIENTADORA: PROF.^a DR.^a DANIELA
CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

SÃO CRISTÓVÃO

2013

DANIELA RAMOS LIMA BARRETO

O DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS:

Uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do Direito Penal

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção título de mestre, pelo Núcleo de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Aprovada em (____), (____) (____).

BANCA EXAMINADORA

Profª Drª Daniela Carvalho Almeida da Costa – UFS

Profº Dr Carlos Alberto Menezes – UFS

Profª Drª Karyna Batista Sposato - UNIT

São Cristóvão

À Alice Ramos Lima Barreto, minha pequena, minha verdade a caminhar livre e claudicante por este mundo, prestes a descobrir - a qualquer momento - que somente sendo a si mesma é que se chega a algum lugar; e à Professora Constança Marcondes César, que me recebeu ao iniciar esse percurso, por me apresentar à filosofia e me ensinar que o importante é defender e carregar a minha verdade.

AGRADECIMENTOS

A Deus por fazer por mim infinitamente mais do que eu possa pedir ou imaginar;

Aos meus pais, pelo cuidado e carinho, a gratidão por toda a minha vida, com todo amor que nela houver; e às minhas irmãs, Leila e Tamara, que sempre demonstraram - cada qual a sua maneira - apreço e admiração pela minha jornada;

À professora Daniela Carvalho Almeida da Costa, cujos ensinamentos transcenderam o estudo das Ciências Penais, ficando para sempre em minha memória a recordação da tranquilidade, respeito e amizade com que me acompanhou nesse caminho. Em meio às inúmeras dúvidas e inseguranças que a busca do conhecimento alimenta, seu exemplo de autenticidade e sua dedicação sempre apagaram a incerteza quanto a minha escolha em retomar meu interesse pela vida acadêmica;

Ao Professor Carlos Alberto Menezes, meu primeiro professor de Direito Penal, toda a minha reverência e os meus sinceros agradecimentos pelas preciosas contribuições a mim presenteadas ao longo de nossa convivência no Mestrado em Direito da UFS;

À Professora Constança Marcondes César, minha gratidão pela sua dedicação em compartilhar conosco sua erudição e nos descortinar um novo mundo apresentado pela filosofia;

Aos professores coordenadores do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, durante o período em que fui aluna: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Flávia Moreira Pessoa e Jussara Maria Moreno Jacintho, meus sinceros agradecimentos pela disposição em carregar um fardo maior de tarefas indispensáveis para a consolidação no nosso jovem mestrado;

A todos os professores que marcaram a minha vida durante o tempo em que fui graduanda e mestranda na Universidade Federal de Sergipe e que contribuíram para a construção da minha bagagem intelectual, especialmente as professoras Andréa Reginato Depieri e Denise Leal Fontes Albano Leopoldo;

À Romelúzia de Lima Gomes dos Santos e à Professora Ana Karyna Oliveira pelo precioso auxílio;

Aos meus colegas com quem dividi as angústias e alegrias desse caminho, minha gratidão, inclusive àqueles que, mesmo sem perceber ou desejar, contribuíram para o meu aprendizado.

Dentre os colegas, dedico um agradecimento especial àquele que se apresentou como irmão terno e cuidadoso: Carlos Augusto Cavalcante Melo a quem peço que receba a minha gratidão pelo carinho e a minha sempre festejada alegria inevitavelmente gerada em cada nosso encontro;

Aos meus amigos, minha fortuna, minhas desculpas pelas ausências e minha gratidão pelo conforto e incentivo, em especial a toda a minha equipe de trabalho, antes de tudo um grupo de grandes amigos, e à Georlize Oliveira Costa Teles, Andréa Cristina Andrade Macedo, Elaine de Melo Silva e Iracy Mangueira;

A Danilo, João Pedro, Alice e Arivaldo, aqueles com quem tenho a maior dívida. A vocês ofereço todo o meu amor, pois, de vocês vem todo meu sentimento, meu fôlego de vida, meu desejo de lutar. Algo que não se agradece, até mesmo porque, nenhum agradecimento poderia expressar.

Houve uma época, é claro, em que nós cinco não conhecíamos um ao outro... Ainda não conhecemos um ao outro, mas aquilo que é possível e tolerável para nós cinco possivelmente não será tolerado por um sexto. Em todo caso, somos cinco e não queremos ser seis... Longas explicações poderiam resultar que o aceitássemos em nosso círculo, de modo que preferimos não explicar e não aceitá-lo... (Franz Kafka)

RESUMO

Trata-se aqui de uma pesquisa teórica, que tem por objetivo estudar a vertente peculiar da expansão penal contemporânea, a qual diz respeito à elaboração de legislações penais voltadas à proteção específica de grupos minoritários, o aqui chamado “Direito Penal dos Vulneráveis”. A ideia é questionar a utilização do Direito Penal como espaço para promoção da igualdade e suplantação da situação de vulnerabilidade que acomete os grupos minoritários. Investiga-se a formação da noção de vulnerabilidade e a sua relação com o discurso de Direitos Humanos, com a Criminologia Crítica e a Vitimologia, como o ambiente teórico a justificar o recrutamento do Direito Penal como meio para promover e afirmar direitos dos grupos vulnerabilizados. Lança-se mão do conceito de reconhecimento intersubjetivo para a leitura das mobilizações sociais que determinam uma “corrida pelo Direito Penal”, no qual se depositam expectativas de trazer visibilidade às demandas por igualdade de determinados segmentos e grupos, e de gerar maior reconhecimento ou estima social a estes mesmos. Analisa-se o “Direito Penal dos Vulneráveis” à luz de um Direito Penal de posição garantista, verificando as suas características e contradições. Conclui-se que o “Direito Penal dos Vulneráveis” não é capaz de propiciar reconhecimento, nem muito menos a suplantação de desigualdades, pois suas características estruturais apontam exatamente o contrário: o Direito Penal obsta o reconhecimento e reproduz desigualdades. A opção dos atores sociais em recrutar o Direito Penal como meio para alcançar reconhecimento, em verdade expressa uma ótica reativa e uma volúpia punitiva incompatível com a defesa de Direito Humanos; escolhendo a resposta punitiva, apenas se reproduz a própria cultura de dominação e subalternização que se pretende suplantar. O reconhecimento deve ser buscado em outros espaços que não o Direito Penal. Este deve ter a tarefa de proteger os bens jurídicos de todos, comprometido com os respeito aos Direitos Humanos e buscando uma intervenção mínima, com o máximo de garantias ao indivíduo.

PALAVRAS CHAVE: Vulnerabilidade. Direitos Humanos. Direito Penal.

ABSTRACT

This is a theoretical research which aims at studying the peculiar thought related to the expansion of the contemporary criminal laws, which are related to the creation of criminal laws directed towards the protection of minority groups, here called “Criminal Law of the Vulnerable”. The idea is to question the use of the Criminal Law as a space for the promotion of equity and the replacement of the vulnerable situation common to minority groups. How the idea of vulnerability is brought about is investigated, together with its connection to the ideas of Human Rights, Critical Criminology and Victimology, as a theoretical assumption which is able to justify the use of the Criminal Law as a way to promote and assert the rights of vulnerable groups. The concept of intersubjective recognition is considered when it comes to the reading of social mobilizations which determines “a run towards the Criminal Law”, in which expectations to make the demands for equity by some determined segments and groups are created, besides expectations to generate more recognition or social esteem to the same groups. “The Criminal Law of the Vulnerable” is analyzed in the light of an understanding of the Criminal Law which takes the position of a guarantee, verifying its characteristics and contradictions. The conclusion drawn points to the fact that “The Criminal Law of the Vulnerable” is not capable of producing recognition or replacing inequities, since its structural characteristics point to the opposite: the Criminal Law prevent recognition and reproduce inequities. The choice of the social actors for recruiting the Criminal Law as a way to achieve recognition expresses a reactive view and a punitive pleasure which is incompatible with the defense of Human Rights. When choosing the punitive response, it is in fact reproducing the culture of domination and submission which is intended to replace. Recognition must be sought in other spaces other than that of the Criminal Law. This must aim at protecting the legal interests of all, being committed to respect Human Rights and seeking a minimal intervention, with the maximum of guarantees to the individual.

KEY WORD: Vulnerability. Human Rights. Criminal Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	-----	13
-------------------	-------	----

PARTE I O “ DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS”

1 O “ DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS”: UMA VERTENTE ESPECÍFICA DA EXPANSÃO PENAL CONTEMPORÂNEA	-----	19
--	-------	----

2 O “ DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS” NO BRASIL	-----	22
---	-------	----

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	-----	22
----------------------------	-------	----

2.2 LEI 7.716/89: A CRIMINALIZAÇÃO DO PRECONCEITO E DA DISCRIMINAÇÃO	-----	25
--	-------	----

2.2.1 Contexto Histórico	-----	25
--------------------------	-------	----

2.2.2 Antecedentes	-----	32
--------------------	-------	----

2.2.3 Principais Aspectos	-----	35
---------------------------	-------	----

2.3 LEI 10.741/03: PROTEÇÃO ESPECÍFICA À PESSOA IDOSA	----	40
---	------	----

2.3.1 Contexto Histórico	-----	40
--------------------------	-------	----

2.3.2 Antecedentes	-----	42
--------------------	-------	----

2.3.3 Principais Aspectos	-----	43
---------------------------	-------	----

3.4 LEI 11.340/06: UM MICRO-SISTEMA PARA O TRATAMENTO PENAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DE GÊNERO	-----	45
--	-------	----

2.4.1 Contexto Histórico	-----	45
--------------------------	-------	----

2.4.2 Antecedentes	-----	47
--------------------	-------	----

2.4.3 Principais Aspectos	-----	49
---------------------------	-------	----

2.5 NOVAS DEMANDAS DA CRIMINALIZAÇÃO	-----	53
--------------------------------------	-------	----

2.5.1 P.L. 122/06: A Pretensão de Criminalização da Homofobia	-----	53
---	-------	----

2.5.2 Estatuto da Pessoa com Deficiência: A Pretensão de uma Lei Penal Específica para a Vítima com Deficiência	-----	57
---	-------	----

2.6 A ELABORAÇÃO DO ““ DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS”” NO BRASIL: PONTOS EM COMUM	61
--	----

PARTE II QUEM SÃO OS VULNERÁVEIS?

3 VULNERABILIDADE, VULNERÁVEIS E DIREITO PENAL	63
3.1 MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS: EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO	63
3.2 A NOÇÃO DE VULNERABILIDADE E SUA APROXIMAÇÃO DO DIREITO PENAL	70
3.2.1 Vulnerabilidade: Uma Constatação no Processo de Consolidação e Afirmação de Direitos Humanos	70
3.2.2 Vulnerabilidade e Vitimologia: O Olhar Voltado às Vítimas, Agregando Significados e Promovendo Aproximação com o Direito Penal	76
3.2.3 Vulnerabilidade e Criminologia: Os Pressupostos da Criminologia Social e a Mudança de Direção da Criminologia Crítica	81
3.2.3.1 A Noção de Vulnerabilidade Implícita às Teorias da Sociologia Criminal	81
3.2.3.2 Criminologia Crítica: Crise e Mudança De Direção	91

PARTE III O QUE QUEREM OS VULNERÁVEIS?

4 JUSTIÇA, IGUALDADE E RECONHECIMENTO: OS TERMOS DE UM DEBATE	98
5 RECONHECIMENTO COMO PRESSUPOSTO DE JUSTIÇA	103
5.1 NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA CATEGORIA “RECONHECIMENTO”	103
5.2 A NECESSIDADE DA SOBREVIVÊNCIA DO AUTÊNTICO: CHARLES	

TAYLOR E O RECONHECIMENTO COMO IDENTIDADE-----	106
5.3 AXEL HONNETH E A LUTA PELO RECONHECIMENTO: A EXPERIÊNCIA DO DESRESPEITO COMO MOTOR DAS MOBILIZAÇÕES SOCIAIS -----	114
5.4 REDISTRIBUIÇÃO OU RECONHECIMENTO: NANCY FRASER E AS COMUNIDADES BIVALENTES -----	127
5.5 PAUL RICOEUR: A BUSCA PELO RECONHECIMENTO E OS ESTADOS DE PAZ -----	134

6 DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA O RECONHECIMENTO OU ESPAÇO PARA IMPOSIÇÃO DE UMA NOVA MORAL? -----	138
---	------------

7 “ DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS” E A LUTA PELO RECONHECIMENTO -----	142
--	------------

PARTE IV DIREITO PENAL E RECONHECIMENTO

8 UMA ANÁLISE DO “ DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS”-----	145
8.1 QUAL DIREITO PENAL? -----	145
8.2 O DIREITO PENAL GARANTISTA E SUAS CARACTERÍSTICAS -----	146
8.3 O “ DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS” E SUAS CARACTERÍSTICAS -----	151
8.2.1 Recrudescimento da Resposta Penal-----	151
8.2.2 Hipertrofia da Função Simbólica -----	157
8.4 “ DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS” E SUAS CONTRADIÇÕES -----	165
8.5 UM ALINHAMENTO DE EXPECTATIVAS: O QUE CABE AOS DIREITOS HUMANOS E O QUE CABE AO DIREITO PENAL -----	171

9 UMA CHANCE DE SUPERAÇÃO DAS CONTRADIÇÕES: UM MODELO RESTAURATIVO FUNDADO NOS ESTADOS DE PAZ -----	178
--	------------

CONCLUSÃO ----- 180

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ----- 190

INTRODUÇÃO

Considerando-se o forte debate contemporâneo acerca do que é justiça, sobre quais os critérios para se identificar uma sociedade digna de ser chamada justa e as repercussões das demandas por igualdade e reconhecimento de diferenças inseridas nessa questão, vislumbra-se, no texto que se descortina agora, uma abordagem crítica a respeito da confluência e dos ecos dessa mesma discussão no interior do Direito Penal.

Nessa perspectiva, é que se identifica, dentre as diversas matizes do fenômeno expansivo penal, uma vertente que abriga no Direito Penal as expectativas e pretensões dos grupos subalternizados. Trata-se exatamente de legislações penais específicas, voltadas a proteger grupos e segmentos minoritários por admitir que esses sofrem formas peculiares de violência. Marca essa produção penal o fato de serem pleiteadas e festejadas, como meio de afirmação daqueles que sempre carregaram o estigma de ser “o outro”, o diverso, aqueles que precisariam ser sufocados para garantir a hegemonia do padrão dominante; portanto, essas legislações são desejadas e promovidas justamente por aqueles que outrora eram potenciais objetos dos processos de criminalização e que denunciavam o quão retrógrado e conservador era o sistema penal.

No Brasil, a vontade de se servir do Direito Penal como instrumento para a defesa de grupos e identidades vulnerabilizadas está presente de forma mais evidente após o iniciar do processo de redemocratização do país e, seguindo uma tendência presente em todo o mundo - do fortalecimento de uma acepção punitiva no discurso de Direitos Humanos -, legislações foram reivindicadas nas últimas décadas, gerando por aqui um conjunto já bastante relevante de leis que criminalizam condutas especificamente perpetradas contra certos segmentos, como mulheres, negros e idosos.

A vulnerabilidade é ideia central no discurso de justificação da necessidade dessas novas prescrições penais, a expressar que determinados segmentos, em razão de padrões institucionalizados de cultura, em que se inscrevem complexos mecanismos de exclusão, tais como o racismo e o sexismo, sofrem formas especiais de violência que se constituem em violações de Direitos Humanos, as quais devem ser severamente reprimidas pelo Direito Penal como forma de recuperar o respeito social e a segurança desses grupos vulneráveis.

Partindo-se dessas observações é que, na primeira parte do presente trabalho, delinea-se o que seria um “Direito Penal dos vulneráveis”, expressão utilizada para descrever

a produção legal, fruto da mobilização de atores sociais, que buscam legislar no Direito Penal a afirmação de suas especificidades, a satisfação da necessidade de reconhecimento de suas identidades e as suas demandas por proteção.

Inicia-se o estudo, no capítulo 1, situando o “Direito Penal dos vulneráveis” no cenário da chamada expansão penal contemporânea no contexto do que Sebastian Scheerer chamou de “novos gestores da moral pública”, setores progressistas que outrora denunciavam a seletividade discriminatória do sistema penal e a desigualdade em sua operacionalidade, contrastando com a igualdade formal que o fundamenta, e que, agora, enxergam no Direito Penal a possibilidade de ser o organizador axiológico dos novos tempos, capaz de fixar em todos os indivíduos o compromisso com o ideal de igualdade, respeito às diferenças e não violência.

O “Direito Penal dos vulneráveis” no Brasil é também objeto das observações nesse primeiro momento. Ainda na primeira parte, no capítulo 2, analisam-se, no que pertine ao processo de elaboração e às modificações introduzidas no conjunto do ordenamento, três das mais relevantes legislações enquadráveis no conceito de “Direito Penal dos vulneráveis”: Lei 7716/89 – “Lei de Racismo”; Lei 10.741/2003 – “Estatuto do Idoso”, e Lei 11.340/2006 – “Lei Maria da Penha”. Além disso, novos processos de criminalização ainda em curso, e que refletem a atualidade das discussões políticas na pluralidade da complexa sociedade brasileira: o projeto de lei que pretende criminalizar as discriminações homofóbicas e o projeto de “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, que possui um capítulo reservado aos tipos penais que descrevem condutas especificamente perpetradas contra pessoas com deficiência, são também analisados.

Surge como dado relevante a presença no processo de elaboração dessas leis e projetos de lei, de mobilização dos atores sociais e da pretensão de não só conferir mais segurança a determinados indivíduos, mas também de conquistar por força da lei penal maior respeito a cada um dos segmentos interessados. Lograr êxito chegando ao final do processo legislativo e conquistando “a sua lei”, significa também um êxito político de cada um dos protagonistas das mobilizações que antecedem a promulgação das leis.

Para compreender a dimensão do fenômeno “Direito Penal dos vulneráveis”, propõe-se conhecer a vulnerabilidade, que aparece como elemento fundante de sua necessidade, e perscrutar o elemento propulsor de uma corrida por leis penais próprias a cada identidade.

Partindo-se dessa proposta, na segunda parte do texto, interroga-se quem são os vulneráveis. Busca-se, no capítulo 3, aclarar quem são os chamados “grupos vulneráveis”, “minorias” ou “grupos subalternizados”, que tem se movido no sentido de extirpar injustiças intrínsecas a sua condição e status social. Opta-se por um conceito operacional que não faz distinção de significação entre as expressões utilizadas para descrever esses segmentos, preferindo enfatizar a condição de grupos que ostentam menor força no conflito pelo poder operado nas sociedades complexas, em que uma diversidade de atores sociais interage buscando dirigir os fluxos de poder em seu favor.

A condição de vulnerabilidade, comum a todos esses segmentos, aparece então como a característica de determinados atores sociais (indivíduos ou grupos), que em razão de uma especificidade que os diferencia dos demais, são submetidos a uma situação de subalternização que lhes determina maior suscetibilidade de negação e violação de direitos.

Ainda no capítulo 3, o surgimento da noção de vulnerabilidade é identificado como parte do processo de formação do discurso de Direitos Humanos, e muito mais que isso, uma constatação manifestada na realidade do percurso de afirmação e efetivação desses direitos, em que certos indivíduos não alcançam a materialização das progressivas ampliações de direitos fundamentais, as quais se chamaram “ondas” ou “gerações”. Nesse mesmo contexto, é que, ainda dentro do espaço semântico dos Direitos Humanos, a noção de vulnerabilidade é ampliada, passando então a ser vista como um fenômeno de múltipla complexidade, por se constituir na manifestação de interações sociais excludentes, com profundas consequências para os atores sociais a elas submetidos, implicando assim, não só a negativa a bens e direitos, mas também em prejuízos relacionados à autoestima de indivíduos e grupos, mediante processos intersubjetivos.

O fortalecimento de uma vertente punitiva dentro do discurso de Direitos Humanos e as repercussões operadas pela introdução da noção de vulnerabilidade nas pautas de preocupações que se ocuparam a Criminologia Crítica e a Vitimologia ensejaram o ambiente teórico propício à recepção e a defesa da imprescindibilidade de legislações penais voltadas à proteção dos vulneráveis.

Já com horizonte da vulnerabilidade descortinado e com a visão das repercussões teóricas da sua assimilação busca-se, na terceira parte do trabalho, avançar no segundo ponto da proposta de estudo do “Direito Penal dos vulneráveis”, e investigar qual o motor das

mobilizações que impelem indivíduos e grupos a depositar, no Direito Penal, amplas expectativas emancipatórias e promotoras de direitos.

O reconhecimento intersubjetivo e as questões que o circundam, como a necessidade de redistribuição de bens e riquezas com vistas a propiciar o desenvolvimento humano, são trazidos a lume na terceira parte.

No capítulo 4, recupera-se uma discussão travada no espaço da filosofia política, que reflete a pauta de debates que repercute em diferentes partes do globo terrestre onde haja uma sociedade complexa e desigual: como mediar a tensão igualdade/diferença de forma a promover justiça?

Tomando esse pano de fundo é que se pode perceber que os vulneráveis anseiam por igualdade e justiça, e que o reconhecimento se apresenta como um seu pressuposto.

Com base nas principais elaborações teóricas da chamada Teoria do Reconhecimento, busca-se a compreensão da eleição do Direito Penal como meio para alcançar igualdade e justiça e identificar as expectativas nele depositadas, para mais adiante confrontá-las com o potencial que tem o Direito Penal de satisfazê-las.

Axel Honneth, Charles Taylor e Nancy Fraser são tomados como guias nessa compreensão do elemento propulsor das mobilizações sociais dos vulneráveis pelo Direito Penal, entretanto, privilegia-se a reunião dos pontos convergentes e complementares de algumas das obras desses autores, à reprodução dos acirrados embates teóricos já travados entre eles. O compromisso da apresentação desenvolvida no Capítulo 5 é em construir um substrato teórico mínimo, capaz de fornecer elementos para a problematização do “Direito Penal dos vulneráveis”, quando confrontado com o próprio Direito Penal enquanto sistema, com os imperativos consequentes da adoção de uma posição garantista e com as suas limitações, que são as mesmas de toda resposta punitiva.

Paul Ricoeur é também tomado por referência na discussão a respeito do reconhecimento. Sua contribuição é aproveitada no presente trabalho, em que pese a sua diferente abordagem ante os demais teóricos do reconhecimento aqui chamados à discussão, pois a originalidade de suas proposições pode ensejar também originais reflexões na aplicação ao Direito Penal.

Fora do espaço teórico do reconhecimento, mas ainda na busca da resposta para o “o que querem os vulneráveis”, são retomadas, no capítulo 6, as observações de Sebastian Scheerer sobre os “gestores atípicos da moral pública”, quando analisa o rumo tomado pelos

movimentos sociais em sua caminhada pelo Direito Penal e denuncia o esvaziamento de sentido instrumental dessa produção penal, ao tempo em que, registra o empobrecimento da agenda dos setores progressistas das modernas sociedades os quais, em um movimento contraditório, - uma vez que adotada uma técnica própria dos setores conservadores (os gestores típicos da moral pública) -, tentam difundir padrões axiológicos por intermédio da ameaça da pena.

No capítulo 7 analisa-se a condição do “Direito Penal dos vulneráveis” de mecanismo eleito, pelos atores sociais, como arma na luta pelo reconhecimento.

Partindo da assunção da ideia de que o “Direito Penal dos vulneráveis” é expressão de uma luta pelo reconhecimento e da coincidência da condição de vulnerabilidade com a noção de não reconhecimento (amplamente considerada, num olhar que compreenda tanto o reconhecimento intersubjetivo quanto as questões de redistribuição presentes nesse contexto), é que, na quarta parte do presente texto, se empreende a análise do “Direito Penal dos vulneráveis”, com base nos critérios e princípios do próprio Direito Penal, considerado em uma posição teórica de acepção garantista, na conformidade do colhido em Ferrajolli.

Por meio da leitura da produção legislativa dos segmentos vulneráveis pelas lentes do reconhecimento, no capítulo 8, são identificadas as suas potenciais características e as contradições presentes em seu bojo, as quais evidenciam a sua incapacidade de alcançar as expectativas que lhe são depositadas.

No capítulo 9, com base na noção de reconhecimento de Ricoeur, que enfatiza os estados de paz, e não o modelo conflitual de busca pelo reconhecimento, aventa-se a possibilidade de superação das contradições do “Direito Penal dos vulneráveis”, por meio da adoção de um modelo restaurativo nas infrações penais cometidas contra os segmentos vulnerabilizados.

A grande preocupação que alimenta todo o trabalho diz respeito ao confronto entre as expectativas depositadas no Direito Penal pelos movimentos sociais relacionados aos segmentos vulnerabilizados e as suas reais possibilidades. A questão é a de se saber se pode o Direito Penal ser meio para alcançar o reconhecimento, ou dizendo de outra forma, se pode o Direito Penal ser instrumento para superação de vulnerabilidades.

Assim, a problemática que se buscará enfrentar centra-se na necessidade de um olhar crítico, voltado à produção penal, o qual muitas vezes é obstruído pela associação que se faz entre as reivindicações por Direito Penal e os anseios por justiça, que movem todos aqueles

que diuturnamente carregam o peso de “ser quem são”, em razão dos mecanismos de exclusão e subalternização que estão na base das situações de injustiça presentes nas complexas e plurais sociedades contemporâneas, quase como se a justiça dos motivos determinasse a necessidade dos meios e a impossibilidade de questionamento dos resultados.

A ideia central a ser desenvolvida, portanto, consiste na incapacidade do Direito Penal de ser promotor de igualdade e de reconhecimento e, na inviabilidade da resposta penal como solução, apresentada no cenário das violações propiciadas pelo não reconhecimento e pela vulnerabilidade a ele associada, por reproduzir a ética de dominação e violência que os vulneráveis desejam extirpar.

PARTE I

O “DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS”

1 O “DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS”: UMA VERTENTE ESPECÍFICA DA EXPANSÃO PENAL CONTEMPORÂNEA

Analisando aspectos da política criminal das sociedades pós-industriais contemporâneas, Jesús - Maria Silva Sanchez identifica que nos círculos intelectuais, jamais se ouviram tantas menções à necessidade de se reconduzir a intervenção punitiva estatal a um Direito Penal mínimo. Em que pese não existir um consenso a respeito do que exatamente vem a ser esse Direito Penal mínimo, ele é normalmente descrito como algo próximo do modelo de Direito Penal liberal, o qual tem por objeto da repreensão estatal as condutas atentatórias à vida, à liberdade e à propriedade, com manutenção de máximas garantias ao indivíduo. Nesse sentido, os defensores do Direito Penal mínimo costumam descrever o alargamento dos domínios do Direito Penal como “uma cruzada contra o mal, desprovida de uma mínima fundamentação racional” (SILVA SANCHEZ, 2002, p.21).

Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que se enfatiza a urgência de um “enxugamento” do Direito Penal, ou seja, a necessidade de se restringir ao máximo as hipóteses autorizadoras da intervenção penal estatal, Silva Sanchez observa uma tendência claramente dominante na grande maioria dos países, consistente no clamor para a introdução de novos tipos penais e agravamento da pena dos já existentes. Portanto, a flexibilização das regras de imputação penal e dos princípios político-criminais seriam apenas algumas das características desse fenômeno denominado “expansão penal”.

A questão é complexa, não restam dúvidas. Silva Sanchez registra que, não raro, a expansão penal é produto de “uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais” (SILVA-SANCHEZ, 2002. p.23), deslocando ao plano simbólico, o que deveria resolver-se

no nível da instrumentalidade; mas adverte: a questão tem causas mais profundas, que deixam raízes no modelo social, o qual vem se configurando no decorrer das últimas décadas e, por conseguinte, na mudança de expectativas que amplas camadas sociais têm experimentado no que concerne ao papel que cabe ao Direito Penal, engendrando uma verdadeira demanda social por mais proteção, que se transmuda, alijada de uma fundamentação racional, em uma demanda por mais punição.

Buscando desenvolver explicações para a expansão penal, Silva Sanchez enumera como causas que a antecedem, dentre outras, o reconhecimento de novos bens jurídicos dignos da proteção penal e o aparecimento de novos riscos nas sociedades pós-industriais. Para o autor, a questão da distribuição desses novos riscos gera uma institucionalização da insegurança e, no Direito Penal, enseja o recurso aos tipos penais de perigo, cada vez mais abstratos. Um sentimento generalizado de emergência e insegurança propicia o surgimento de uma sociedade de sujeitos passivos, em que os indivíduos cada vez mais encontram correspondência com a figura da vítima. Aliado a tudo isso, paira o descrédito das demais instâncias de controle social, fortalecendo a crença no Direito Penal como meio para garantir segurança e respeito a direitos individuais.

Dentre os variados fatores que compõem o quadro geral da chamada expansão penal, interessa notar certa virada da Criminologia Crítica, que defendia uma associação entre criminalidade e proletariado, além de enfatizar o Direito Penal como forma de exclusão e crueldade, e que, agora, passa a enxergar no Direito Penal uma forma de afirmação de direitos, defendendo a sua ampliação na medida em que importe um incremento de proteção de interesses de um dado grupo. Aqueles que até então eram destinatários do Direito Penal na forma de objeto de suas criminalizações, ou melhor, aqueles que eram vítimas da seletividade discriminatória do Direito Penal, passam cada vez mais a se enxergar como vítimas em potencial e não como autores em potencial (SILVA-SANCHEZ, 2002).

É neste quadro que ganha relevância a referência à existência de *atypische moralunternehmer* (SCHEERER, 1985), ou os novos gestores atípicos da moral pública, que deixam de ser exclusivamente os tradicionais estamentos burgueses, para serem também representados pelos grupos feministas, ativistas, ecologistas, consumidores, entre outros; todos estes encabeçando uma tendência de ampliação do Direito Penal como forma de defesa de interesses de grupos. Subjacente a tudo isto está a ideia mais recentemente defendida pela Criminologia Crítica, que admite coincidência entre a noção de crime e a de violação de

Direitos Humanos, como se depreende da afirmação de Jonh Lea, registrada em texto de SWANNINGEN e TAYLOR:

A única tarefa que resta à esquerda é elaborar um programa que tenha como base o respeito pelos direitos. E, se nós aceitarmos a definição de crime como uma violação de Direitos Humanos, a esquerda então, deverá necessariamente ‘levar o crime à sério’.¹ (SWANNINGEN; TAYLOR, 1993, p.199, tradução nossa).

A constatação contida na citação, se deu em setembro de 1992, na Conferência de Pádova, em que o “Grupo Europeu de Estudo sobre Desvio e Controle Social” debateu acerca do futuro da Criminologia Crítica em evento cujo tema central era “a questão dos Direitos Humanos no contexto de uma Europa unificada”. Para muitos, naquele momento, a Criminologia Crítica apresentava-se em crise por não apresentar um claro projeto e por não conseguir elaborar um programa teórico-político capaz de por acento na questão da justiça social como instrumento de prevenção. Do relato do que foi produzido na Conferência, feito por Swanningen e por Taylor em seu texto *Ripensando a La Criminologia Crítica* depreende-se que, para uma relevante parte dos criminólogos críticos, aproximar o programa de intervenção da Criminologia do discurso de Direitos Humanos serviu como solução a um problema de identidade e legitimidade, que enfrentava essa vertente do pensamento na Europa dos anos de 1990.

Ainda assim, surpreende a contribuição da Criminologia Crítica a esta vertente expansionista penal, pois ela - berço teórico do abolicionismo penal - vem sendo decisiva na elaboração de novos processos de criminalização, como registrou Van Swanningen ao observar que os criminólogos, a partir de então, se tornaram sensíveis a novos temas, e passaram a deslocar seu interesse de estudo, os quais migraram das pesquisas sobre violência sexual e violência familiar, ou ainda sobre crimes econômicos e contra o meio ambiente, para concentrar-se nas violações de Direitos Humanos ou “outros crime cometidos pelo estado” (SWANNINGEN, 2000).

Novos processos de criminalização, fundamentados no conceito de que violações de Direitos Humanos são crimes merecedores de severa repressão, e na constatação de que determinados grupos sociais sofrem discriminação e têm negado o seu acesso às esferas de decisão política, quer seja em razão de critérios racistas, sexistas ou ainda uma combinação de

¹“L’único compito rimasto alla sinistra è quello di formulare un programma che abbia come base il rispetto dei diritti. E se si accetta la definizione di crimine come violazione dei diritti della persona, la sinistra allora deve necessariamente ‘prendere il crimine sul serio’.

variados e complexos mecanismos de exclusão, o que os faz vivenciar cotidianamente uma situação de subalternização e precariedade de garantias, a qual frequentemente ameaça a sua dignidade pelo sacrifício de seus direitos mais básicos², dão origem a um “Direito Penal dos Vulneráveis”, assim entendido como a produção legal, fruto da mobilização de segmentos que buscam legislar no Direito Penal, a afirmação de suas especificidades e a satisfação da necessidade de reconhecimento de suas identidades e de suas demandas por proteção.

Esta tendência se faz presente no cenário das sociedades ocidentais pós-industriais contemporâneas, e no Brasil tem relevante expressão. São exemplos de legislações penais criadas para proteger direitos de um grupo específico: a Lei 7716/89, que criminaliza as condutas de discriminação fundadas na raça, ou na cor; a Lei 10.741/2003, que criminaliza condutas perpetradas contra a pessoa idosa; e a mais emblemática delas, a Lei 11.340/2006 - chamada “Lei Maria da Penha” - que define a violência doméstica de gênero e estabelece um tratamento processual e penal diferenciado para os delitos cometidos neste contexto. Portanto, a esperança de encontrar no Direito Penal um freio ao desrespeito e à violação de direitos de determinados grupos, está presente no cenário social brasileiro, tanto quanto, desde a década de 1980 tem ganhado corpo em vários outros países, em uma corrida por legislações penais próprias de um segmento, no influxo dos reclamos por igualdade e por reconhecimento.

2 O “DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS” NO BRASIL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil, o processo de redemocratização propiciou o terreno fértil para as reivindicações de diversos segmentos que almejavam tomar parte do palco das decisões públicas e fazer ecoar a sua voz na defesa dos interesses de grupo, experiência que se traduzia em verdadeira novidade, considerando o passado recente do país, que então buscava consolidar uma jovem democracia, a qual sucedia um longo período de exceção.

Os trabalhos para a elaboração da nova Constituição serviram de catalisador aos influxos dos movimentos e grupos sociais que, pela primeira vez, puderam organizar-se e manifestar-se de maneira ampla. João Gilberto Lucas Coelho registra esse momento ao

² Essa constatação, como se verá, é herança do próprio processo de afirmação histórica de Direitos Humanos e é ponto de partida para uma série de iniciativas no sentido de garantir a todos a fruição de direitos.

estudar o processo de elaboração da Constituição Brasileira de 1988, marcadamente no que diz respeito à grande ênfase dada às audiências públicas e à participação popular:

A sociedade brasileira constituía, durante os anos do regime autoritário, uma gama de movimentos e iniciativas aglutinadoras ou ativistas em segmentos sem tradição de organização. Por outro lado, universalmente, a segunda metade do século XX foi o período de iniciativas não governamentais e de movimentos sociais que não se restringem aos tradicionalmente mobilizados e atuantes setores operários e estudantis. É o caso, entre outros, dos movimentos de meio ambiente em todo o mundo. Por aqui, haviam surgido organizações dispersas de gênero e raça, bem como, grupos sociais como pequenos agricultores e agricultores sem terra, meninos e meninas de rua, garimpeiros, etc. e em comunidades carentes e mais isoladas. A gênese de alguns deles mostra a ação de militantes ideológicos vivendo na clandestinidade em relação ao regime então vigente e convivendo na base da sociedade, como também, trabalho de igrejas e outras iniciativas. Estes movimentos irromperam na Constituinte e nela encontraram sua oportunidade de participação e expressão política, superando os desânimos e descréditos e causando um efeito ativador na sociedade. (COELHO, 2009, p.30)

É fato que, não só no momento da Constituinte, mas também desde o final dos anos de 1970 e início dos anos de 1980, como fruto das profundas mudanças sociais e políticas que sofria o país, se dá o fortalecimento dos movimentos de mulheres, o movimento negro, o movimento de meninos e meninas de rua, dentre outros.

Ademais, desde final da década de 1960, no contexto internacional, já ocorriam eventos relevantes no que concerne à construção histórica de Direitos Humanos de segmentos tradicionalmente excluídos e vitimizados, demonstrando que as mobilizações que traziam uma efervescência ao cenário sociopolítico interno não se traduziam em fatos isolados ou movimentos de limitação e repercussão local, antes eram também parte de um esforço global para consolidação e ampliação de direitos, reverberações de debates que já eram travados na ordem internacional.

Neste sentido, desde a década de 1970, passando às décadas seguintes, acontecem importantes Conferências Temáticas e Convenções da ONU que contribuem para o estabelecimento de um debate global a respeito da proteção específica de grupos excluídos do reconhecimento e da fruição de direitos. São exemplos dessas iniciativas, dentre outras: a Década da Mulher (1975 - 85), em que se fortalece o esforço de consolidação dos direitos das mulheres dentro do contexto de Direitos Humanos; a Primeira Conferência Mundial sobre as Mulheres, em 1975; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; a II Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1980; A I Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, de 1982 em Viena; a III Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1985; A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989; a Declaração sobre os Direitos das Pessoas que pertencem a Minorias Étnicas, Religiosas ou

Linguísticas, de 1992; a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, de 1993; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, de 1994; a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1995; a III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e formas conexas de Intolerância, de 2001; a II Assembleia Mundial das Nações Unidas, sobre o envelhecimento, em 2002 e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006.

Na ordem interna, o debate alcançou especial relevância na década de 1980, notadamente para as questões da discriminação racial e de gênero, e avançou cada vez mais nas décadas seguintes. As demandas, inicialmente voltadas à igualdade e à enunciação de direitos civis, vão cada vez mais se sofisticando, chegando a demandas por criminalizações específicas para condutas perpetradas contra determinados sujeitos, pois, a esta altura, já se encontrava perfeitamente assentada a coincidência entre violações de Direitos Humanos e crime, proposta por setores da mais recente Criminologia Crítica.

É assim que o Brasil, cumprindo um movimento determinado por pressões internas - consistentes nas reivindicações dos movimentos sociais que se fortaleceram e se tornaram cada vez mais organizados e com maior clareza de suas demandas graças ao ambiente democrático -, e externas - uma vez que, a partir de 1985, com processo de redemocratização, passou cada vez mais a ratificar relevantes tratados internacionais de Direitos Humanos (DIAS, 2007) -, passa também a elaborar legislações penais específicas para criminalizar formas próprias de violência de que são vítimas os segmentos vulnerabilizados.

O presente trabalho não objetiva a análise técnico-jurídica de nenhuma dessas legislações. Não se empreenderá a profunda análise dogmático-jurídica de um diploma penal específico, nem tampouco a análise particular de dados determinados relacionados à efetividade ou aos resultados alcançados na realidade social brasileira, por qualquer delas, muito embora seja necessária, para a problematização do fenômeno jurídico-social do “Direito Penal dos Vulneráveis” no Brasil, que se faça menção às legislações existentes, à contextualização histórico-social de sua promulgação ou mesmo às inovações trazidas ao campo da instrumentalidade do Direito Penal pelo seu advento, mas, sempre com vistas à discussão em perspectiva macro, levando em conta as funções atribuídas ao Direito Penal no contexto social pesquisado e a potencialidade de atendimento dessas expectativas.

Desse modo, apresentar-se-á de forma sucinta o contexto em que foram promulgadas e as principais repercussões no ordenamento jurídico penal de três das mais

emblemáticas legislações penais “dos vulneráveis” no Brasil: a Lei 7716/89, chamada “Lei de Racismo”, que define os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor; a Lei 10.741/2003, denominada “Estatuto do Idoso”, que em seu bojo traz título específico a tratar de crimes cometidos contra a pessoa idosa; a Lei 11.340/2006, apelidada de “Lei Maria da Penha”, que traz importantes inovações no tratamento das infrações penais cometidas no contexto da violência doméstica de gênero.

Considerando o cenário dos novos processos de criminalização pleiteados pelos segmentos sociais brasileiros, far-se-á o registro de duas atuais pretensões em curso: o PL 122/2006, apresentado, por vezes, no colóquio do cotidiano como “lei de criminalização da homofobia”, e o PL 7699/2006, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência e em seu bojo propõe novas figuras penais.

2.2 LEI 7716/89: A CRIMINALIZAÇÃO DO PRECONCEITO E DA DISCRIMINAÇÃO

2.2.1 Contexto Histórico

A Lei 7716/89 nasce sob os auspícios democráticos das mobilizações que antecederam a Assembleia Nacional Constituinte e do próprio processo de elaboração da Constituição de 1988, sendo ambas praticamente paralelas no que concerne às discussões precedentes à promulgação. A Constituição de 1988 declarava o racismo crime inafiançável e imprescritível e, antes mesmo da conclusão de seu processamento e da sua proclamação, já fora apresentado o Projeto de Lei que dera origem a Lei 7716/89, com o objetivo de adequar a legislação infraconstitucional ao novo comando trazido no texto Constitucional.

O movimento negro brasileiro teve papel determinante na elaboração da Constituição de 1988. Já naquele momento, apresentava-se como um movimento social com um longo percurso de atividade e reivindicações no cenário político do país. Ciconello registra a antiguidade do movimento negro brasileiro, lembrando os episódios de resistência dos escravos como as suas primeiras manifestações, que se seguiram durante a república, mesmo durante os períodos ditatoriais, como se depreende do excerto:

O movimento negro é um dos mais antigos do Brasil. No período que ainda vigorava a escravidão, muitos são os relatos históricos de episódios de resistência liderados por escravos nos séculos XVII, XVIII e XIX. Um dos exemplos mais conhecidos é o

dos quilombos, comunidades rurais formadas por negros/as fugidos. Essas comunidades existem até hoje e, a partir da Constituição de 1988, foi-lhes assegurado o direito de propriedade definitiva da terra. O movimento abolicionista do século XIX, que lutava pelo fim da escravidão, foi também um exemplo da luta histórica da população negra por sua emancipação. Em 1931, como uma reação ao completo descaso e exclusão a que foi relegada a população negra após o fim da escravidão surge a Frente Negra Brasileira. Estima-se que a Frente chegou a reunir mais de 100.000 filiados. Foi o primeiro grande movimento político organizado da população negra, tendo sofrido muitas perseguições e sendo fechado, em 1937, por advento do regime político autoritário estabelecido no Brasil pelo chamado Estado Novo.

Um outro marco importante na luta antirracista foi o surgimento, em 1978, do Movimento Negro Unificado (MNU). Em plena ditadura militar, negros e negras foram às ruas denunciar e exigir providências contra atos de racismo e sobre o assassinato de um operário negro. (CICONELLO, 2008, p.07)

Foi com o acúmulo de experiências, aliado à condição de movimento social e à consciência de que suas legítimas demandas constituíam-se, não em reclamos surgidos na oportunidade, mas em reivindicações para o suprimento da falta de condições básicas de participação e de fruição de direitos, as quais, durante um século, impediram os cidadãos afrodescendentes brasileiros de viver em condição de igualdade e de dignidade, que os diversos matizes do movimento negro brasileiro organizado se fizeram presentes na elaboração da Constituição de 1988. Deu-se, nesse contexto, a conquista de uma de suas pautas de reivindicação naquela oportunidade: a criminalização dos atos de discriminação fundados no racismo e no preconceito.

O ano de 1988 representa, evidentemente, um marco na história contemporânea do Brasil, por ser o início de um novo período político e constitucional com o restabelecimento do Estado Democrático de Direito. Para o movimento negro, o leque de significados é ainda mais rico: o ano de 1988 marca o centenário da abolição da escravidão no Brasil e, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, indica também o reconhecimento jurídico da igualdade de direitos, a criminalização do racismo e, mais que isso, o reconhecimento por parte do Estado Brasileiro de sua omissão histórica.

Inicia-se, dessa forma, um período em que o Estado Brasileiro é cada vez mais pressionado a programar medidas de promoção da igualdade racial. Tais pressões fizeram emergir no debate público a necessidade de se rever o paradigma das políticas públicas universalistas e se defender os anseios por políticas específicas para a população afrodescendente brasileira. Os debates, por sua vez, têm gradualmente repercutido e gerado

mudanças nas políticas estatais.³ Nos últimos vinte e cinco anos que sucederam a Constituição de 1988, o país tem buscado elaborar e implementar políticas específicas voltadas à promoção da igualdade racial.

Entretanto, a maneira como o Brasil se vê por meio da lente da perspectiva racial é que foi o substrato de onde emanaram todas as modificações que permitiram, no ano de 1989, a criminalização do racismo, entre outras conquistas, e abriu caminho para modificações e políticas públicas hoje em curso. Para entender a demanda pela criminalização do racismo da maneira como foi formulada nos idos de 1988, é necessário revisitar os discursos e estudos sobre o negro e a negritude da sociedade brasileira que antecederam a este momento.

O primeiro paradigma é o do racismo científico. Na transição do século XIX para o XX, o negro, força motriz da economia nacional, passa a ser visto como uma preocupação, um elemento de risco a ameaçar o desenvolvimento e o futuro da nação. É que, com a igualdade formal mais próxima face os avanços do gradual processo de abolição da escravidão, impulsionado pelas pressões externas e, pela própria incompatibilidade da condição de país escravocrata com a pretensão de ser uma nação moderna, fez-se necessária a elaboração de justificações que servissem de libelo para o impedimento do negro de alcançar a igualdade de fato na sociedade brasileira.

É assim que se constitui “o problema do negro”, a exprimir a inviabilidade do Brasil se tornar uma nação desenvolvida em razão da sua composição étnica mestiça. A inferioridade intelectual de negros e índios passa a ser sustentada cientificamente a partir da importação de teorias evolucionistas europeias.

As ideias de Lombroso foram disseminadas pelo médico maranhense Nina Rodrigues, implantando no Brasil uma tradição científica racista, concentrada nos campos da medicina legal, dos estudos acerca da criminalidade e das deficiências físicas e mentais, e que tiveram como principais centros irradiadores a Escola de Medicina da Bahia e a Faculdade de Direito do Recife (GUIMARÃES, 2004).

³ Em 2002 o governo federal criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) e o Conselho Nacional da Igualdade Racial (CNPIC);

Em 2003 ocorreu a promulgação e implementação da Lei 10.639/2003, que incluiu no currículo obrigatório nas escolas, o ensino sobre a História e cultura afro-brasileira.

Estabeleceu-se também o debate acerca das cotas raciais no ensino público. Algumas instituições de ensino, como a UNB, estabeleceram em seus procedimentos de seleção para ingresso o sistema de cotas, leis estaduais, como a Lei nº 4.151/2001, do Rio de Janeiro, dispuseram sobre o tema. Um intenso debate com argumentos a favor e contra estabeleceu-se na última década. A questão se apresenta pacificada com a declaração por unanimidade das cotas no STF (ADPF186 e ADI 3330) e com a promulgação da Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012 (estabelece uma cota social em que o critério é ser estudante do ensino público, mas com recorte racial).

Silveira (2006) assinala que Raimundo Nina Rodrigues em suas obras afirma que o germe da criminalidade se encontra nas raças inferiores (o negro e o índio) e descreve a mestiçagem como uma forma decadente, pois o mestiço herdaria das raças inferiores agressividade atávica e a incapacidade mental que mais o aproximaria do selvagem. Para estes indivíduos, as condutas antissociais mais resultariam de um determinismo condicionante que de uma liberdade de querer. Negros e índios seriam, assim, em uma perspectiva penal fundada na leitura de Nina Rodrigues, indivíduos certamente perigosos, todavia inimputáveis.

A preocupação de Nina Rodrigues é com o futuro do Brasil, que, na sua perspectiva, certamente seria prejudicado em razão da presença do “elemento negro” na formação de sua população. O pessimismo de Nina Rodrigues no futuro do Brasil deve-se a inferioridade dos negros e, para ele, consistia em um problema social, o chamado problema “o negro”:

Não é, pois, a concepção teórica, toda especulativa e não demonstrada, de uma incapacidade absoluta de cultura dos negros, que merece preocupar povos, como o brasileiro, que, com a escravidão africana, receberam e incorporaram em sua formação étnica doses colossais de sangue negro. O que importa ao Brasil determinar é o quanto de inferioridade lhe advém da dificuldade de civilizar-se por parte da população negra que possui e se de todo fica essa inferioridade compensada pelo mestiçamento, processo natural por que os negros estão se integrando no povo brasileiro, para a grande massa de população de cor.

Capacidade cultural dos negros brasileiros; meios de promovê-la ou compensá-la; valor sociológico e social do mestiço árioafricano; necessidade do seu concurso para o aclimamento dos brancos na zona intertropical; conveniência de diluí-los ou compensá-los por um excedente de população branca, que assuma a direção do país: tal é na feição prática o aspecto por que no Brasil, se apresenta o problema *o Negro*.

Adstrito por agora ao exame da capacidade cultural do negro brasileiro é a este padrão de morosidade extrema em considera-se que havemos de referir, pois, se o futuro do Brasil dependesse de chegarem os seus negros ao mesmo grau de aperfeiçoamento que os brancos, muitas vezes se poderiam transformar antes os seus destinos de povo, se é que algum dia se houvesse de realizar. Ocorre, portanto, demonstrar que de fato nessa morosidade reside o ponto fraco da civilização dos negros. (NINA RODRIGUES, 2010, p.291-292, itálico do autor).

Aos poucos, esse racismo científico, levado às últimas conseqüências, é de certa maneira abrandado, sobretudo em São Paulo e no Rio de Janeiro, onde o pessimismo de Nina Rodrigues é suplantado pela esperança de salvação do Brasil pelas diferentes versões de “embranquecimento” (GUIMARÃES, 2004). É neste contexto que a imigração europeia, como aposta para a substituição do trabalho escravo, é vista como solução para o dilema racial brasileiro.

Subsistiu essa forma de pensar até a década de 1930, quando os escritos do sociólogo pernambucano Gilberto Freyre começam a empreender uma verdadeira revolução ideológica

na maneira de ler a relação racial no Brasil⁴. A mestiçagem é glorificada e a lente utilizada para a observação não é mais a biologia dos indivíduos e sim a sua cultura.⁵ Freyre (1966) em seu clássico “Casa Grande e Senzala” expõe a ideia da singularidade cultural do brasileiro a partir da fusão - inclusive biológica, mas antes de tudo cultural - das três raças no “cadinho” assimilacionista português.

O mestiço deixa de ser o indivíduo perigoso, indolente e inferior que ameaçava o desenvolvimento nacional, para encarnar a imagem do brasileiro nato, dotado da singularidade cultural, capaz de definir a identidade brasileira frente ao mundo. Agora, não mais sendo o elemento que impedia o progresso e desenvolvimento, mas aquele que potencialmente impulsionaria o futuro. Gilberto Freyre encontrou na cultura colonial luso-brasileira nordestina a alma nacional (GUIMARÃES, 2004).

Nos escritos políticos de Freyre, o regime racial brasileiro é chamado de “democracia social e étnica”, e posteriormente suas ideias recebem o designativo político de “democracia racial”. Com base nesta plataforma interpretativa das relações raciais no Brasil, passou-se a divulgar a singularidade do seu caso, a apontar o país, não só como uma nação viável - em contraposição ao pessimismo determinista do racismo biológico – mas também capaz de divulgar o Brasil como exemplo de convivência social harmônica, fruto do amálgama dos aspectos culturais, estéticos e linguísticos trazidos pelas três raças.

⁴ Guimarães (2004, p.12) ressalta que embora as ideias culturalistas de Freyre e dos que o sucederam aflorassem e repercutissem a partir da década de 1930, elas em verdade refletiam algo que vinha sendo gerado desde a década de 1920, quando ainda vigiam fortes as doutrinas racistas científicas. O autor identifica na literatura o germe dessa virada de pensamento, observa que José de Alencar e Franklin Távora já anunciavam em suas obras que no norte estariam presentes os elementos para uma genuína e verdadeira literatura brasileira, nada diferente do que mas tarde fez Freyre ao procurar pela “alma brasileira. Explica que esse traço de pensamento, da busca pela “alma brasileira” em Freyre ganha a cientificidade a partir do encontro com as ideias de Franz Boas, que foi quem, na produção sociológica estrangeira, substituiu a noção biológica da raça pela noção de cultura, como forma de expressão tanto substancial, quanto simbólica de um povo.

⁵ Essa mudança foi levada a cabo inicialmente no EUA onde desde 1910, os cientistas sociais, seguindo Franz Boas, se desfizeram do paradigma da definição biológica de “raça” para explicar a condição social do negro da sociedade americana baseados em sua inferioridade. Duas foram as vertentes seguidas pelos discípulos de Frans Boaz: uma primeira formada pelos primeiros cientistas sociais negros, para quem a mudança de paradigma significava afirmar que as diferenças raciais de ordem biológica, ainda que de alguma forma, pudessem ser admitidas, não serviriam a explicar a falta de integração do negro na sociedade norte-americana, nem o seu desempenho inferior em relação aos brancos, ao contrário, os fatores explicativos mais importantes seriam o preconceito, a discriminação e a segregação racial; e uma segunda vertente cujo grande representante foi Herskovits, tomava a “cultura” como fator condicionante destas dificuldades. Essa segunda vertente foi vista como conservadora e rejeitada nos anos de 1940. Somente depois de 1960 foi novamente levada em consideração, quando a política de identidade passou a ser foco do ativismo negro americano (GUIMARÃES, 2004).

Neste contexto é que se inicia uma nova agenda de pesquisas denominada “Projeto UNESCO”, cuja finalidade consistia em conhecer e desvendar a exemplar “situação racial” brasileira, conforme descrita por Park:

Fato que torna interessante a ‘situação racial’ brasileira é que, tendo uma população de cor proporcionalmente maior que a dos Estados Unidos, o Brasil não tem ‘problema racial’. Pelo menos é o que se pode inferir das informações causais e aparentemente desinteressadas de visitantes desse país que indagaram sobre o assunto (referindo-se a James Bryce e Theodore Roosevelt). (PARK, 1971, apud GUIMARÃES, 2004, p.83).

A partir dos anos de 1950, as primeiras monografias do Projeto UNESCO já traziam nos resultados das pesquisas conduzidas por Roger Bastide e Florestan Fernandes, em São Paulo, e Luis Aguiar Costa Pinto, no Rio de Janeiro, o registro que de fato existiam peculiaridades e especificidades nos arranjos sociais de convivência entre brancos e negros no Brasil, sobretudo quando feito o confronto com as realidades da África do Sul e dos Estados Unidos; entretanto, ambos os trabalhos denunciaram um nível relevante de tensão social no Brasil. Começa aqui a queda do mito da democracia racial.

Em “Branco e Negro em São Paulo”, Florestan Fernandes e Roger Bastide se debruçam no período da escravidão e sobre a militância negra nos anos de 1930 para traçar um panorama das regras de sociabilidade e mobilidade social dos pretos e mestiços na sociedade paulista da época. Concluíram que a integração do negro às sociedades de classe em formação, como era a sociedade paulista, fazia-se vinculada a formas de relação e de percepção que remanesciam do período escravocrata. Acreditavam que com o desenvolvimento da ordem capitalista, a resistência e rejeição ao negro tenderiam a diminuir para, enfim, efetivar a democracia racial, ainda meramente formal naquele momento (BASTIDE; FERNANDES, 1971).

Para Luís Aguiar Costa Pinto, conforme escreveu em “O negro no Rio de Janeiro”, as práticas discriminatórias contra a população negra não eram meramente uma reminiscência do período escravagista, mas um recurso operado pela população branca para manter, na ordem capitalista, os privilégios e a estrutura assimétrica que possuíam na antiga estrutura social (COSTA PINTO, 1998).

A geração brasileira de intelectuais formados pelo Projeto UNESCO, que capitaneou o campo de estudos raciais nas ciências sociais brasileiras da década de 1950 a 1970, buscou entender o preconceito de cor, de uma maneira diferenciada do que já vinha sendo feito pelos

intelectuais estrangeiros que se recusavam a reconhecer a existência de racismo no Brasil. Para esta geração, a questão do preconceito deveria ser lida e colocada no palco das transformações estruturais da sociedade brasileira em sua transição para uma moderna sociedade de classe.

Seguem-se os estudos voltados a aprofundar o desmonte do mito da democracia racial, a definir o que seria o racismo e a distinguir qual o racismo brasileiro. Carlos Hasenbalg, em seu livro “Discriminação e Desigualdades Raciais”⁶, de 1979, coloca o racismo não como um fator afuncional para determinação do lugar dos indivíduos, mas como “uma construção ideológica incorporada e realizada através de um conjunto de práticas materiais de discriminação racial”, que se constitui em “um determinante primário da posição dos não brancos nas relações de produção e distribuição” (HASENBALG, 1979, p.114).

Eric Telles (2003) também traz relevantes observações ao identificar que o racismo brasileiro guarda uma curiosa peculiaridade: existe uma etiqueta de dissimulação do preconceito. As pessoas reconhecem a existência do racismo, mas ser racista não é um atributo passível de ser declarado. O racismo brasileiro reside assim, nos não ditos, nos silêncios, e por isso mesmo subsiste fundado na falsa percepção de que aquilo que não é mencionado certamente não existe.

Vê-se que os estudos e discursos acerca da questão racial no Brasil passaram por um longo percurso e por diversas modificações. O ativismo negro no Brasil da década de 1980 se apropriou do acúmulo dessas reflexões para sustentar suas estratégias. O movimento negro nos idos de 1988 passa a denunciar a existência do racismo no Brasil e a requerer, não só o reconhecimento de sua existência, mas também a adoção de políticas concretas voltadas a sua superação.

Monteiro destaca a demanda por criminalização do racismo como uma das exigências da revisão do projeto de modernidade brasileiro:

É neste período de profundas mudanças na sociedade brasileira, onde o país busca rever o seu projeto de modernidade e, principalmente, promove conciliação entre este e suas contradições internas, como a da sobrevivência quase irrefletida entre o racismo recalcitrante e o ideário da democracia racial que ganha substância a legislação antirracismo brasileira. (MONTEIRO, 2011, p.12).

⁶ Para Guimarães (2004, p.26) esta obra foi justamente a primeira a superar uma certa defasagem teórica e metodológica, entre os autores estrangeiros e os intelectuais brasileiros, por ele identificada, com relação aos estudos raciais nos anos de até 1970.

Neste sentido, a evolução dos estudos a respeito da questão racial no Brasil deu contribuições aos atores sociais que buscavam uma intervenção para diminuição das desigualdades determinadas pelos fatores de discriminação social no Brasil, ao mesmo tempo em que, desde sempre refletiram, registraram e interpretaram as transformações pelas quais passaram as relações sociais no país em seu transcurso de país rural e tradicional para um país urbano e moderno.

Reconstituído este percurso em que se sucederam paradigmas distintos acerca da questão racial no Brasil e se apresentaram as diversas reflexões a este respeito, buscar-se-á verificar, em matéria legislativa, que produções antecederam à Lei 7716/89.

2.2.2 Antecedentes

A primeira legislação a criminalizar a discriminação racial no Brasil foi a Lei 1.390/51, popularmente conhecida como “Lei Afonso Arinos”, em homenagem ao legislador Afonso Arinos de Melo Franco, parlamentar de tradicional família política de Minas Gerais, que propôs a criação de uma legislação específica para a punição das situações de “preconceito de cor” no Brasil.

Segundo Monteiro (2011), o surgimento da primeira legislação criminal antirracista no Brasil relaciona-se à passagem, em turnê, da bailarina negra Katherine Dunham pelo Estado de São Paulo, no início dos anos de 1950, ocasião em que, foi impedida de se hospedar em um dos mais tradicionais hotéis da metrópole. O episódio teria de tal forma gerado mal-estar e constrangimento a setores da intelectualidade brasileira de então, que teria motivado Gilberto Freyre a proferir discurso na Câmara Federal, em 17 de julho de 1950, em manifesta rejeição radical às práticas racistas, colocando-as como algo incompatível com as pretensões de democracia e civilidade, conforme registra Yvonne Maggie (2008):

Senhor Presidente, se é certo que um hotel da Capital de São Paulo recusou acolher como seu hóspede a artista norte-americana Katherine Dunham por ser pessoa de cor, o fato não deve ficar sem uma palavra de protesto nacional nesta casa. Pois entre nossas responsabilidades de representantes da Nação Brasileira está a de vigilância democrática da qual tanto se fala hoje nos discursos, mas que nem sempre é praticada nos momentos precisos. Este é um momento - o ultraje à artista admirável cuja presença honra o Brasil - em que o silêncio cômodo seria uma traição aos nossos deveres de representantes de uma nação que faz do *ideal*, se não sempre da prática, da democracia social, inclusive a étnica, um dos seus motivos de vida, uma das suas condições de desenvolvimento (FREYRE, apud MAGGIE, 2008, p.898).

Embora a relação entre o referido episódio e a promulgação da Lei 1390/51 seja aludida como “mito de origem” (MONTEIRO, 2011, p.12) ou “arqueologia de um mito” (MAGGIE, 2008, p 898), o fato é que, no corpo da lei, são descritas de forma extremamente casuística, condutas que se traduzem na negativa de acesso a pessoas negras a estabelecimentos de acesso público como casas comerciais e instituições de ensino⁷, o que parece confirmar ter sido a legislação elaborada, tomando-se por base um evento específico.

Antecedem a “Lei Afonso Arinos”, a tratar da questão racial no Brasil, apenas as legislações abolicionistas. Até o seu advento, de fato, não havia qualquer dispositivo criminalizador das condutas discriminatórias na legislação brasileira, ainda assim, em que pese nessa perspectiva ter representado uma avanço, o referido diploma enfrentou críticas, não só na ocasião em que foi promulgada - quando houve quem a questionasse por enxergá-la inadequada ou mesmo capaz de reproduzir o modelo segregacionista norte-americano⁸ - mas também, quase trinta anos após o seu surgimento, quando se observou a sua baixa aplicabilidade e o número pequeno de conflitos penais relacionados ao racismo levados aos tribunais⁹.

⁷ A lei 1.390/51 incluiu entre as contravenções penais condutas motivadas pelo preconceito de raça ou cor, como: a recusa por parte do estabelecimento comercial ou de ensino, de hospedar, servir, atender ou receber cliente comprador ou aluno (art. 1º); recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento da mesma finalidade (art. 2º); recusar a venda de mercadorias em lojas de qualquer gênero, ou atender clientes em restaurantes, bares, confeitarias e locais semelhantes, abertos ao público, onde se sirvam alimentos, bebidas, refrigerantes e guloseimas (art. 3º); recusar a entrada em estabelecimento público de diversões ou esporte bem como em salões de barbearia ou cabeleireiros (art. 4º); recusar a inscrição de aluno em estabelecimentos de ensino de quaisquer cursos ou grau (art. 5º); obstar o acesso a qualquer cargo do funcionalismo público ou ao serviço de qualquer ramo das forças armadas (art. 6º); negar emprego ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, empresa concessionária de serviço público ou empresa privada (art. 7º). As penas cominadas eram de multa, perda do cargo público - dependendo da natureza da infração - e prisão simples, neste último caso, não ultrapassavam um ano (BRASIL, 1951).

⁸ Como já dito, a partir dos anos de 1950, estabeleceu-se uma nova frente de pesquisa das ciências sociais no Brasil, que patrocinadas pelo UNESCO, buscavam a compreensão da questão racial no Brasil. Luís Aguiar Costa Pinto, conduziu uma dessas investigações no Rio de Janeiro, que deu origem a obra “O Negro no Rio de Janeiro”, publicada originalmente em 1953. O sociólogo, nesta obra demonstrou preocupação com a opção em criminalizar a discriminação racial expressada na Lei Afonso Arinos. Para ele a nova legislação produzia a categorização do negro como “entidade jurídica” e isso poderia ser o primeiro passo para, a depender das tensões sociais do momento, propiciar que se defendesse inclusive com formalização legal, que negros e brancos tivessem acesso aos bens e espaços da vida pública de forma igual, todavia, separados, ou seja, a possibilidade de legitimação jurídica de um modelo segregacionista. (COSTA PINTO, 1998, p. 293).

⁹ Carlos Hasenbalg, em obra intitulada “Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil”, de 1979, ressaltou as limitadas aplicações da legislação, sobretudo pelo fato de que as situações de explícita proibição de acesso aos negros a espaços já serem, à época, bastante improváveis, sobretudo, levando-se em consideração que no Brasil, a prática social é a da dissimulação do preconceito, uma vez que a discriminação pode ser até socialmente reconhecida, mas não chega a ser pessoalmente assumida, conforme revelam dos dados da Fundação Perseu Abramo, publicada em volume organizado por SANTOS e SILVA (2003), em que se registrou uma taxa de preconceito de 74% dos entrevistados, mensurada por meio da concordância dos investigados com estereótipos negativos a respeito do negro. A pesquisa revelou que embora não se declare racista, o brasileiro vivencia o

Malgrado tenha sido alvo de críticas, vigeu a Lei 1.390/51 incólume, preservando a sua redação original até 1985 quando, já no cenário das mobilizações sociais preparatórias à Assembleia Nacional Constituinte, num momento de intensa participação popular e efervescência política, é promulgada a Lei 7.437, de 20 de dezembro de 1985, a chamada “Lei Caó”, que incluiu entre as contravenções penais não só as práticas de crimes resultantes de preconceito de raça, de cor, mas também de sexo ou de estado civil, dando nova redação a “Lei Afonso Arinos”, acrescentando-lhe dois novos critérios como fundamentos da discriminação a ser criminalizada, o que denotava que à época, já haviam percebido os legisladores a necessidade de coibir a discriminação indevida em suas variadas formas de manifestação.

As condutas permaneceram as mesmas, previstas de maneira enumerativa na qual, ao invés de se fazer uma descrição típica que estabelecesse os critérios objetivos para se reconhecer como ocorrida a discriminação a ser criminalizada, se recorria à menção a uma situação específica de constrangimento em razão da discriminação, o que terminava por impossibilitar o enquadramento de variadas formas de manifestação do preconceito, as quais acabavam por escapar à letra da lei.

Ademais, do ponto de vista da operacionalidade da lei, tornou-se também objeto de crítica o fato das condutas racistas e discriminatórias estarem, à época, inseridas nas contravenções penais, portanto, encontrarem-se no contexto das infrações penais de menor potencial ofensivo. Parecia um tanto paradoxal que a ofensa à dignidade da pessoa humana ferida em razão de discriminações inadmissíveis fosse equiparada àquelas lesões jurídicas consideradas, na hierarquia de ordenamento jurídico penal, como de menor importância.

Em 12 de janeiro de 1987, a emenda aditiva ao Projeto de Constituição, proposta pelo Deputado Carlos Alberto de Oliveira, propõe que o racismo se torne um crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão. A propositura vingou, fazendo com que, com a promulgação da Constituição de 1988, a Lei 1.390/51 apresentasse irremediável caducidade jurídica ante a incompatibilidade com a nova realidade constitucional.

racismo no nível da subjetividade muito embora rejeite falar a respeito e problematizar o racismo na esfera pública.

Telles (2003), observando o período de aplicação da Lei Afonso Arinos e considerando a forma como o brasileiro procura não parecer racista, por ser tal prática considerada de certa forma “ofensiva” ou “deselegante” na etiqueta social, ressalta que como consequência, as situações de conflito entre indivíduos brancos e negros, mesmo sendo penalizadas em lei, permaneciam ocorrendo fora do perímetro de conhecimento institucional, uma vez que a lei, pela sua estrutura, nunca foi capaz de dar cobertura a todas as possibilidades e todas as sutilezas com que o racismo se manifesta em nossa sociedade.

Em 11 de maio de 1988, antes da conclusão dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e da proclamação do texto final, o Deputado Carlos Alberto de Oliveira, o “Caó”, apresentou a projeto de lei 668/88 e o introduziu com a seguinte justificativa:

[...] o negro deixou sem dúvida de ser escravo, mas não conquistou a cidadania. Ainda não tem acesso aos diferentes planos da vida econômica e política. É mais do que evidente que as desigualdades e discriminações raciais marcam a sociedade, o Estado e as relações sociais em nosso país. Passados cem anos da Lei Áurea esta é a situação real [...] A lei nº 1390, de 3 de julho de 1951, que caracteriza a prática de racismo como contravenção penal, cumpriu à sua época e tempo, o papel de acautelar e diminuir o cometimento odiando do racismo. Torna-se imperiosa, porém, uma caracterização mais realista do combate ao racismo, configurando-o como crime, assim definido em lei. Com a prática do racismo tornando-se crime, e com penas que possam ser sentidas em seu cumprimento, será possível que o Brasil saia do bloco de países discriminadores (embora tenha vergonha de admitir existência desse tipo de discriminação em seu território), porque é cometido nas caladas da noite, ou sorrateiramente, nos balcões das lojas, hotéis ou logradouros públicos (BRASIL, 1988b, p.2208).

Em 05 de janeiro de 1989, nasceu a Lei 7716/89, que “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Aprovada sem grandes dificuldades, a lei sofreu veto presidencial¹⁰ sem, no entanto, ser desnaturada em seu objetivo original: dar um tratamento penal mais duro às condutas penais motivadas pelo racismo e pela discriminação.

2.2.3 Principais Aspectos

A Lei 7716/89 decerto representou uma vitória do movimento negro brasileiro e materializou o reconhecimento pelo Estado da necessidade de punição mais severa para as condutas racistas, conforme foi defendido pela militância, entretanto, da perspectiva técnico-jurídica obedeceu à mesma enumeração casuística das condutas, que tanto dificultou a efetividade de suas antecessoras: Lei 1.390/51 e Lei 7.437/85.

Em atendimento à regulação constitucional, as condutas outrora consideradas contravenções passaram a ser crimes, imprescritíveis e inafiançáveis. Segundo Silveira (2006), as leis penais antirracistas no Brasil obedecem ao mesmo critério gradativista das

¹⁰ Foram vetados: a) o artigo 2º, que prescrevia que os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor seriam inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis a suspensão condicional da pena – por considerar-se inconstitucional a vedação à suspensão condicional da pena; o artigo 15, que tinha a seguinte redação: “discriminar alguém por razões econômicas, sociais, políticas ou religiosas, em local de trabalho, em público ou em reuniões sociais”, por se considerar os termos “por razões econômicas sociais e políticas”, excessivamente genéricos; o artigo 17, que pretendia impor a pena acessória de cassação de autorização das entidades privadas em caso de reincidência de práticas racistas; o artigo 19, que previa um rito sumário para apuração das condutas discriminatórias. (BRASIL, 1989a)

legislações abolicionistas¹¹: primeiro, as mesmas condutas criminalizadas na lei 7716/89, foram contravenções penais na disciplina da Lei 1390/51.

Optou o legislador por repetir a mesma casuística, utilizada nas legislações anteriores.¹² As condutas descritas na Lei 7716/89 dizem respeito a um conflito em que uma pessoa tem obstado o seu acesso a um espaço ou serviço em razão de sua cor e raça. Dentre as condutas incriminadas, descritas casuisticamente em cada artigo, estão o impedimento de assumir cargo público por razões ligadas à discriminação resultante de preconceito de raça e de cor; a negativa ou óbice a emprego na iniciativa privada; a recusa a atendimento em estabelecimento comercial; a recusa ou negativa de inscrição de aluno em estabelecimento de ensino; a negativa de hospedagem, entre outras.

Nascia já ultrapassada a Lei 7716/89. Muito embora tenha representado uma resposta penal mais severa, uma vez que estabeleceu penas duras que, a depender do caso, podiam

¹¹ Em sua obra “Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sócio-criminológicos” o autor resgata a evolução da legislação relacionada ao negro no Brasil. Ressalta que por razões óbvias, não se pode falar em legislações antirracistas no país antes da abolição da escravidão. O processo de abolição da escravidão no Brasil se deu em razão de severa pressão da Inglaterra e a sua conclusão, em 13 de maio de 1988, antecedeu um trabalhoso processo em que diversas leis foram sendo gradualmente promulgadas, diminuindo aos poucos as possibilidades de escravidão no Brasil, e indenizando muitas vezes os proprietários dos escravos, demonstrando que o Estado brasileiro reconhecia a escravidão enquanto instituição. A primeira dessas leis foi editada em 07 de novembro de 1831, que declarava que todos os escravos que adentrassem o Brasil estariam automaticamente livres, foi sistematicamente desobedecida, até que sobreveio a Lei Euzébio de Queiros (Lei 581, de 04 de setembro de 1850). Esta última estabeleceu medidas de repressão ao tráfico de escravos em todo o império brasileiro. Com ela, o tráfico negreiro levou um severo golpe uma vez que a patrulhas inglesas fiscalizavam a costa brasileira com o objetivo de reprimir o tráfico de escravos. O gradualismo se incrementou com a Lei do Ventre Livre de 28 de setembro de 1871, que declarava livres todos os escravos nascidos a partir dessa data, todavia vinculados ao senhor até os 21 anos, existindo a possibilidade de antecipação dessa liberdade por indenização estatal ou pagamento por parte do escravo; com a Lei dos Sexagenários, que declarou livres todos os escravos com 60 anos completos ou mais, e os que completassem a partir de sua promulgação. A dinâmica tanto da legislação abolicionista, quanto das legislações penais antirracistas, para o autor é a mesma, os legisladores reconhecem a necessidade de proteção da população negra e de modificação do quadro legislativo; entretanto, o faz gradualmente com cada nova modificação se apresentando mais como uma concessão estatal que com uma conquista daqueles que reivindicavam as novas legislações (SILVEIRA, 2006)

¹²As condutas são praticamente as mesmas descritas nas legislações anteriores. Não houve uma preocupação em definir juridicamente a discriminação que merece reprimenda penal, mas em enumerar casos. São as condutas: art. 3º: Impedir ou obstar o acesso de alguém devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos; art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada; art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador; art. 6º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau; art. 7º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou qualquer estabelecimento similar; art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público; art. 9º Impedir o acesso a estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público; art. 10º impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimentos com as mesmas finalidades; art.11º Impedir o acesso às entradas sociais de edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escadas de acesso aos mesmos; art. 12- Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido; art. 13º Impedir ou obstar o acesso de alguém a qualquer ramo das Forças Armadas; Art. 14º Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social.

chegar a cinco anos de reclusão, insistiu em enumerar situações explícitas de vedação de acesso que à época já haviam caído em desuso. O legislador brasileiro pareceu ignorar a natureza ambígua do racismo brasileiro, que mais facilmente se manifesta subliminarmente, nas práticas do cotidiano da sociedade, perpetradas ante um silêncio aquiescente, que em situações de declarada segregação.

A lei sofreu diversas modificações na tentativa de se aperfeiçoar.¹³ Somente com a lei 9.459/97, de autoria do deputado Paulo Paim do PT/RS, foi inserido no art. 1º outros critérios de discriminação além da raça e de cor, acrescentando-se as expressões “etnia”, “religião” ou “procedência nacional”, tornando a técnica da lei mais próxima de punir todas as discriminações indevidas, não apenas aquelas cujo motivo fosse o racismo manifesto em uma segregação pela raça ou pela cor.

A doutrina penal costuma salientar que o que a lei pune é a discriminação – o ato de separar, de segregar, negar um direito indevidamente. Essa discriminação, no contexto da Lei 7716/89, advém do racismo e do preconceito, que são formas de pensar. O que é punido é a ação de discriminar, não o pensar de forma racista ou preconceituosa, porque ao Direito não cabe controlar o pensamento dos indivíduos. Ao ampliar as hipóteses de critérios de discriminação indevida, deixa-se claro que o objetivo da lei é coibir todas as condutas em que alguém é discriminado indevidamente.

Assim, a conduta punível é a discriminação e o legislador demonstrou clara preocupação em reprimir as ações que visem à exclusão de direitos e humilhações de indivíduos, em razão de suas características e singularidades. Aos poucos a noção de vulnerabilidade foi sendo acolhida.

A Lei 9.459/97, além de acrescentar os demais critérios de discriminação indevida, hoje inscritos no art. 1º da Lei 7716/89, trouxe duas importantes modificações: 1) deu nova redação ao artigo 20¹⁴, que havia sido inserido pela Lei 8.081/90, na tentativa de sanar aquele

¹³ A primeira delas foi a Lei 8.081/90 que incluiu uma nova conduta no artigo 20 e reenumerou a lei que originalmente possuía apenas 21 artigos. Em seguida veio a lei 8.882/94, que acresceu os parágrafos 1º e 2º à redação do tipo do artigo 20. Logo depois a 9459/97, que modificou a redação de todo artigo 20 da Lei 7716/89, criou a injúria qualificada no Código Penal, além de acrescentar ao artigo 1º as expressões “religião”, “etnia” e “procedência nacional”. Por fim, a Lei 12.288/2010, que fez acréscimos de novas hipóteses aos artigos 3º, 4º e parágrafo 3º do artigo 20 e a Lei 12.735/2012, que modificou a redação do inciso II do parágrafo 3º do artigo 20 da lei 7716/89. (BRASIL, 1989b)

¹⁴ O artigo 20 passa a ter seguinte redação: Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fim de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 2º

apontado como o maior defeito da lei – a ausência da definição tipológica da discriminação penalmente punível; 2) a inserção de uma qualificadora no tipo descrito no artigo 140 do Código Penal criando, dessa forma, a tipologia chamada coloquialmente de “injúria racial”, que passou a coibir os ultrajes verbais com conotação racial e, além disso, os relacionados à origem religião e procedência nacional¹⁵.

Para Monteiro (2011, p.14), a Lei 9459/97 teria sido a “última guinada no antirracismo penal brasileiro”, teria tido no olhar da militância o mérito de ampliar a abrangência das coibições, tratando não só de preconceito de raça ou de cor, mas também daquele motivado por origem, religião ou procedência nacional e mais que isso, teria, com a criação da injúria qualificada, aumentado a cobertura da legislação voltada a punir a discriminação racial, uma vez que o ultraje verbal não estava previsto na Lei 7.716/89.

Entretanto, essa opinião não é consenso, uma vez que, com o advento da injúria racial, acabou por afastar conceitualmente as condutas amoldadas à descrição do art. 140 § 3º do Código Penal, da prática do racismo que se quis reprimir quando a Constituição Brasileira a definiu como crime inafiançável e imprescritível (SANTOS, 2009). Em última instância, terminou-se por legitimar que o falar algo depreciativo em razão da raça ou cor (injúria) é conduta de menor gravidade que segregar (racismo). O discurso jurídico dominante acabou por declarar: injúria é uma categoria e racismo é outra categoria, que não coincidem. Para alguns, isto representou um esvaziamento da legislação penal antirracista brasileira.

Passados mais de vinte anos da chamada Lei de Racismo, muitos autores (CARNEIRO, 2000; SILVA Jr, 2001; SILVA, 2000; GUIMARÃES, 1998) reconhecem a sua tímida repercussão prática quanto à efetiva punição dos indivíduos, e acreditam que existe uma resistência a sua aplicação nos tribunais devida à insensibilidade e o desconhecimento

Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena reclusão de dois a cinco anos e multa: § 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste ainda antes do inquérito policial sob pena de desobediência: I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; (Inciso com redação dada pela Lei nº 12.735, de 30/11/2012, publicada no DOU de 30/11/2012, em vigor após decorridos 120 dias de sua publicação oficial); III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. (Inciso acrescido pela Lei nº 12.288, de 20/7/2010); § 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido (BRASIL, 1989c).

¹⁵ Posteriormente a Lei 10.741/2003, de 1º de outubro de 2003 insere na redação os critérios “origem”, “condição de pessoa idosa” e “portadora de deficiência” deixando clara a tendência para uma legislação penal não só antirracista, mas também, voltada a coibir toda a discriminação indevida, humilhação, e ultraje à condição humana em razão das especificidades do indivíduo, passa-se cada vez mais a incorporar o conceito de vulnerabilidade e admitir que não só os negros, mas também outros segmentos têm maior suscetibilidade à violação de direitos (BRASIL, 2003b)

dos profissionais do direito com as questões relacionadas a Direitos Humanos, de que seriam exemplos os obstáculos colocados à utilização de uma legislação penal que pune práticas e manifestações racistas, cujo emblema maior seria a interpretação dada à distinção racismo/injúria racial.

Para Guimarães (2004) e Carneiro (2000), as reverberações do chamado “mito da democracia racial” materializadas na falsa crença de que a sociedade brasileira constitui-se em exemplo de “paraíso racial”, onde não existem tensões e onde os casos de manifestações do racismo e do preconceito traduzidos em discriminações constituem-se muito mais em exceções que em práticas cotidianas, acabam por fundamentar uma invisibilidade dos conflitos raciais na esfera jurídica, sobretudo especificamente na seara penal¹⁶. Consoante registra Carneiro:

[...] no plano da aplicação concreta (da) legislação conquistada pelos movimentos negros, percebe-se que estas conquistas estariam destinadas ao rol das “leis que não pegam”, ou seja, se durante o processo de mobilização social que envolveu a feitura da Constituição de 1988 não foi possível politicamente barrar as importantes conquistas dos movimentos sociais, a força do racismo e do mito da democracia racial colocariam no plano do cotidiano das instituições jurídicas os limites para a punição e visibilidade do problema racial na esfera jurídica. (CARNEIRO, 2000, p.318-319).

Depreende-se do registro do autor que, muito embora não tenha sido possível no momento histórico em que foi elaborada a Lei 7716/89 e a própria Constituição de 1988, impedir as investidas legislativas pretendidas pelos atores sociais ou negar-lhes atendimento às reivindicações, a legislação penal antirracista no Brasil (lei 7716/89 e as suas posteriores modificações) terminou por reduzir-se numa legislação simbólica (NEVES, 2011), uma vez que a submissão dos juristas à ideologia da democracia racial se constituiria no maior óbice à sua efetiva aplicação. A Lei 7716/89 acabaria, assim, por se revelar uma legislação simbólica que encerraria um compromisso dilatatório¹⁷ da questão, a transferência da solução do conflito para outro momento localizado em um futuro indeterminado.

¹⁶ Pesquisa de Fabiano Dias Monteiro (2011; 2012) acabou comprovando a invisibilidade do racismo na seara penal e a pouca efetividade da lei 7716/89 quando em investigação acerca do encaminhamento e do andamento das denúncias do serviço “disque-racismo” no Rio de Janeiro ficou evidente a utilização da “saída cível” como forma de garantir às vítimas a vitória no conflito estabelecido em razão de uma prática discriminatória, uma vez que indenização pecuniária foi enxergada pelos operadores do serviço como algo positivo, face a resistência do judiciário em tratar tais questões criminalmente.

¹⁷ Aqui se faz menção à noção de legislação simbólica apresentada por NEVES (2011) como sendo a produção jurídica em que o sentido político do texto e de seu ato de produção prevalece hipertroficadamente sobre o aparente sentido normativo (NEVES, 2011, p. 27) e à tipologia de legislações simbólicas de Kindermann, por ele aproveitada. A legislação simbólica como colocada pelos autores poder ter como conteúdo: a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos.

Embora assista toda razão ao argumento, não se pode deixar de observar que as razões da inefetividade da Lei 7716/89 são mais atribuídas aos seus intérpretes que ao legislador, o que se constitui em uma incompleta análise da questão.

Ao se falar dos poucos resultados efetivos da lei, estes dificilmente são atribuídos às suas falhas, a sua carência de uma tipificação racional e objetiva do que viria a ser a discriminação racial penalmente punível, ou mesmo a sua opção clara por reproduzir uma fórmula, já ultrapassada, de enumeração de casos de segregação, cuja ineficiência já havia sido detectada à época da vigência da “Lei Afonso Arinos”. É fato que a ineficácia da Lei 7.716/89 deve também ser atribuída às suas incompletudes e defeitos.

Os atores sociais são elementos importantes a impulsionar as mobilizações políticas que propiciam a elaboração de legislações. O movimento negro participou ativamente do processo de elaboração dessa legislação, entretanto, permitiu que a lei já nascesse fadada ao fracasso. Talvez, na ânsia de vivenciar uma vitória frente aos segmentos sociais conservadores e resistentes às reivindicações de igualdade ali manifestadas, o movimento negro tenha privilegiado a confirmação de valores sociais, ainda que meramente simbólica, à busca da eficácia da lei.

2.3 LEI 10.741/03: PROTEÇÃO ESPECÍFICA À PESSOA IDOSA

2.3.1 Contexto Histórico

A mobilização para a proteção da pessoa idosa principia na ordem internacional, no contexto dos Direitos Humanos. A I Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, de 1982, deu origem ao Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento, em que se intentava orientar o pensamento e a ação acerca do envelhecimento e a formulação de políticas cruciais para o enfrentamento dos problemas que afligem a população idosa no mundo.

Passaram-se 20 anos, e em 2002 uma II Conferência Mundial sobre o Envelhecimento ocorreu em Madrid, onde se elaborou um Plano de Ação Internacional para o Envelhecimento. A preocupação na garantia de direitos e promoção de vida digna dos idosos apareceu na agenda da ONU em razão da observação das modificações demográficas no mundo, como pode se enxergar da leitura das palavras proferidas pelo Secretário Geral da ONU, Koffi Annan, no seu discurso de abertura dos trabalhos:

Passaram-se 20 anos desde que nossos antecessores se reuniram para aprovar o primeiro documento mundial que serviria de guia para as políticas sobre envelhecimento. Desde então, o mundo mudou de tal maneira que é quase irreconhecível. Nosso objetivo fundamental é que não mudou: construir uma sociedade apropriada para todas as pessoas, de todas as idades.

Hoje temos razões fundamentais e imperiosas para refletir sobre a questão. O mundo está passando por uma transformação demográfica sem precedentes. Até 2050, o número de idosos aumentará em aproximadamente de 600 milhões a quase 2 bilhões. No decorrer dos próximos 50 anos haverá no mundo, pela primeira vez na História, mais pessoas acima de 60 anos que menores de 15.

Talvez o mais importante seja que o aumento do número de idosos será maior nos países em desenvolvimento. Está previsto que, nos próximos 50 anos, a população idosa no mundo em desenvolvimento será quadruplicada. Trata-se de fenômeno extraordinário com consequências para cada comunidade, cada instituição, cada pessoa, jovem ou velha. Definitivamente, o envelhecimento já não é apenas um “problema de primeiro mundo”. O que era de importância secundária no século XX tende a se converter em tema dominante no século XXI (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007, p.13).

No Brasil também se enxergou a necessidade de garantir direitos e qualidade de vida a um contingente cada vez maior de pessoas idosas. A Política Nacional do Idoso (PNI) foi promulgada por meio da lei 8.842, em quatro de abril de 1994, e objetivava colocar em curso ações voltadas não apenas para idosos, mas para aqueles que ainda iriam envelhecer, no sentido que, procurava fazer com que se estruturasse o país para a garantia de melhor qualidade de vida às pessoas com mais de 60 anos.

Em 2002, o Brasil empreendeu esforços para implementar o Plano de Ação Internacional para o Envelhecimento, que resultou da II Conferência Mundial do Envelhecimento, promovida em Abril de 2002, em Madrid, pela Organização das Nações Unidas, culminado este esforço com a promulgação, em outubro de 2003, da Lei 10741/2003, o Estatuto do Idoso.

A Lei teve origem no Projeto de Lei 3.561, de 1997. A ele foram apensadas outras sete proposições, que tinham como objetivo o estabelecimento de dispositivos protetivos à pessoa idosa.¹⁸ A proposição teve um longo processo de discussão em que foram ouvidos os técnicos que trabalhavam na implementação da Política Nacional do Idoso e a sociedade civil.

¹⁸ PL 183/99, de autoria do Deputado Fernando Coruja, que propunha um Estatuto do Idoso dispondo de forma integral acerca da proteção do idoso; PL 942/99, de autoria do Deputado Gustavo Fruet, propunha a reserva de 3% dos imóveis para o idoso nos programas habitacionais; PLs 2420/2000, 2421/2000, 2426/2000, de autoria do Deputado Lamartine Posella, propunham a alterações da Lei 8.842/94 para dispor sobre o monitoramento e supervisão das entidades que cuidam de idosos carentes entre outras modificações, e o PL 2.638/2000, de autoria do Deputado Luiz Bittencourt, que propunha alteração da Lei 8.842/94 para prever a reserva de 5% das vagas de estacionamento públicos e privados para idosos. Todas estas propostas acabaram apreciadas e inseridas na discussão do Projeto de Lei 3.561/97, que deu origem ao Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003 (BRASIL, 1997b).

Foram feitos dois Seminários Nacionais para um debate sobre as condições de vida, o direito dos idosos no Brasil e a discussão das propostas do Estatuto do Idoso.

O Projeto de Lei teve como objetivo disciplinar uma proteção integral do Estado à pessoa idosa. Em sua redação original não propunha a criação de novos tipos penais, somente o substitutivo, apresentado por seu relator, é que reservou atenção em suas disposições à descrição de condutas típicas, destinadas a criminalizar atos lesivos especificamente cometidos contra idosos, por entenderem os legisladores, ser insuficiente a legislação penal disponível à época para dar resposta a todas as condutas lesivas perpetradas contra a pessoa idosa. Registrada esta opinião dos elaboradores da Lei 10.741/2003, no parecer do relator do Projeto de Lei, Deputado Silas Brasileiro, que, ao tratar das disposições penais da proposição que deu origem à lei, afirmou:

Quanto à tipificação de novos delitos em proteção ao idoso, o Ministério Público carece de instrumentos para lidar com a diversidade de situações ficando muitas vezes sem poder promover a ação penal porque as condutas lesivas são atípicas. Destarte, foram instituídos novos crimes, como a discriminação, o preconceito, o abandono em clínicas, casas de saúde e outros constantes do substitutivo. (BRASIL, 2001a, p.39)

A redação final, aprovada em 1º de outubro de 2003, manteve os 14 tipos penais propostos no substitutivo, criando assim, pela primeira vez no ordenamento, uma lei penal em que o sujeito passivo das condutas descritas é exclusivamente a pessoa idosa.

2.3.2 Antecedentes

Antecede a Lei 10.741/2003, como norma específica a proteger o segmento das pessoas idosas, apenas a Lei 8.842/1994, que não dispôs sobre matéria penal, tratando de estabelecer uma Política Nacional do Idoso. Não há assim, antes da Lei 10741/2003, leis penais específicas a criminalizar condutas perpetradas contra pessoas idosas.

Antes disso, existia apenas, como exemplo de legislação penal voltada à tutela da pessoa idosa, o dispositivo do artigo 61 do Código Penal, em que se descrevia uma circunstância agravante, consistente no fato de o crime ter sido praticado contra “criança, velho, enfermo ou mulher grávida”. Tal dispositivo foi modificado com a aprovação da Lei 10.741/2003, que substituiu, em seu texto, a expressão “velho”, por “maior de 60 anos”.

2.3.3 Principais Aspectos

O Estatuto do Idoso trouxe quatorze artigos contendo tipos penais. Além disso, nas disposições gerais, trata do procedimento para apuração e processamento das infrações penais nele definidas, estabelecendo que a ação seja pública incondicionada e que, no caso de não ultrapassar a máxima pena privativa de liberdade, o limite de quatro anos, o procedimento adotado deverá ter o rito da Lei 9.099/95.

Segundo consta do relatório do PL 3.561/97, a escolha pelo procedimento da Lei 9099/95, que acabou por estabelecer uma dúvida acerca do que seria infração de menor potencial ofensivo, deveu-se a busca de mais celeridade para a resolução dos processos penais em que a vítima é pessoa idosa.

Estabeleceu-se uma polêmica acerca da possível modificação do conceito de infração de menor potencial ofensivo, operada pela então nova lei e, a respeito da significação do comando “aplica-se o procedimento”, para esclarecer se as medidas despenalizadoras, tratadas na Lei 9099/95, deveriam ser aplicadas aos delitos do Estatuto do Idoso¹⁹.

O fato é que o Estatuto determinou que se apurasse e processasse pelo, chamado rito sumaríssimo, delitos que não são de “menor potencial ofensivo - considerada a literalidade da expressão e não a acepção técnica - e, cujas características e requisitos não seriam assim tão singelamente apreensíveis, a ponto de serem evidenciadas em procedimento apuratório simplificado. Pense-se, por exemplo, no delito de maus-tratos, no qual a situação é continuada, cuja prática se manifesta no cotidiano de uma família em que, muitas vezes, o agressor é alguém que possui laços de afetividade e parentesco com o idoso, a colheita de elementos, a apontar a materialidade e as circunstâncias do delito nesse contexto não é algo rápido e simples, e o “perigo à saúde física e psíquica” mencionado na lei não é algo apreensível em uma oitiva das partes, antes, demanda uma atuação técnica e criteriosa, uma perícia realizada com equipe multidisciplinar.

Nos tipos penais, a lei aparentemente inovou em tentar estabelecer um tipo destinado a punir a discriminação de pessoa idosa (art. 96, da Lei 10.741/2003), o que poderia ter sido

¹⁹ Houve quem defendesse que de fato, a então nova Lei 10741/2003, havia ampliado o conceito de menor potencial ofensivo, estendendo o limite para a sua configuração, em todo o ordenamento jurídico, para 4 anos de pena privativa de liberdade no máximo (JOPPERT, 2004); quem defendesse que o alargamento do conceito de menor potencial ofensivo tratado pelo Estatuto do Idoso de fato teria ocorrido, mas apenas para os tipos penais nele descritos (SILVA JÚNIOR, 2004); quem entendesse que a lei havia se referido apenas ao procedimento, portanto, o processamento se daria no juízo ordinário e não seriam aplicadas as medidas despenalizadoras aos crimes do Estatuto do Idoso, cuja pena máxima cominada ultrapassasse dois anos (AMICO; CÂMARA, 2005).

uma modificação à Lei 7716/89; no artigo 98 cria-se um abandono específico de idoso em casas de saúde e instituições de longa permanência.

No mais, há uma omissão de socorro à pessoa idosa (art. 97); um crime de maus-tratos à pessoa idosa (art. 99); uma apropriação indébita específica para a vítima idosa (art. 102); uma injúria à pessoa idosa, praticada por meio de comunicação (art. 105), conduta que também poderia ter sido inserida na Lei 7716/89, em razão de seu contexto de criminalização da discriminação; um tipo que criminaliza o induzimento a outorgar procuração (art. 106); um tipo que criminaliza a coação para testar, doar, contratar e outorgar procuração (art. 107); um tipo que criminaliza descumprimento de ordem judicial, em ações em que for parte o idoso (art.101); um tipo que pune a conduta de lavrar ato notarial, que envolva pessoa idosa sem discernimento (art.108); e um tipo penal que pune a retenção de cartão magnético de conta bancária relativa a benefício, proventos ou pensão, com o objetivo de assegurar ressarcimento ou pagamento de dívida (art. 104).

Todos eles nos fazem lembrar disposições que estão no Código Penal e já estavam à época da promulgação da Lei 10.741/2003, como por exemplo: omissão de socorro, maus-tratos, apropriação indébita, constrangimento ilegal, abuso de incapazes, desobediência e exercício arbitrário das próprias razões.

O Estatuto do Idoso, no pensar de Paula (2003), parece um *deja vu* do Código Penal, e em seu texto apresenta fragmentos, cacos, repetições de artigos enunciados em seu corpo, nem sempre exercendo funções diferentes.

Ao tratar de Direito Penal, a lei 10741/2003, traz pouquíssimas novidades. Sua redação se caracteriza por uma abundância de tipos penais, que são repetições ou ligeiras variações dos já existentes, e mesmo quando parece inovar, apenas desperdiça o verbo da lei, estabelecendo novos tipos para criminalizar situações que já eram criminalizadas com o Direito Penal pré-existente.

Parece que, mais uma vez, as considerações relacionadas à efetividade e racionalidade foram relegadas ao segundo plano, demonstrando que, muitas vezes para os atores sociais envolvidos, mais importante que ter uma boa lei é ter a sua lei, parafraseando SCHERER (1985).

2.4 LEI 11.340/06: UM MICRO-SISTEMA PARA O TRATAMENTO PENAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DE GÊNERO

2.4.1 Contexto Histórico

A Lei 11.340, promulgada em 07 de agosto de 2006, foi muito festejada pelos setores dos movimentos sociais voltados à defesa de direitos das mulheres, por representar uma tomada de posição do Estado Brasileiro em relação à chamada violência doméstica de gênero.

Muito embora, desde a década de 1980 existissem estudos a respeito da “violência contra a mulher”, “violência doméstica”, “violência familiar” e, mais recentemente, “violência doméstica de gênero”²⁰, o que demonstrava que a questão esteve muito presente na pauta de interesses de pesquisadores e ativistas, e, em que pese desde a mesma época, existissem as Delegacias da Mulher como espaços estatais especializados em atender as vítimas dessa forma específica de violência, o tratamento legal dispensado a estes casos era visto como inadequado, insuficiente e propiciador de impunidade (DIAS, 2007).

Na década de 1990, as reivindicações tornaram-se ainda mais veementes, pois os debates teóricos internacionais e nacionais refletiam as mudanças no cenário político nacional e internacional e os atores sociais, lançando mão da categoria “gênero” e se apropriando das conquistas registradas em diversas normas internacionais, acabaram por introduzir o paradigma internacional de defesa dos Direitos Humanos das mulheres a este debate público, o que resultou na colocação da questão da violência num contexto de acesso a serviços públicos necessários à cidadania. Em outras palavras, chegou-se a conclusão que era preciso

²⁰ As expressões não são sinônimas, cada uma tem um alcance e uma significação própria. Ao longo do tempo, foram utilizadas nos estudos feministas para descrever o tipo peculiar de violência que acomete as mulheres, uma expressão sucedendo a outra conforme o paradigma de investigação escolhido para observar a questão. Acerca das sucessivas abordagens do tema da violência contra a mulher nos estudos das ciências sociais no Brasil, ver IZUMINO (2005). Acerca da abordagem da violência contra a mulher pelo paradigma da “dominação masculina”, ver CHAUI (1985). Pela perspectiva do “patriarcado” SAFIOTTI (1979, 1987). Ver também GREGORI (1995), que observa a violência contra a mulher dentro de uma perspectiva relacional que relativiza a dominação-vitimização.

Na década de 90, é introduzida nos estudos brasileiros a categoria “gênero”, na época bastante presente nos estudos norte-americanos e ainda hoje prevalente como paradigma para observação do tema (SAFFIOTTI; ALMEIDA, 1996). SAFIOTTI (2004) define “violência de gênero” como uma categoria de violência muito mais ampla que a “violência familiar” e a “violência doméstica”. No pensar da autora, este tipo de violência ocorre normalmente de um homem para uma mulher, mas não necessariamente, porque o que está em jogo é o gênero, e em sendo este definido socialmente, pode ser este tipo de violência praticado por um homem contra outro homem ou por uma mulher contra uma mulher. Já a violência familiar, segundo a autora, compreendida na violência de gênero, diz respeito a membros de uma mesma família, seja ela extensa ou nuclear, reunida por laços de consangüinidade ou afinidade. A violência doméstica apresenta pontos de sobreposição com a familiar, mas atinge pessoas que não pertencendo à família, vivem parcial ou integralmente no domicílio do agressor, como seria, por exemplo, o caso das empregadas domésticas.

que o Estado propiciasse os meios para que as mulheres não mais vivessem em situação de violência, uma vez que esta se constituía em obstáculo à cidadania. A respeito dessa direção tomada, registraram Cecília MacDowel Santos e Wânia Pasinato Izumino:

O processo de redemocratização no Brasil dá ensejo à promulgação de novas leis (por exemplo, a Constituição de 1988) e novas instituições (como as já citadas delegacias da mulher) que vêm ampliar formalmente os direitos das mulheres. Com a ratificação, pelo Estado brasileiro, de normas internacionais reconhecendo formalmente os direitos das mulheres como Direitos Humanos- por exemplo, as convenções da ONU e a Convenção interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também chamada Convenção “Belém do Pará”- o paradigma internacional dos Direitos Humanos é também trazido para as práticas e os estudos feministas. Nesse contexto, as pesquisas sobre violência contra as mulheres passam a enfatizar uma preocupação com a ampliação dos Direitos Humanos das mulheres e o exercício de sua cidadania no âmbito das instituições públicas, principalmente na esfera da Justiça. (IZUMINO; SANTOS, 2005, p.13)

É nesse contexto de reivindicações que o Brasil, sofrendo pressões internas pelos movimentos de mulheres e movimentos feministas, e externas²¹, para que cumprisse os tratados e convenções internacionais do qual era signatário, em 2002, inicia a elaboração da Lei 11.340/2006, com a criação de um Grupo de Trabalho Interministerial, por meio do Decreto 5.030/2004, sob a Coordenação da Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres.

O trabalho do consórcio de organizações não governamentais, em que se constituía o Grupo de Trabalho, deu origem ao PL 4559/2004, do qual foi relatora a Deputada Jandira Ferghali, que em seu relatório, apresentou substitutivo. Novas alterações foram levadas a

²¹ Neste contexto de pressões externas está o caso de Maria da Penha Fernandes, colocada como símbolo da Lei 11.340/2006, e que deu origem a uma denúncia formalizada pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional e pelo Comitê Latino americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. O Relatório da OEA, em 2001, responsabilizou o Estado Brasileiro por omissão e negligência em relação aos casos de violência doméstica de gênero. Antes disso, porém, não se pode olvidar, que o Brasil em 1984 (decreto), ainda que com reservas, que somente foram retiradas em 1994 (decreto legislativo), subscreveu a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, que muito embora não tocasse diretamente na questão da violência doméstica de gênero, teve como objetivo promover os direitos da mulher com vistas a uma igualdade de gênero e reprimir quaisquer formas de discriminação.

Como salientado por PIMENTEL (2006), o comitê para o cumprimento da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, também conhecida como Convenção CEDAW, apresentou algumas recomendações, dentre as quais, as de que os Estados signatários deveriam estabelecer legislações especiais sobre a violência doméstica de gênero.

Portanto, o Brasil já estava comprometido internacionalmente com o tratamento específico da violência de gênero, já era dessa forma, ante esses compromissos, necessária a tomada de uma nova posição. Importa ressaltar também que em 1993 a Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos define formalmente a violência contra a mulher como uma violação de Direitos Humanos (ONU) e em 1994 a Convenção de Belém do Pará- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica (ONU), ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 (decreto), conceitua a violência contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero, que cause morte dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto no privado”, conceito reproduzido na lei 11340/2006.

efeito no Senado Federal, ensejando naquela casa legislativa o PLC 37/2006, que deu origem a Lei 11340/2006, sancionada em 07 de agosto de 2006 e em vigor desde 22 de setembro de 2006.

A relatora do Projeto de Lei 4559/2004 na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, Deputada Iriny Lopes, enfatiza em seu relatório que o produto legislativo que naquele momento se concluíra vinha a atender amplos anseios de setores sociais e movimentos de defesa de direitos:

Como reivindicado por amplos setores sociais e pelos movimentos de mulheres e feministas, o PL reforça diversas medidas de caráter repressivo à violência doméstica e familiar, que vem sendo implementadas na legislação brasileira. No entanto, vai além para propor uma verdadeira Política de Combate à Violência Doméstica, que envolve ações de várias áreas do Poder Público como: Saúde, Judiciário, Segurança Pública e Educação. (BRASIL, 2005, p.1)

Como ressaltado pela relatora do PL 4559/2004, a Lei 11340/2006 apresentou clara opção pela abordagem de reforço à resposta penal de caráter punitivo-repressivo, muito embora buscasse delinear uma política mais ampla de atenção à questão da violência doméstica de gênero, na fala de legisladora, traduzida em uma “verdadeira Política de Combate à Violência Doméstica”, demonstrando que, mesmo quando a questão era enxergar o fenômeno da forma específica de violência que sofrem as mulheres, de uma visada mais ampla que contemplasse a compreensão dos fatores que a propiciavam, a sua prevenção e o tratamento de suas consequências, a opção dos elaboradores pareceu permanecer no discurso da beligerância punitiva.

2.4.2 Antecedentes

Até o advento da Lei 11.340/2006 não havia no Brasil uma legislação penal específica a tratar da punição dos delitos cometidos no contexto da violência doméstica de gênero. De fato, assiste razão aos elaboradores da legislação quando dizem que pela primeira vez no Brasil se estabeleceu uma “política de combate à violência doméstica e familiar” contra a mulher²².

²² Expressão repetidamente utilizada pela Deputada Jandira Ferghali em seu relatório no PL 4559/2004. (BRASIL, 2005)

Do ponto de vista jurídico, até então, a violência cometida contra a mulher, no contexto doméstico, era tratada como qualquer outra infração penal de menor potencial ofensivo, sendo, portanto, processada da maneira como prescreve a lei 9009/95.

A Lei 9099/95, por ocasião de sua promulgação foi apontada como verdadeira revolução no sistema processual penal brasileiro. Diziam-se seus objetivos conferir ao Judiciário maior celeridade e credibilidade, pois suas medidas despenalizadoras e seu rito sumaríssimo diminuiriam sensivelmente a ocorrência de prescrição.

No âmbito das discussões acerca da violência doméstica de gênero, a Lei 9099/95 foi vista como um retrocesso, dentre outros motivos, por condicionar a ação penal à iniciativa da vítima. Severa crítica elaborada por Maria Berenice Dias ilustra a posição daqueles que defendiam a modificação da legislação penal acerca da violência doméstica de gênero:

Na ânsia de agilizar, olvidou-se a lei que não é possível condicionar a ação penal à iniciativa da vítima quando existe desequilíbrio entre agressor e agredido, hierarquização entre ambos. Não há como exigir que o desprotegido, o hipossuficiente, o subalterno, formalizem queixa contra seu agressor. Esse desequilíbrio também ocorre no âmbito das relações afetivas, já que, em sua maioria, a violência é perpetrada por maridos, companheiros ou pais contra mulheres, crianças e adolescentes. Apesar da igualdade de sexos estar ressaltada enfaticamente na Constituição Federal, é secular a discriminação que coloca a mulher em posição de inferioridade e subordinação frente ao homem. A desproporção - quer física, quer de valoração social, entre o gênero masculino e o feminino, não pode ser olvidada. (DIAS, 2007, p.22).

Não só a questão da representação era vista como algo negativo, mas também outros aspectos eram vistos como dificuldades ao acesso da mulher a uma verdadeira proteção estatal: a violência cometida contra a mulher, como crime de menor potencial ofensivo deveria ser apurada em Termo Circunstanciado, procedimento investigativo mais simples, na maioria dos casos incapaz de apreender toda a complexidade do evento apurado; Ademais, ficava o autor dispensado da prisão em flagrante, bastando para isso se comprometer a comparecer ao Juizado Especial Criminal. Era possível a aplicação das medidas despenalizadoras, como *sursis*, transação penal e a aplicação das penas restritivas de direitos.

Observou-se que, com a criação das Delegacias da Mulher e dos Juizados Especiais Criminais - muito embora tenha havido um sensível aumento dos registros policiais de ameaças e lesões corporais - 70% dos casos julgados envolviam violência doméstica de gênero (AZEVEDO; CELMER, 2007), que quando não resultavam em simples composição de danos pela conciliação da audiência familiar, no máximo ensejavam a aplicação de multa

ou aplicação de pena restritiva de direitos.²³, assim a aplicação da Lei 9099/95 ao contexto dos delitos de violência doméstica tornou-se sinônimo de banalização e de impunidade para seus críticos.

No período anterior à Lei 11.340/2006, duas tentativas de tratamento legal específico à violência doméstica de gênero foram feitas de forma muito tímida: a Lei 10.455/2002, que criou a medida cautelar de afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica, e a Lei 10.886/2004, que acrescentou um subtipo à lesão corporal leve decorrente de violência doméstica, aumentando a pena mínima de três para seis meses de detenção.

2.4.3. Principais Aspectos

A Lei 11.340/2006, em seu artigo 6º, expressa que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação de Direitos Humanos” e menciona em sua ementa a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, de 1994, o que demonstra que a legislação vem na esteira do debate e dos acontecimentos internacionais referentes à defesa de Direitos Humanos e também que segue a tendência de afirmação desses mesmos direitos por meio de uma ação punitiva.

É definido o que vem a ser a violência doméstica e as suas formas (artigos 5º e 7º) descrevendo-a como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, podendo se dar no âmbito doméstico, familiar ou nas relações íntimas de afeto, independentemente de coabitação. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher: a violência física, psicológica, moral, sexual, patrimonial.

Reconhece-se no parágrafo único do artigo 5º, que todas as situações que configuram violência doméstica e familiar para os efeitos da lei, independem da orientação sexual dos envolvidos, reconhecendo que as famílias podem ser formadas pela vontade dos indivíduos e não pela imposição da lei (ALVES, 2007), como também o faz no inciso II do mesmo artigo

²³ A Lei 9099/95 foi de tal forma rechaçada no contexto da violência doméstica de gênero, por ter se tornado sinônimo de banalização e naturalização da violência e, sobretudo, de impunidade que a Lei 11340/2006 afirma em seu artigo de 17, que “é vedada a aplicação, nos casos, de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica (...)” utilizando uma expressão que não está presente na tipologia das penas no ordenamento jurídico brasileiro, tecnicamente inexata, sem dúvida, mas que na sua inexatidão acabou por exprimir o verdadeiro repúdio dos elaboradores da lei à realidade em que vinha se resumindo a resposta aos casos de violência doméstica nos juizados especiais criminais.

ao descrever a família como sendo “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unizos, por laços naturais, por afinidade ou vontade expressa”.

São ainda lançadas as bases de uma política de Assistência à Mulher em situação de violência, que se dará por meio de ações articuladas entre União, Estados e Municípios, e, nesse contexto, estabelece-se a proteção voltada à manutenção do trabalho da mulher em situação de violência, garantindo-lhe a manutenção do vínculo trabalhista quando necessário o afastamento do local de trabalho por até seis meses, e a prioridade de remoção para servidora pública no caso de serem ambas as providências necessárias à manutenção da sua integridade física ou psicológica.

São previstos na estrutura do Poder Judiciário, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar pensados para ser um órgão que cumula as competências cíveis e criminais, no intuito de dar uma assistência integral à mulher vítima de violência.

Do ponto de vista penal²⁴ e processual penal, o exposto afastamento da incidência da Lei 9099/95 do processamento dos delitos cometidos no contexto da violência doméstica, materializado em seu artigo 41, instaura um novo sistema, específico para esses casos. Nas situações de violência doméstica tornou-se assim, possível a prisão em flagrante e impôs-se a necessária a apuração dos fatos em inquérito policial. Também em decorrência dessa modificação todas as medidas despenalizadoras previstas na Lei 9099/95 foram afastadas de aplicação aos delitos de violência doméstica.

A Lei 11.340/2006 é, dessa forma, um microsistema dentro do ordenamento jurídico penal brasileiro (CUNHA; PINTO, 2007) que não criou novos tipos penais, mas estabeleceu uma circunstância de entrada ao seu âmbito de funcionamento: a circunstância de ter sido o ato praticado no contexto da violência doméstica conforme este é descrito no artigo 5º da lei.

Ademais, a lei introduziu um novo inciso no artigo 313 do Código de Processo Penal, admitindo a possibilidade de prisão preventiva nos casos de delito praticado com violência doméstica, desde que para garantir a execução das medidas protetivas e de

²⁴ Falou-se aqui em “ponto de vista penal” porque se entende que ainda que a lei não estabeleça novos tipos penais, quando suas disposições ampliam a incidência do *jus puniendi*, ela não é somente uma lei de repercussões processuais penais, mas também uma lei penal. No caso analisado, a legislação não só aumentou limite de pena (art. 129§ 9º do CP), mas também criou causa de aumento de pena (art. 129§ 11 do CP) e mais relevante que isso, afastou a aplicação de medidas despenalizadoras ao retirar as infrações penais cometidas no contexto da violência doméstica do âmbito de aplicação da Lei 9099/95, sendo neste sentido, uma lei de desdobramentos penais, visto que, ampliou o espectro de atuação do *jus puniendi* estatal.

urgência²⁵; deu nova redação a agravante da alínea f, do inciso II do artigo 61 do Código Penal²⁶; aumentou a pena da lesão corporal qualificada para o limite máximo de 03 anos²⁷; e estabeleceu uma majorante quando a vítima de violência doméstica é portadora de deficiência²⁸.

Apresenta-se como o aspecto mais relevante da lei, pela sua repercussão na vida das vítimas dos conflitos penais relacionados à violência doméstica, o amplo leque de medidas protetivas de urgência por ela estabelecido. Ressalte-se que, até o advento da Lei 11340/2006, a única medida protetiva de urgência disponível para a salvaguarda das vítimas da violência doméstica de gênero era o afastamento do agressor do lar, definido na Lei 10.455/2002. Entretanto, com a sua promulgação estabeleceu-se não só um número maior de medidas protetivas que restringem o agressor²⁹, mas também, medidas protetivas de urgência voltadas à atenção específica à pessoa da vítima e de seus dependentes nas situações de risco e de violações de direitos³⁰.

²⁵ O artigo 42 da Lei 11.340/2006 acrescentou o inciso IV ao artigo 313 do CPP, com a seguinte redação: “IV- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, na forma de lei específica, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência” (BRASIL, 2006a)

²⁶ O artigo 43 da Lei 11.340/2006 acrescentou a alínea f do II do artigo 61 do CP:” São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) ter o agente cometido o crime: f) com abuso da autoridade ou prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou, com, violência contra a mulher na forma de lei específica” (BRASIL, 2006a).

²⁷ O artigo 44 deu nova redação ao artigo 129, §9º, do CP: Se a lesão for praticada contra ascendente descendente irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena- detenção, de três meses a três anos (BRASIL, 2006a).

²⁸ O artigo 44 da Lei 11. 340/2006 acrescentou o § 11 ao artigo 129 do CP: na hipótese do §9º desse artigo, apenas será aumentada de um terço se o crime for cometido contra a pessoa portadora de deficiência (BRASIL, 2006a).

²⁹ São previstas no artigo 22 da Lei 11.340/2006 as seguintes medidas protetivas voltadas à restrição da ação do agressor com vistas a cessação da situação de violência: suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente nos termos da lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003; o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; a proibição de determinadas condutas, tais quais a aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; o contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; e a frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; e restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar (BRASIL, 2006a).

³⁰ São previstas nos artigos 23 e 24 da Lei 11.340/2006 como medidas protetivas à ofendida: encaminhá-la juntamente com os seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; determinar a separação de corpos; restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; a suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; e a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida (BRASIL, 2006a).

A lei criou ainda a representação acerca da necessidade de medidas protetivas de urgência, na qual a vítima pugna pela proteção, como uma das medidas a serem providenciadas pelo Delegado de Polícia ao atender a vítima de violência doméstica, que deve, dessa forma, encaminhá-la em expediente em apartado ao Inquérito Policial, no prazo de 48 horas. Também o procedimento do judiciário com relação a tais medidas é detalhadamente delineado, com o prazo da manifestação de 48 horas.

Momento importante da lei, no qual, ainda que timidamente, se insinua a possibilidade de tratamento da questão da violência doméstica como um fenômeno complexo, de amplas repercussões nas vidas das famílias envolvidas e que não pode ser lido e interpretado exclusivamente pelas lentes da retribuição penal, é o artigo 30 da lei 11.340/2006, em que se fala da competência de uma Equipe Multidisciplinar, a qual além de oferecer subsídios para que o juiz e o membro do Ministério Público possam conduzir o seu trabalho na persecução penal, deve desenvolver trabalhos de prevenção, orientação e outros encaminhamentos voltados a todos os envolvidos no conflito: vítima, agressor e familiares, em especial, crianças.

O artigo 35, por sua vez, estabelece que União, Estados e Municípios, na medida de suas competências, deverão criar os espaços e serviços públicos voltados à efetiva aplicação da Lei 11340/2006: Centros de atendimento integral às mulheres vítimas de violência e seus dependentes, casas-abrigos para as mulheres e dependentes em situação de ameaça em razão da violência, delegacias, núcleos específicos de defensoria pública, serviços de saúde e de perícia médico-legal especializados, programas de enfrentamento da violência doméstica e familiar e centros de educação e reabilitação dos agressores.

Pela primeira e única vez em todo o seu texto, no art. 45, a Lei 11340/2006 faz uma menção expressa a um tratamento dispensado ao agressor que não a exclusiva resposta retributiva da pena privativa de liberdade. Trata-se de modificação à Lei de 7.210/84, estabelecendo que, nos casos de condenação por um delito de violência doméstica, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de reeducação e recuperação. Nada mais se fala a respeito; as perspectivas voltadas à reeducação e à resignificação das relações em que se deram as violências decididamente não foram uma preocupação dos elaboradores da lei.

A Lei 11340/2006 representou uma profunda modificação de postura do Estado Brasileiro no que tange ao reconhecimento do direito das mulheres a uma vida digna e sem

violência. Entretanto, escolheu a reduzida resposta retributiva penal. Em que pese, trate do estabelecimento de políticas para o desenvolvimento e “empoderamento” das mulheres, muito pouco ou quase nada se produziu nesse sentido.

Ilustra essa observação a própria propaganda institucional do diploma legal. Nunca uma lei no Brasil foi tão divulgada aos seus destinatários, todavia, somente os seus aspectos penais são enfatizados. Dificilmente se ouvem vozes a reclamar a regulamentação do direito que tem a mulher empregada em situação de violência de afastar-se por até seis meses, ou a demandar que se estabelecem políticas educacionais e de geração de renda para mulheres em situação de pobreza ou mesmo a efetivação dos centros de reabilitação e reeducação dos homens autores dos atos de violência doméstica para, finalmente, chegar mais próximo de tratar a violência doméstica de uma perspectiva global, incluindo nessa leitura a compreensão de todos os protagonistas da história vivida.

2.5 - NOVAS DEMANDAS DE CRIMINALIZAÇÃO

2.5.1 PL 122/06: A Pretensão de Criminalização da Homofobia

A homofobia consiste na aversão ou desprezo contra homossexuais. Manifesta-se por meio de ações discriminatórias perpetradas contra pessoas que ostentam essa característica. Segundo Borrillo (2010), constitui-se em uma violência que pode assumir tanto um sentido físico, voltada ao atingimento do corpo dos indivíduos; quanto uma violência simbólica, manifestada pelos xingamentos, tratamento diferenciado e menosprezo. Ainda segundo o mesmo autor, o termo dá conta de descrever duas dimensões: uma homofobia que se dá na dimensão pessoal, afetiva, manifestada pela rejeição a homossexuais; e outra cultural, na qual se repudia a homossexualidade enquanto fenômeno social.

O termo foi amplamente divulgado pelo Movimento LGBT brasileiro³¹ nos anos de 1990 e anos 2000, ao ponto de sair do vocabulário exclusivo dos ativistas e fazer parte do

³¹ Segundo Facchini e Perez (2005), o movimento LGBT brasileiro possui mais de 30 anos. Surgiram os primeiros grupos de militantes pelas causas homossexuais nos anos de 1970, na janela de abertura política que se deu nos últimos anos da ditadura. No primeiro momento carregava um forte verniz contracultural e buscava não só a aceitação da homossexualidade mas também, uma revolução no modo como a sexualidade era vivenciada. Nos anos de 1980, o movimento sofreu forte impacto em razão das repercussões da epidemia de HIV/AIDS, chamado na época de “câncer gay”. Houve uma forte reação de intolerância e o movimento assumiu uma postura retraída e vitimista. A partir dos anos de 1990, o movimento toma outro fôlego e a defesa da visibilidade, da autenticidade e do orgulho passam a ser a tônica a partir da qual se irão reivindicar diversas pautas políticas. É a

cotidiano de todos os brasileiros. A divulgação e o debate acerca da homofobia fizeram parte da estratégia dos movimentos sociais LGBT para continuar no percurso de conquista de direitos. A partir dos anos de 1990, o movimento amadureceu, adotou formatos institucionais e migrou do discurso de vitimização, dos anos de 1980, para uma atitude de defesa do orgulho e da visibilidade das identidades. Neste contexto ganha corpo a denúncia da homofobia enquanto fenômeno social e a ênfase na sua injustiça.

Tramita atualmente no Senado Federal o PLC 122/2006, de autoria da Deputada Iara Benardi. O projeto é uma reivindicação do Movimento LGBT que enxerga na criminalização da homofobia uma forma de alcançar legitimação enquanto sujeitos direitos. Para o Movimento LGBT, uma lei criminalizadora da homofobia significaria o compromisso do Estado e da ordem jurídica brasileira com a liberdade sexual e implicaria na visibilidade e reconhecimento de uma série de demandas dos movimentos homossexuais.

O projeto propõe a modificação da Lei 7716/89 para inserir orientação sexual, sexo, gênero e identidade de gênero como critérios de discriminação indevida e, por isso, punível, no intuito de transformar a 7716/89 em uma verdadeira lei antidiscriminação. Após ter sido emendado, o projeto também acrescenta a discriminação em razão da condição de idoso e de pessoa com deficiência e inclui os mesmos critérios de discriminação no texto do artigo 140 § 3º do Código Penal. Ademais, criminaliza a proibição de manifestação pública de indivíduos que ostentem as especificidades mencionadas na ementa da lei, quando esta manifestação for permitida aos demais³².

partir desse momento que surgem as Paradas de Orgulho Gay, os primeiros projetos para regulamentação de demandas gay (projeto para legalização da união civil entre pessoas do mesmo sexo) . Em 2008, ocorreu a Primeira Conferência Nacional LGBT e em 2011 a Segunda Conferência Nacional LGBT.

Na perspectiva defendida pelo Movimento, muitos avanços se deram, como por exemplo, o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, por unanimidade da constitucionalidade de interpretação extensiva do art. 226§ 3 da Constituição para incluir em seu escopo as uniões entre pessoas do mesmo sexo, e momentos de retrocesso como o recolhimento do material didático do Projeto Escola sem homofobia, apelidado de “kit gay” (DILMA..., 2011a; DILMA...,2011b; KIT..., 2011).

³² O projeto de Lei possui três artigos. O primeiro modifica a ementa da Lei 7716/89, incluindo as expressões gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, condição de pessoa idosa e pessoa com deficiência; o segundo modifica o corpo da própria lei e o terceiro modifica o Código Penal exatamente no que tange à injúria qualificada. Em seu artigo segundo, o projeto propõe a modificação dos artigos 3º, 8º e 20 da Lei 7716/89, que passariam a ter a seguinte redação: “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.”; “Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares ou locais semelhantes abertos ao público. Pena: reclusão de um a três anos. Parágrafo único: Incide nas mesmas penas aquele que impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público de pessoas com as características previstas no art. 1º desta Lei, sendo estas expressões e manifestações permitida às demais pessoas”. “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. Pena: reclusão de um a três anos e multa.” (BRASIL, 2006c).

Os cidadãos homossexuais, outrora foram rotulados de “pecadores” no campo religioso, “criminosos” no âmbito jurídico, “doentes” para a medicina; entretanto, uma mudança paradigmática colocou a homossexualidade em um *status* de “orientação sexual”, portanto, condição equiparada a de heterossexualidade³³, permitindo que eles finalmente ingressassem no debate político em busca de seus direitos.

No Brasil, o Poder Judiciário tem sido mais receptivo a estas demandas. O Poder Legislativo tem se mostrado mais tímido em atendê-las. Os Projetos de criminalização da homofobia e demais reivindicações do Movimento LGBT enfrentam furioso rechaço por parte das bancadas conservadoras, sobretudo as ligadas a segmentos religiosos; talvez por isso, a chamada “criminalização da homofobia” se revista de especial relevância como pretensão de conquista de reconhecimento jurídico, uma vez que simboliza a queda de um espaço de resistência à promoção da igualdade dos cidadãos LGBT.

Cardinalli e Freire (2012) acreditam que, no Brasil, o legislador tem destinado ao Direito Penal o papel de repressão das práticas discriminatórias. Consoante registram:

Neste diapasão, muito em função do art. 5º, XLI e XLII, o qual determina expressamente a criminalização do racismo, o legislador brasileiro tem entendido que o Direito Penal é o mecanismo natural de contenção das práticas discriminatórias. A Lei 7716/89, a chamada Lei do Racismo, que inicialmente apenas concretizava tal mandamento constitucional, acabou por se tornar a base jurídica da criminalização de qualquer forma de discriminação fundada em preconceito, como o que ocorre em função de procedência nacional e por religião. A criminalização da homofobia apenas seguiria essa tendência. (CARDINALLI; FREIRE, 2012, p.52)

Mais que isso, os mesmos autores entendem que a mobilização do Direito Penal, ainda que não extirpe o preconceito e a baixa estima social destinada à população homossexual, ao punir a discriminação fundada na homofobia, revela que a sociedade

³³ Trevisan (2011) registra como, desde a época do Brasil colônia, os homossexuais eram chamados de “pecadores sodomitas”, considerados criminosos de acordo com as Ordenações Filipinas. O mesmo autor registra como, no final do século XIX e início do século XX, o “homossexualismo” passou a ser um problema de saúde pública e uma preocupação da ciência, que passou a pesquisar suas causas e cura. No Brasil, Dr. Pires de Almeida e Aldo Sinisgalli são exemplos de médicos que afirmavam que os “pederastas” não eram homens normais e que deveriam ser reconduzidos à normalidade. Mudança relevante que ilustra a modificação do paradigma acerca da homossexualidade que ensejou a gradativa luta por maior participação política da população LGBT, foi a retirada, em 1985, do “homossexualismo” do rol de doenças do Instituto Nacional de Previdência Social, após uma decisão do Conselho Federal de Medicina. Em 1999, a decisão é reafirmada em decisão do Conselho Federal de Psicologia, que proibiu o tratamento da homossexualidade por parte dos psicólogos. A homossexualidade deixa de ser uma patologia ou uma anormalidade para ser apenas mais uma variedade da sexualidade humana, tal como é, a heterossexualidade. Tal mudança permitiu a população homossexual ansiar cada vez mais por igualdade de direitos, alimentando assim, a luta política pelo atendimento de suas reivindicações.

brasileira destina aos seus cidadãos LGBT um tratamento igualitário e que o direito à livre orientação sexual consiste em bem jurídico relevante. Ao apresentar a criminalização da homofobia como forma de legitimação dos direitos e da participação política dos cidadãos, fazem a seguinte consideração acerca do Direito Penal como instrumento neste contexto:

A criminalização de determinadas condutas importa uma escolha política de valoração hierarquizada de bens jurídicos, tendo em vista que a ordem normativa dispõe de uma ampla gama de mecanismos de contenção e punição de comportamentos entendidos pelo Direito como ‘socialmente pernicioso’, sendo o Direito Penal apenas um dentre estes. O Direito Penal se configura, de acordo com a dogmática jurídica, como o meio de tutela mais gravoso e, por isso mesmo, residual, devendo ser implementado apenas quando os outros falham ou quando o bem a ser protegido possui especial valor axiológico. Dito de outra forma, a tutela penal de determinado bem jurídico implica o reconhecimento de sua especial importância e sua fundamentalidade. (CARDINALLI; FREIRE, 2012, p.50)

Conforme dito, o Direito Penal, esfera mais violenta e coercitiva do ordenamento jurídico, ao definir o que será criminalizado, define, ao mesmo tempo, quais são os bens jurídicos relevantes, sendo chamado apenas para protegê-los. Acrescente-se: se esse bem jurídico diz respeito a uma especial condição ou aspecto de uma determinada população, significa dizer que esse grupo ou população goza de visibilidade e importância social.

Aqueles que defendem a importância jurídica e a importância política da criminalização da homofobia enfrentam acirrado debate com seus opositores. Apresentam-se nesse cenário, diversos argumentos e refutações.

Afirma-se que uma criminalização nesse sentido faria distinções indevidas, ao que se responde que, de fato, seria uma distinção; todavia nunca descabida, uma vez que o Brasil já reconheceu a necessidade de promover discriminações positivas - caso seja demonstrada a necessidade - no caso das populações vulneráveis e minorias.

Neste sentido, Cardinalli e Freire acreditam que uma lei que criminaliza a homofobia “teria efeitos semelhantes à Lei Maria da Penha, que retirou a violência doméstica das raias de uma práxis forense que tornou ‘barato’ bater em mulher, cujos efeitos traumáticos fizeram-se presentes na menção à pena de cesta básica” (2012, p.56).

Outra crítica formulada, em específico pelos setores ultraconservadores ligados a segmentos religiosos, é a de que a lei, conforme proposta no PL 122/2006, caso seja aprovada, consistirá em uma verdadeira “mordaza gay” que obstará a liberdade de expressão, ao que se responde que o direito constitucional de liberdade de expressão não contempla o direito de

“liberdade de discriminação”, de modo que a livre prática de uma crença ou culto religioso não pode servir de justificativa a práticas discriminatórias.

Na seara dos argumentos a favor, defende-se que a criminalização da homofobia, além de coibir as práticas discriminatórias, ensejará, por parte dos profissionais do direito uma revisão conceitual, que implicará em excluir das práticas jurídicas atitudes estigmatizantes, preconceitos e toda a sorte de revitimizações que acomete os cidadãos LGBT quando são vítimas.

De outra perspectiva, há quem critique a pretensão de criminalização por entender que a tutela penal e, sobretudo, a resposta retributiva do encarceramento, seriam medidas nada ou pouco efetivas para a extinção da homofobia e discriminações (CATALDO NETO; DEGANI, 2010). Destaca-se aqui, o resgate da história da criminalização do racismo no Brasil, lembrando que ela pouco resultou para a modificação do *status* social da população negra, permanecendo o racismo e o preconceito e, por agora, vislumbra o movimento negro brasileiro a necessidade de ênfase em medidas de outra natureza (distributivas e afirmativas).

Há ainda quem aponte a “falta de novidade” da proposta criminalizadora, ressaltando que esse caminho já fora trilhado no Brasil pelo movimento negro e pelo movimento feminista, sem demonstração de sucesso, e ainda, afirmando que tal posição contraria a postura inicial e inovadora do movimento LGBT (RAMOS, 2010).

O que é fato é que o movimento enxerga, na bandeira da criminalização da homofobia uma importante barreira a ser rompida, não só por acreditar na sua potencialidade enquanto instrumento para coibir discriminações, mas também, por reivindicar igualdade ante os demais segmentos que de igual forma se socorreram do Direito Penal como guardião implacável de seus interesses.

2.5.2 Estatuto da Pessoa com Deficiência: A Pretensão de uma Lei Penal Específica para a Vítima com Deficiência

Em 09 de outubro de 2000, o Deputado Paulo Paim do PT/RS apresentou o Projeto de Lei 3638/2000, para instituir o Estatuto da Pessoa com Necessidades Especiais. A proposta original possuía 59 artigos e não tratava de infrações penais. À propositura inicial foram pensados, posteriormente, outros dois projetos de Estatuto, o PL 5439/2001, do Deputado

Paulo José Gouveia, e o PL 3219/2004, de autoria do Deputado Ildeu Araújo, além de cerca de 60 proposições de leis a tratar de questões relevantes para as pessoas com deficiência.

A proposta inicial tinha como objetivo reunir, em uma só legislação, todos os dispositivos destinados a disciplinar questões específicas atinentes às necessidades das pessoas com deficiência, tais como acessibilidade, políticas específicas de educação e saúde, questões atinentes à inserção no mercado de trabalho, dentre outras. Somente em 2001, a formulação do Deputado Paulo José Gouveia apresenta para apreciação a proposta de criação de novos 12 tipos penais, alterações no Código Penal e na Lei 7716/89³⁴.

Também outra proposta de Estatuto da Pessoa Portadora de Necessidades Especiais, o PL 3219/2004, de autoria do Deputado Ildeu Araújo, propôs a criação de novos tipos penais e alterações no ordenamento penal vigentes, desta feita, 16 novos tipos penais foram apresentados³⁵.

³⁴ No PL 5439/2001, de autoria do Deputado Paulo José Gouvêa, tipificam-se condutas lesivas aos direitos do portador de deficiência, que se submetem aos procedimentos dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099, de 1995), quando a pena privativa de liberdade não ultrapassar quatro anos. Os tipos penais especiais são: 1) discriminar em instituições financeiras, nos meios de transporte e no direito de contratar; 2) desdenhar, humilhar, menosprezar; 3) não prestar assistência médica, em situação de iminente perigo ou não pedir socorro à autoridade pública; 4) abandonar em hospitais ou entidades de abrigo, ou não prover suas necessidades básicas; 5) expor a perigo ou a condições desumanas ou degradantes; 6) apropriar-se de bens, proventos, pensão ou qualquer rendimento da pessoa com deficiência; 6) negar acolhimento em entidade de internação, por recusa à outorga de procuração; 7) reter cartão magnético de conta bancária com o objetivo de assegurar o pagamento de dívida; 8) exibir informações ou imagens depreciativas; 9) induzir a outorga de procuração, por portador de deficiência sem discernimento, para fins de administração ou disposição de seus bens; 10) coagir a doar, contratar ou testar; 11) lavrar ato notarial que envolva portador de deficiência sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal; 12) impedir ou embarçar ato do Ministério Público ou de outro agente fiscalizador. As penas variam, em geral, de 6 meses a 4 anos de detenção ou reclusão e multa. Pune-se com maior rigor o crime de exposição a risco de vida e saúde em condições degradantes ou desumanas, quando resulta lesão corporal grave (reclusão de 1 a 4 anos) ou morte (reclusão de 4 a 12 anos). (BRASIL, 2001)

Propõe-se ainda, alterações à Lei nº 7.716, de 4 de janeiro de 1989, que define o crime de “discriminação ou preconceito” de raça, cor, etnia e procedência nacional, para incluir a deficiência física ou mental; e ao Código Penal, para acrescentar, no art. 61 (circunstâncias agravantes para o cálculo da pena), a vítima com deficiência (junto com o menor de 18 anos, o maior de sessenta anos, o enfermo e a mulher grávida). Outros crimes sofrem aumento de pena, em razão da condição pessoal da vítima, por ser portadora de deficiência: de injúria (art. 140); sequestro e cárcere privado (art. 148); extorsão mediante sequestro (art. 159); e abandono material (art. 244). Nos crimes contra o patrimônio, previstos nos arts. 155 a 180 (furto, roubo, extorsão, usurpação, dano, apropriação indébita, estelionato e receptação), são propostas as seguintes alterações: 1) retira-se a prerrogativa de isenção de pena para o cônjuge ascendente ou descendente (art. 181), quando a vítima for pessoa com deficiência; 2) dispensa-se a representação, outubro de 1941, art. 21 – praticar vias de fato contra o portador de deficiência; na Lei da Tortura - Lei nº 9.455, 7 de abril de 1997, art. 1º, § 4º, inciso II – tortura cometida contra portador de deficiência; e na Lei Tráfico de Entorpecentes – Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, art. 18, inciso III – quando a vítima for pessoa com deficiência. (BRASIL, 2001)

³⁵ Os tipos penais apresentados pelo Deputado Ildeu Araújo são os seguintes: 1) discriminar em instituições financeiras, nos meios de transporte e no direito de contratar; 2) desdenhar, humilhar, menosprezar; 3) não prestar assistência médica, em situação de iminente perigo ou não pedir socorro à autoridade pública; 4) abandonar a pessoa com deficiência em hospitais ou entidades de abrigo, ou não prover suas necessidades básicas; 5) expor a perigo ou a condições desumanas ou degradantes; 6) recusar ou dificultar o atendimento à saúde sem justa causa; 7) deixar de cumprir, retardar ou frustrar ordem judicial, na ação civil pública em tela; 8)

Criou-se, em 04 de Novembro de 2003, Comissão Especial com diversas sub-relatorias temáticas para apreciar as proposições de interesse das pessoas com deficiência nas mais diversas áreas. Realizaram-se mais de dezenas de reuniões. Pessoas da sociedade civil, especialistas e técnicos foram ouvidos. Ao longo das discussões, o nome do projeto foi sendo mudado de “Estatuto da Pessoa Portadora de Necessidades Especiais”, para “Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência“, para finalmente se chegar a “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, por ter sido considerado mais adequado, consoante o entendimento que foi sendo sedimentado no curso dos debates.

Com o parecer do relator, Deputado Celso Russomano, em 06 de dezembro de 2006, em que foram apreciadas todas as propostas de Estatuto e demais Projetos de Lei apensados, foi apresentado substitutivo em que permaneceu a intenção de criar tipos penais, que persistiram na quantidade de 12 artigos.³⁶ Não foi prevista a aplicação da Lei 9099/95; a ação

recusar, retardar ou omitir dados requisitados pelo Ministério Público, indispensáveis à propositura da ação civil pública; 9) apropriar-se de bens, proventos, pensão ou qualquer rendimento da pessoa com deficiência; 10) negar acolhimento em entidade de internação, por recusa à outorga de procuração; 11) reter cartão magnético de conta bancária com o objetivo de assegurar o pagamento de dívida; 12) exibir informações ou imagens depreciativas do portador de deficiência; 13) induzir a outorga de procuração, por pessoa com deficiência sem discernimento, para fins de administração ou disposição de bens; 14) coagir o portador de deficiência a doar, contratar ou testar; 15) lavrar ato notarial que envolva portador de deficiência sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal; 16) impedir ou embaraçar ato do Ministério Público ou de outro agente fiscalizador. Finalmente as penas variam, em geral, de 06 meses a 05 anos de detenção ou reclusão e multa. Pune-se com maior rigor o crime de exposição a risco de vida e saúde em condições degradantes ou desumanas, quando resulta lesão corporal grave (reclusão de 1 a 4 anos) ou morte (reclusão de 4 a 12 anos). Em sua proposta mantém a aplicação do procedimento da Lei 9099/95 para os crimes cuja pena máxima não ultrapassar 4 anos e propõe que a ação seja pública e incondicionada. Afasta também a incidência dos art. 181 e 182 do CP (BRASIL, 2004a).

³⁶ Os artigos previstos no substitutivo foram: 1) Discriminar pessoa com deficiência, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte ao direito de contratar ou a qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania; 2) recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados de sua deficiência; obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência; negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho; recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, sem justa causa, a pessoa com deficiência e mais outras quatro condutas distintas todas no mesmo tipo; 3) Apropriar-se ou desviar pensão, proventos ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência, dando-lhe aplicação diversa de sua finalidade; 4) Negar o acolhimento ou a permanência da pessoa com deficiência como abrigado, por recusa deste em outorgar procuração para entidade de longa permanência ou de abrigo; 5) Reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão da pessoa com deficiência, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida.; 6). Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas a pessoa com deficiência; 7) Induzir pessoa com deficiência, sem discernimento de seus atos, a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente; 8) Coagir, de qualquer modo, pessoa com deficiência a doar, contratar, testar ou outorgar procuração. 9) Lavrar ato notarial que envolva pessoa com deficiência, sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal; 10) Impedir ou embaraçar ato do representante do Ministério Público ou de qualquer outro agente fiscalizador; 11) Ordenar ou executar obra pública de construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo que não sejam ou não se tornem acessíveis a pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida; 12) Não dispor de espaços reservados para pessoa com deficiência, inclusive acompanhantes, de acordo com as normas expedidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas –

permaneceria pública incondicionada, as penas poderiam ser de detenção ou de reclusão, variando no limite mínimo, entre seis meses e dois anos e, no limite máximo, entre um ano e cinco anos de pena privativa de liberdade.

Segundo o relator, procurou-se retirar da proposta os tipos penais originados dos artigos genéricos do Código Penal como: o abuso de incapazes, omissão de socorro e perigo para a saúde e a vida de outrem.

O substitutivo do PL 3638/2000, e todos os seus apensos aprovados sacabaram carreados, em 27 de dezembro de 2006, ao PL 7699/2006, de autoria do Senador Paulo Paim, do PT/RS.

Atualmente tramita o PL 7699/2006, originalmente Projeto de Lei do Senado de nº 006/2003. Este último projeto, apresenta, no capítulo destinado aos crimes, treze artigos contendo tipos penais e nada dispõe acerca de procedimento ou ação penal³⁷.

Todos os projetos até agora apresentados guardam muita semelhança com as disposições do Estatuto do Idoso. A discriminação nos transportes e no serviço bancário, a retenção de cartão magnético, a negativa de acolhimento em razão da não outorga de

ABNT ou pelo Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial -Sinmetro, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação em locais de espetáculos, conferências, aulas e outros de natureza similar (BRASIL, 2006b)

³⁷ Os artigos do PL 7699/2006 tipificam as seguintes condutas: 1) Discriminar pessoa com deficiência, impedindo ou dificultando, sem justa causa, o acesso a locais públicos e/ou de acesso ao público em geral, ainda que de propriedade privada, tais como cinemas, clubes, hotéis, pensões, pousadas, albergues, restaurantes, bares, estabelecimentos comerciais, teatros, shoppings centers, instituições bancárias, espaços de lazer e recreação infantis e adultos, instituições religiosas, instituições de ensino, bibliotecas, espaços destinados a eventos artísticos, esportivos e culturais e outros congêneres, em razão de sua deficiência; 2) Impedir ou dificultar, sem justa causa, o acesso a operações e atendimentos bancários, aos meios de transporte e a outros serviços e atendimentos, públicos ou privados, em razão da deficiência; 3) Recusar, suspender, procrastinar ou cancelar matrícula, sem justa causa, ou dificultar a permanência de aluno em estabelecimento de ensino, público ou privado, em qualquer curso ou nível, público ou privado, em razão de sua deficiência; 4). Obstar ou dificultar a inscrição ou acesso de alguém, sem justa causa, a qualquer cargo ou emprego público, em razão de sua deficiência; 5) Negar ou obstar emprego ou trabalho a alguém, sem justa causa, ou dificultar sua permanência, em razão de sua deficiência; 6) Recusar, retardar ou dificultar a internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, sem justa causa, a pessoa com deficiência; 7) Veicular, em qualquer meio de comunicação ou de divulgação, texto, áudio ou imagem que estimule o preconceito contra a pessoa com deficiência ou a ridicularize; 8). Deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justa causa, a execução de ordem judicial ou o pagamento de precatório expedido nas ações em que for parte ou interveniente pessoa com deficiência; 9) Recusar, retardar ou omitir informações, documentos e dados técnicos, quando requisitados pelo Ministério Público para o cumprimento dos fins desta Lei; 10) Apropriar-se ou desviar bens, proventos, pensão, benefício assistencial, previdenciário ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência, dando-lhes aplicação diversa da sua finalidade; 11) Abandonar a pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado; 12) Negar o acolhimento ou a permanência da pessoa com deficiência como abrigado, por recusa deste em outorgar procuração para entidade de longa permanência ou de abrigo; 13) Reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão da pessoa com deficiência, bem como qualquer outro documento com fim de obter, indevidamente proveito próprio ou alheio.(BRASIL, 2006).

procuração, a apropriação de rendimentos e o abandono em hospitais e congêneres, são descrições exatamente iguais as já contidas no Estatuto do Idoso.

O último projeto, todavia, parece ter buscado, de fato, suprimir aquelas condutas que já são contempladas pelo Código Penal. Muitos dos artigos propostos tratam da discriminação do indivíduo em razão de sua condição de pessoa com deficiência, entretanto, revisitou a fórmula casuística que foi utilizada na Lei 7716/89. Atualmente o Projeto de Lei 7799/2006 encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, aguardando deferimento para entrar na pauta do dia. 2

2.6 A ELABORAÇÃO DO “DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS” NO BRASIL: PONTOS EM COMUM

Da reconstituição do processo de elaboração e promulgação das leis referidas no presente capítulo e da maneira como resultaram seus textos e se tem registrado na literatura a repercussão prática de suas aplicações, observa-se que guardam pontos em comum.

As mencionadas legislações, como também os dois processos de elaboração ainda em andamento aqui registrados, carregam uma forte componente simbólica, na medida em que representam uma declaração de vitória na batalha travada pelos segmentos interessados em busca de reconhecimento social e de direitos.

Todas elas foram fruto, em maior ou menor medida cada uma, de mobilizações políticas empreendidas por movimentos sociais que reivindicavam direitos de grupos. Os discursos foram fundados, por exemplo, “no direito das mulheres a uma vida sem opressão e sem violência”, no “direito dos negros a uma vida sem discriminação”, no “direito dos idosos a uma vida livre de maus-tratos, omissões e negligências” e agora mais recentemente, fala-se em “direito dos homossexuais a uma vida sem homofobia”.

Em todos esses processos, os segmentos sociais protagonistas denunciavam situações de desigualdade a que são submetidos os indivíduos em suas interações sociais, situações reais, de violência, com relevantes repercussões, expressões verdadeiras de casos claros de direitos negados, embora expressamente e universalmente reconhecidos no plano formal. Depreende-se das palavras de ordem e dos discursos fundadores das reivindicações a crença, por parte dos protagonistas das mobilizações por criminalização, de que o Direito Penal pudesse, enfim, propiciar essa vida sem violências, opressões e discriminações.

Da rápida observação das inovações trazidas ao campo jurídico pelas legislações já aprovadas, viu-se que, em alguns casos, as leis já foram aprovadas com disposições ultrapassadas ou configuradas de maneira que dificultava a sua própria aplicabilidade, de forma que o resultado “repressão penal” não se apresentou mais presente depois das promulgações.

Em outros casos, a lei, de fato, representou a superveniência de um tratamento penal mais duro e repercutiu na mudança de postura e de procedimento por parte dos profissionais jurídicos, fala-se aqui da Lei 11.340/2006, no entanto, ainda não foi empiricamente demonstrado o quanto tal legislação, de fato, contribuiu para a erradicação da discriminação e da violência perpetrada contra seu grupo destinatário.

Também as preocupações referentes à coerência, efetividade e racionalidade das leis, no caso dos processos de criminalização já concluídos, apresentaram-se menos fortes, na comparação com a preocupação política da conquista da própria lei.

A opção pela tradicional resposta punitivo-retributiva como instrumento para erradicação das violências e violações de direitos apareceu como elemento comum a todas as legislações e proposições aqui analisadas.

PARTE II

QUEM SÃO OS VULNERÁVEIS?

3 VULNERABILIDADE, VULNERÁVEIS E DIREITO PENAL

3.1 MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS: EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO.

Diversas definições são utilizadas para expressar o que vem a ser minorias e grupos vulneráveis. Muitos são os critérios para definição das categorias e muitas as restrições levantadas contra cada uma delas.

É fato que a discussão a respeito do tema já está instalada na comunidade internacional e a cada dia crescem os reclamos pelo reconhecimento da diferença, sendo cada vez mais sentidas as suas repercussões na ordem política e social em todo o mundo, posto que são muitas as reivindicações por reconhecimento e igualdade em todos os lugares do globo terrestre.

A Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1992, sobre direitos de minorias, reiteradamente e sem enunciar uma definição, fala em "*persons belongin to national or ethnic, religious and linguistic minorities*" (pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas ou linguísticas), não esclarecendo quem de fato seriam essas pessoas pertencentes a uma nacionalidade ou minoria étnica e linguística. Pouco se explicou na Declaração de 1992.

Séguin (2002) ressalta, citando as próprias justificações dos elaboradores da Declaração da Assembleia das Nações Unidas de 1992, que há aqueles que defendem a corrente de que uma definição, em si, já traria restrição à garantia de direitos das minorias e obstáculos a sua proteção, uma vez que cada minoria traz as suas características específicas, e uma conceituação fechada sempre promoveria alguma exclusão. Uma definição de minorias em direito internacional poderia, nessa perspectiva, impedir o processo de fixação de padrões e excluir os que não tinham sido expressamente incluídos na Declaração. No dizer da própria ONU "a lei tem procedido na realidade sem definições precisas para preservar a flexibilidade,

a franqueza e a possibilidade de progresso” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS apud SÉGUIN, 2002, p.11).

A expressão “minoría”, no cenário aqui colocado, qual seja, o do reconhecimento de direitos, vem sendo constantemente atacada por sua imprecisão. Entende-se por minoría, etimologicamente, como significando "inferioridade numérica; parte menos numerosa de uma corporação deliberativa, e que sustenta ideias contrárias às do maior número" (FERREIRA, 1994, p. 11).

A dimensão numérica da expressão é exatamente o que a afastaria dos objetivos dessa busca de uma definição aqui empreendida, pois é evidente que determinados grupos subalternizados e inferiorizados em seus direitos estão longe de serem pouco numerosos, considerando o número de indivíduos que os compõem.

Observe-se o caso das mulheres, que não são minoría na população mundial e têm, frequentemente, seus direitos violados em vários países, de diferentes culturas. Sem falar no caso dos idosos, que já constituíam, em 1998, cerca de 10% da população mundial, já eram 600 milhões em 2002, projetando-se que cheguem a dois bilhões em 2050 e, nem por isso, alcançaram o reconhecimento como grupo com características e necessidades próprias. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003, p. 27).

Exemplo histórico da imprecisão do critério numérico para a definição de minoría foi o *apartheid*, constatado na ainda recente história da África do Sul, no qual uma maioria negra era subalternizada e alijada por uma minoría branca. Assim, a vulnerabilidade estava presente justamente naquele grupo de maior predominância numérica, o que está, a olhos vistos, fora do conceito de vulnerabilidade passível de ser encerrado na expressão minoría. Tal contrassenso já desqualifica e demonstra a fragilidade do critério numérico como instrumento de distinção dos grupos vulneráveis ou como critério útil na construção de uma definição do que vem a ser minoría.

Por outro lado, há aqueles que defendem que tais observações acerca de imprecisão do critério numérico sequer fazem sentido, pois é obvio que a condição de minoría à qual se refere a expressão tem uma conotação política, que equivale ao mesmo que não dominância, assim esclarece Baylão, ao mesmo tempo em que já fornece elementos para um conceito operacional de minorias:

O conceito de minorias que será desenvolvido aqui, como se infere das seções anteriores, não é numérico, ou seja, não pretende revelar uma relação numérica entre os números de elementos de grupos de uma dada sociedade; pelo contrário, em

muitos casos os grupos considerados minoritários poderão constituir-se em uma maioria numérica. A definição baseia-se, então, nas relações de violência econômica, simbólica e material que se estabelecem, historicamente, entre dois grupos, relações estas que caracterizarão a opressão de um grupo por outro. Assim, os termos “maioria” e “minoría” descrevem em última análise, uma situação de distribuição desigual de poder político entre grupos sociais distintos que coexistem dentro de uma mesma unidade política – um país ou uma parte de um país. (BAYLÃO, 2001, p.220)

Dentre os critérios utilizados na busca de uma definição, têm sido mencionados aqueles propostos por Francesco Capotorti, relator especial para a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, em 1977, autor de estudo muito referido acerca do tema, para quem um conceito de minoria poderia ser assim delimitado:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, numa posição de não dominância, cujos membros, sendo oriundos do Estado, e possuindo características étnicas, religiosas ou lingüísticas, diferentes do resto da população, mostram, ainda que implicitamente, um senso de solidariedade dirigido em direção a preservar sua cultura, tradições, religião ou idioma.³⁸ (CAPOTORTI apud WUCHER, 2000, p.78, tradução nossa)

Fica demonstrado que o autor enumera como elementos definidores de uma minoria: o elemento numérico, que se encontra absolutamente desqualificado pela sua demonstrada insuficiência; o elemento da não dominância, consistente na subalternização política do grupo; o elemento de cidadania, ou seja, o vínculo a um Estado Nacional, e o elemento de solidariedade, com vistas à preservação de sua cultura, tradições, religiões, idioma, enfim, de seu particular modo de vida.

O terceiro elemento é um dos mais polêmicos, pois diz respeito ao pertencimento do grupo a um Estado Nacional, isto é, o grupo, para ser entendido como minoria, deve, no momento de reivindicar seu reconhecimento e sua identidade, ostentar uma cidadania e estar, portanto, ligado a um Estado Nacional.³⁹

³⁸ “A group numerically inferior to the rest of population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, even if only implicitly, a sense of solidarity towards preserving their culture, traditions, religion or language”

³⁹ Paradoxal ligar um conceito de minorias ao pertencimento a um Estado Nacional, a discussão estabelecida antes de 1992, dizia respeito mesmo aos grandes contingentes de migrantes de uma mesma origem, instalados em um dado país, aos refugiados e aos grupos étnicos não dominantes. A necessidade de definir o que é uma minoria advém exatamente da obrigação de proteger esses grupos e em última instância, os indivíduos, da violação de direitos que lhes obsta tudo, muitas vezes, até a cidadania. A exigência está presente na própria definição elaborada a partir da Declaração das Nações Unidas, o que é um contrassenso, sobretudo quando se

Por fim, o elemento da solidariedade e do preservacionismo cultural, formando então o elemento subjetivo da definição de minoria. Diz respeito ao autorreconhecimento do indivíduo como parte integrante do grupo, e não somente isso, significa ser reconhecido pelos demais como parte integrante da comunidade e ainda adotar uma atitude comissiva no sentido de se posicionar de forma solidária ao grupo e aos seus demais integrantes na busca da preservação de sua cultura e de sua peculiar forma de vida.

As dificuldades conceituais apresentam-se mais complexas quando se pensa em determinar se as expressões “minorias” e “grupos vulneráveis” seriam ou não sinônimas, ou ainda, se a primeira seria gênero do qual seria espécie a segunda.

Tais conceitos ainda encerram bastante confusão. Élica Seguin (2002) opta em seu trabalho por não considerar distinções entre os dois, entretanto, ainda assim, registra que há aqueles que dizem que as primeiras seriam identificadas em razão da situação de não dominância que experimentam no país onde vivem; já os grupos vulneráveis estariam não submetidos ao critério numérico, uma vez que podem perfazer grandes contingentes humanos, mas seriam caracterizados pela situação de destituição de poder e de desvantagem social, guardando, todavia, a cidadania e demais elementos que, se ausentes, poderiam transformá-los em minoria.

Segundo Seguin (2002), há também quem afirme que o ponto de distinção se concentra no fato da minoria guardar uma identidade enquanto grupo e uma consciência de sua situação de não dominância e desvantagem social, ao passo que, no grupo vulnerável, tem-se um indivíduo singularmente considerado que sequer tem a consciência de que é discriminado e de que têm direitos violados.

Entende-se, portanto, que é evidente a dificuldade de se aplicar todos ou mesmo alguns dos elementos da distinção proposta a todos os grupos que demandam reconhecimento de suas necessidades especiais e de afirmação de seus direitos. Alguns dos elementos se aplicam a uma determinada minoria étnica ou cultural, já à outra não,

pensa em minorias étnicas, pois se sabe que elas existem e se estabelecem dentro de um âmbito nacional, todavia, ao mesmo tempo, podem existir e sobreviver além dessa fronteira territorial ou legal.

Akermark (1996) registra a crítica daqueles que dizem que a dificuldade em estabelecer a definição de “minorias” diz respeito exatamente à dificuldade que se tem de tratar do tema da defesa de direitos dessas pessoas e grupos, muitas vezes buscando adiar a questão, também salienta a importância da definição de Capotorti, em 1977, colocando-a como um primeiro passo para a definição formal do direito das minorias, ao mesmo tempo em que registra posições de autores que criticam a vinculação dos direitos das minorias ao pertencimento a um Estado Nacional. Por fim, define minoria como “um grupo institucionalizado e não dominante que se compartilha uma distinta identidade cultural que se deseja preservar” (AKERMARK, 1996, p.96, tradução nossa) afastando-se, portanto, da exigência de um vínculo nacional.

aliás, diga-se que o próprio conceito de minoria étnica nacional não é muito concreto, como observa Brian Barry (apud VITA, 2002)⁴⁰, muito menos o conceito de “grupo vulnerável”, de que se observa estar o tempo todo imbricado com o de minoria, parecendo apontar a possibilidade de que não perfaçam realidades distintas.

Cada minoria ou cada grupo vulnerável, possui suas próprias características, o que, evidentemente, como já destacado no início da busca por uma definição, dificulta o trabalho.

No presente trabalho, com vistas a superar o problema de definição encontrado, opta-se por não fazer qualquer distinção entre minorias e grupos vulneráveis considerando, dessa forma, que sejam expressões sinônimas a significar “todos os grupos sociais considerados inferiores e contra quem existe discriminação” (KOSOVSKY, 1991, p.85).

Na construção de um conceito operacional de minorias, Baylão (2001) desenvolve argumentação que se presta aos objetivos aqui pretendidos. Partindo da adoção de uma perspectiva sociológica conflitual⁴¹, o autor, valendo-se de categorias habermasianas, distingue as interações sociais como aquelas que se baseiam em ações comunicativas (que visam o entendimento racional) e aquelas que se baseiam em ações estratégicas, as quais visam à competição pelo poder. Estas últimas, quando visam à satisfação de um grupo ou de um indivíduo em particular, implicam no estabelecimento de relações de violência entre os atores. As relações de violência nas sociedades modernas, dotadas de uma grande assimetria

⁴⁰ O autor questiona se os negros descendentes de escravos nas sociedades pós-coloniais, como é o caso do Brasil e dos EUA, seriam minorias étnicas ou culturais, concluindo que não são nem uma nem outra. Considerando que as minorias étnicas são normalmente formadas por imigrantes que se estabelecem dentro das fronteiras de um outro Estado Nacional e mantém a sua vida cultural, seus costumes e diferenças. Exemplo: os latinos que vivem nos EUA em suas próprias comunidades; já as minorias nacionais dizem respeito a civilizações que já existiam naquele território no momento da formação de um determinado estado nacional e nele foram englobados, a exemplo os indígenas no Brasil e os “chicanos” (populações mexicanas que permanecerem vivendo nos territórios mexicanos que foram apropriados pelos EUA).

⁴¹ Esta perspectiva sociológica será tratada mais adiante especificamente em seu enfoque criminológico, ao se demonstrar como a criminologia social já trazia em suas formulações a ideia da existência de grupos vulnerabilizados como destinatários do controle social. Por ora, interessa lembrar que se trata de um pensamento sociológico oposto ao estrutural funcionalismo de Émile Durkheim e Talcott Parsons, que encontra suas primeiras enunciações nos trabalhos de Karl Marx e que segue sendo reelaborado por outros estudiosos modernos, dentre os quais C. Wright Mills, Ralf Dahrendorf, Jürgen Habermas, entre muitos outros. Tem como premissas básicas: a) as sociedades modernas tendem naturalmente para o conflito o qual faz parte de suas estruturas, uma vez que os recursos materiais e o poder são distribuídos de forma desigual, o que implica no fato de grupos distintos terem interesses diversos e conflitantes; b) os grupos competem e têm força política diferenciadas, um deles torna-se dominante. Esse grupo dominante lança mão de seu poder para que a estrutura social opere em seu benefício, como consequência, controla, desproporcionalmente também os recursos materiais, mas os recursos simbólicos tais como consideração e *status* social; c) o consenso, nessa perspectiva de sociedade é artificial e transitório, pois se funda na coerção e repressão exercidas pelo grupo dominante contra os subalternos, fazendo-os aceitar ideologias e práticas que não refletem os seus interesses; d) o conflito, e sua exteriorização, são desejáveis na sociedade pois ele torna possível as mudanças sociais que podem levar a uma distribuição mais equitativa de riqueza e de poder (BARATTA, 2002; GIDDENS, 2001; TEBCHERANI, 2001).

de poder, são uma constante, uma vez que acontecem tanto nos interstícios do sistema normativo, quanto também em sua presença.

Nesse sentido, as relações de violência seriam todas as relações sociais caracterizadas por uma imposição realizada por um indivíduo ou grupo social a um outro indivíduo ou grupo social, contra a sua vontade ou natureza. Podem assumir a forma de violência econômica, violência material ou violência simbólica⁴² consistente na imposição de valores culturais ou ideológicos, campos onde se situam os preconceitos e as discriminações.

Dessa forma, ainda segundo Baylão (2001), a existência de relações de violência que se dá em um cenário de assimetria de poder entre os atores sociais, que se tornam recorrentes e tendem a se perpetuar no caso de se manterem as condições das quais elas se originaram, determina a existência dos “grupos sociais oprimidos”, que seriam: as classes sociais subordinadas - cuja existência faz parte da própria estrutura das sociedades modernas, a respeito das quais a superação da opressão somente poderia se dar desde uma transformação radical da estrutura social -; e, as minorias, que seriam os grupos socialmente oprimidos para os quais a eliminação das relações de violência a que são submetidos não redundaria, necessariamente, em uma transformação que repercutisse nos limites estruturais da sociedade. A gênese da condição de subalternização tem como causa um fenômeno específico (gênero, raça, etnia e etc.) distinto de uma perspectiva material ligada à existência de classes.

Minorias ou grupos vulneráveis seriam os grupos que, dentro de uma determinada estrutura social, se distinguem de outro grupo majoritário, seja pelo gênero, pela orientação sexual, pela etnia, pela religião ou outros fatores e, a respeito dos quais, esta distinção original

⁴² O adjetivo aqui e no presente capítulo tem uma conotação compatível com as elaborações de autores que entendem a estrutura social como simbólica, ou seja, como um conjunto de significantes em relação de oposição. Entendido esse sistema simbólico como aquele em que há uma descontinuidade entre significante e significado. O simbólico aqui, não teria distinção do ideológico. Confrontando este sistema simbólico com a questão do poder, poder-se-ia dizer que o sistema simbólico de uma sociedade - composto pela cultura, pela linguagem e tudo que por ela se acessa e reproduz - seria o veículo legitimador do sistema político. Referência nessa perspectiva social do simbólico é o pensamento de Pierre Bourdieu (2002), para quem existe um “poder simbólico” mediante o qual os grupos sociais dominantes são beneficiários de um capital simbólico, disseminando e reproduzindo, por meio das instituições e práticas sociais, os valores e ideologias que lhes possibilitam exercer o poder. Assim, não se pode nesse sentido, interpretar o adjetivo simbólico como oposto ao real. Quando se diz, por exemplo, nesse contexto, “violência simbólica”, ou “exclusão simbólica” não se está negando a existência dessa violência ou dessa exclusão, que é real e relevante mas afirmando que elas se perpetuam por meio de padrões culturais institucionalizados, e que manifestam na linguagem e nas práticas do cotidiano. Convém destacar essa acepção do termo “simbólico”, mencionada no segundo capítulo da primeira parte desse trabalho, ao se falar acerca da legislação simbólica, na perspectiva desenvolvida por Marcelo Neves (2011). Nesse sentido, ao se falar de “legislação simbólica”, faz-se menção àquelas legislações cujo sentido latente tem mais relevância ou repercussão que o manifesto, uma vez que a legislação, como toda produção humana de sentido, é simbólica, - no sentido atribuído na semiótica, em que o modo simbólico é descrito como uma modalidade de produção ou interpretação textual, na qual um elemento é visto como a projeção de uma porção, suficientemente imprecisa de conteúdo.

torna-se causa de suas posições subordinadas dentro da estrutura de poder, resultando em exclusão total ou parcial de participação da vida social, discriminação e preconceito.

Equivaleriam às “comunidades ambivalentes”,⁴³ de Nancy Fraser, coletividades ou segmentos sociais que podem sofrer tanto de uma injustiça material - ao não terem acesso aos recursos materiais necessários para uma existência digna -, quanto de uma injustiça cultural, por estarem excluídos por padrões culturais institucionalizados no quadro de referências daquilo que é valorizado e respeitado na sociedade.

Assim, no presente trabalho, considera-se minoria ou grupo vulnerável os segmentos que, em um cenário de disputa de poder, tendo como base as suas especificidades ou diferenças ante os demais, são subalternizados por meio de violência física e simbólica, sendo, em razão de mecanismos de exclusão, mais suscetíveis à violação de direitos e desrespeito.

Uma vez definidos quem são os grupos vulneráveis, pode-se afirmar que vulnerabilidade é a condição dos segmentos sociais que, em razão de uma determinada especificidade, são submetidos a uma situação de subalternização e exclusão social, que lhes impõe maior suscetibilidade de negação e violação de direitos.

A expressão “vulnerabilidade”, como se verá, foi acolhida no vocabulário do discurso de Direitos Humanos desde a constatação de que, no processo de universalização/efetivação dos direitos, alguns indivíduos e grupos acabavam “ficando para trás” na dinâmica crescente de reconhecimento de direitos e ampliação dos sujeitos, instaladas nas modernas sociedades e, simultaneamente, integrou-se às categorias trabalhadas pela Vitimologia que, em dado momento, fez coincidir o indivíduo vulnerável com a vítima e a vulnerabilidade com a vitimização.

Por fim, a noção de vulnerabilidade, embora não enunciada nestes termos nem incluída no seu repertório vocabular obrigatório no primeiro momento, adentrou aos muros da Criminologia a convite da sua vertente crítica, a qual identificou no paradigma dos Direitos Humanos uma perspectiva para elaboração de um programa coerente para a intervenção penal.

⁴³ *Two dimensional categories* (HONNETH; FRASER, 2003, p.16-26). O pensamento de Nancy Fraser será melhor examinado adiante, na parte III desse trabalho.

3.2 A NOÇÃO DE VULNERABILIDADE E SUA APROXIMAÇÃO DO DIREITO PENAL

3.2.1 Vulnerabilidade: uma Constatação no Processo de Consolidação e Afirmação de Direitos Humanos

Tanto a noção de vulnerabilidade que se plasmou ao longo do percurso em que se reconheceram os direitos do homem, quanto os seus reflexos no Direito Penal, estão relacionados com esforços para garantir a fruição desses mesmos direitos por todos e conferir efetividade às conquistas emancipatórias.

O segundo pós-guerra foi extremamente importante na consolidação e universalização dos Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, deixou clara a pretensão de que os direitos ali enunciados fossem reconhecidos como valores universais em todo o globo terrestre. Em seu primeiro artigo, a Declaração Universal anuncia que “todas as pessoas nascem livres e iguais”.

Ultrapassado o primeiro momento de afirmação da igualdade e de reafirmação dos direitos, já conhecidos no mundo por terem sido conquistas das revoluções burguesas, estes mesmos direitos passam a ser estendidos a uma série de sujeitos que, por ocasião das lutas da burguesia, não eram enxergados como tais. É assim, pois, que a Declaração Universal reconhece os direitos das mulheres, proíbe a escravidão, defende o direito dos estrangeiros, além de acrescentar novos direitos, de natureza econômica ou social e de natureza cultural. Estes novos direitos constituem-se não só em herança das lutas populares e das revoluções socialistas do século XX, mas também das experiências sociais democráticas e laboristas europeias e do cristianismo social (TOSI, 2002).

Esse processo de ampliação acaba por se materializar, não só como um alargamento da quantidade de direitos, mas também como um acréscimo em qualidade de direitos. Nesse curso de desenvolvimento, os Direitos Humanos se universalizaram, se multiplicaram e se especificaram em uma dinâmica que, na descrição de Bobbio, começa com a conversão desses direitos em direito positivo, passa pela sua generalização e internacionalização e termina com a sua multiplicação⁴⁴, em suas diversas manifestações.

⁴⁴ Para Bobbio, esse processo de multiplicação se dá de três maneiras: a) aumenta-se a quantidade de bens merecedores de tutela b) estende-se a titularidade dos direitos a sujeitos distintos do indivíduo, por exemplo,

Descrevendo a dinâmica de gradativa ampliação dos direitos do homem à mesma maneira que Bobbio, Tosi exemplifica como se deram tais processos ilustrando-os e distinguindo-os:

Universalização – em 1948, os Estados que aderiram à Declaração Universal da ONU eram somente 48; hoje atingem quase a totalidade das nações, isto é, 184 dos 191 membros da comunidade internacional. Inicia-se, assim, um processo pelo qual os indivíduos estão se transformando, de cidadãos de um Estado, em cidadãos do mundo.

Multiplicação – nos últimos cinquenta anos, a ONU promoveu várias conferências específicas, que aumentaram a quantidade de bens que precisavam ser defendidos: a natureza e o meio ambiente, a identidade cultural dos povos e das minorias, o direito à comunicação e à imagem.

Diversificação – as Nações Unidas também definiram melhor quais eram os sujeitos titulares de direitos. A pessoa não foi mais considerada de maneira abstrata e genérica, mas na sua especificidade e nas suas diferentes formas de ser: homem, mulher, criança, idoso, doente, homossexual. (TOSI, 2002, p.34-35, negrito do autor)

A última modalidade, chamada por Bobbio de especificação, conforme a base de onde surge a ideia de vulnerabilidade no discurso de Direitos Humanos, porque é com fundamento nesse processo que, pela primeira vez, se coloca como um direito o reconhecimento das especificidades do ser humano:

Assim, com relação ao abstrato sujeito “homem”, que já encontrara uma primeira especificação no “cidadão” (no sentido de que poderiam ser atribuídos ao cidadão novos direitos com relação ao homem em geral), fez-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão?

Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais e etc. (BOBBIO, 2004, p.79).

Todas essas mudanças permitiram que ganhassem visibilidade os direitos das mulheres, das crianças, dos idosos, das pessoas com deficiência e das chamadas “minorias étnicas”. O processo de ampliação dos direitos acabou por conformar o que se chamou de

fala-se em direitos da família, das minorias étnicas e de toda a humanidade e c) o homem deixa de ser considerado de forma genérica para ser considerado em suas diferentes maneiras de ser (2002, p.83). Assim, na perspectiva desse autor, a especificação seria uma das modalidades do processo de multiplicação dos Direitos Humanos.

“gerações de direitos”, desde a formulação inicial de T. H. Marshall (1976), que tem sido aproveitada por diversos autores⁴⁵ para significar a forma como, nas modernas sociedades, gradativamente se agregam novos direitos ao núcleo essencial dos direitos liberais, acompanhando o curso da “consciência moral” da humanidade, no dizer de Bobbio (2004).

Considerando ainda o grande impulso dado ao reconhecimento dos Direitos Humanos no período posterior a 2º Guerra Mundial, é relevante também lembrar que uma série de conferências temáticas passou a explicitar a preocupação de levar em conta as especificidades para alcançar a sua efetividade e a pretensão de igualdade de direitos, de oportunidades e de dignidade que cabe a cada indivíduo. Também resultaram dessa mobilização, um grande número de Convenções, Protocolos e outros documentos internacionais voltados à proteção e promoção de direitos de grupos específicos. Muito enfaticamente colocava-se em curso mobilizações no sentido de, cada vez mais, especificar os direitos, com intuito de dotar-lhe de efetividade de fruição.

Por esta razão é que se estabelece nas décadas seguintes à proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, um movimento no sentido de nomear, identificar e distinguir os variados sujeitos titulares dos Direitos Humanos, tendência cada vez mais forte a partir da década de 1970, e que atingiu grande relevância na década de 1990, quando o direito à diversidade foi, mais uma vez, expresso na importante Declaração dos Direitos das Pessoas pertencentes a minorias étnicas, religiosas e linguísticas, de 1992.

Entretanto, em meio a todas essas mobilizações para a consolidação dos Direitos Humanos observou-se que, mesmo sendo, de fato, a tendência da dinâmica das modernas sociedades a ampliação, esse processo não se dava da mesma maneira para todos os indivíduos e grupos sociais; alguns avançavam no processo, outros permaneciam em situação de estagnação e outros sequer começavam o percurso que conduz ao pleno reconhecimento de direitos e à cidadania.

Neste contexto, aflora a constatação da maior vulnerabilidade de alguns indivíduos e grupos, *prima facie* a vulnerabilidade seria exatamente a condição ou conjunto de condições

⁴⁵ Originalmente em “Cidadania, classe social e status” T. H. Marshall descreve como, na sociedade inglesa, reuniram-se as condições para, no século XVIII, serem consagrados os direitos civis, no século XIX os direitos políticos e na primeira metade do século XX os direitos sociais e econômicos (MARSHALL, 1976, p.57-114). A dinâmica da gradativa ampliação de direitos parece de fato, ter sido observada como a tendência das sociedades modernas, fazendo com que diversos autores aproveitassem a elaboração para descrições mais atuais dos processos de reconhecimento de direitos, seja chamando de gerações, seja chamando de dimensões, apresentando uma tipologia mais ampla ou mais restritiva. Ver BOBBIO (2004, p.66-97); COVRE (1991, p.11-15); LAFER (1998, p.125-133); BONAVIDES (1997, p.514-528) e SARLET (1998, p.46-58).

que determinam que o grupo, ou indivíduo, seja excluído do processo de ampliação e de efetivação de direitos, neste segundo caso pela violação de direitos enunciados, todavia, não verdadeiramente salvaguardados.

A noção primária de vulnerabilidade está relacionada à maior suscetibilidade de violação de direitos. Isto porque se constatou que a simples proclamação de direitos iguais a todos os homens não fora suficiente para modificação da realidade de subalternização e injustiça a que algumas pessoas são expostas, simplesmente por pertencerem a um dado grupo social ou por possuírem especificidades que os distinguem de uma maioria dominante.

Paradoxalmente, no momento em que se logrou o reconhecimento de direitos do homem em toda a sua especificidade e diversidade, também se verificou que esta mesma diversidade e especificidade, frequentemente, é utilizada como fator justificador de desigualdades e injustiças.

Na busca por diminuir a distância entre os direitos enunciados e a realidade imposta aos segmentos vulnerabilizados, passou-se a examinar a vulnerabilidade no contexto das interações sociais que são por ela reguladas, isto é, de que maneira a condição de uma especificidade física, étnica ou cultural pode determinar que a vida de um indivíduo esteja mais próxima ou mais distante daquilo que se denomina vida digna.

Foi assim que, na primeira década do presente século, com a constatação da limitação dos estudos sobre a pobreza e dos poucos resultados das políticas voltadas a sua redução nos países em desenvolvimento, buscou-se observar e abordar, de forma integral, não só a pobreza, mas também todas as formas de desvantagens sociais. Nesse contexto, uma série de estudos ligados a organismos internacionais⁴⁶ passam a desenvolver e apresentar a

⁴⁶ Estudos ligados à ONU e mais especificamente à sua Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL) e também ao Banco Mundial foram elaborados na busca de subsídios para a promoção de desenvolvimento humano na América Latina, pois havia-se constatado que não se tratava apenas de criar mecanismos para erradicar pobreza, mas garantir direitos, possibilidade de mobilidades social, participação e autonomia. Principiam os estudos acerca da “vulnerabilidade social” com os escritos de Caroline Moser (1996, 1998, 1999a, 1999b, 1999c), em que a autora, em sua pesquisa sobre estratégias de redução da pobreza urbana promovida pelo Banco Mundial, destaca a importância dos “ativos das famílias” como fatores determinantes para a vulnerabilidade social, indicando não se tratar apenas da questão de acesso a recursos materiais. Depois, uma geração de estudiosos na América Latina, todos tributários de Amartia Sen (2001; 2011) e de outros autores que orientaram suas investigações - não só nas condições de ingresso à pobreza, mas também nas complexas dimensões psicossociais, de autopercepção, de gênero, étnico-raciais e sobretudo, políticas das privações - desenvolveram estudos em que elaboraram um complexo discurso conceitual analítico da vulnerabilidade enquanto categoria instrumental para leitura da realidade social. Nesse sentido, Vignoli (2001) descreve a vulnerabilidade como a situação em que um conjunto de características, recursos e habilidades inerentes a um dado grupo social se revelam insuficientes ou inadequadas para lidar com o sistema de oportunidades oferecido pela sociedade de forma a permitir a ascensão a maiores níveis de bem-estar ou diminuir a probabilidade de deterioração das condições de vida de determinados atores sociais. Segundo ele, esta situação no plano estrutural

perspectiva da vulnerabilidade social, como categoria mais ampla, com aplicações mais adequadas que a noção de pobreza e que a noção de exclusão social para a interpretação da realidade social.

Nesse sentido, diz Gustavo Busso a respeito da noção de vulnerabilidade:

Um processo multidimensional resulta no risco ou probabilidade de um indivíduo, família ou comunidade ser magoado, ferido ou prejudicado ante a mudança ou a permanência de situações externas e / ou internas. A vulnerabilidade social dos indivíduos e grupos populacionais se expressa de várias maneiras: quer como a fragilidade e o desamparo ante as mudanças provocadas no meio ambiente; quer como a negligência institucional por parte do Estado, que não contribui para fortalecer ou cuidar sistematicamente seus cidadãos; quer como fraqueza interna para enfrentar concretamente as mudanças necessárias ao indivíduo ou família, para aproveitar o conjunto de oportunidades que se lhes apresenta; quer como a insegurança permanente que paralisa, incapacita e desestimula a possibilidade de pensar e agir com estratégias futuras para alcançar níveis mais elevados de bem estar.

[...] A noção de vulnerabilidade geralmente é acompanhada com vários adjetivos que definem o "a que" se é vulnerável. Desta forma, se pode encontrar uma crescente bibliografia que usa a noção em diferentes abordagens. As abordagens mais tradicionais tem se envolvido com questões relacionadas ao meio ambiente desastres econômicos, naturais e relacionados à saúde física e mental dos indivíduos. Nos últimos anos, tem se encontrado, embora com diferentes graus de sistematização teórica, trabalhos sobre vulnerabilidade social, psicossocial, jurídica, política, cultural, demográfica, entre outras. Nesse sentido, a vulnerabilidade é um conceito multidimensional, na medida em que afeta tanto aos indivíduos quanto também aos grupos e comunidades, em distintos planos do seu ser, de diferentes maneiras e com diferentes intensidades.⁴⁷ (BUSSO, 2001, p.08, tradução nossa)

se manifesta pela tendente mobilidade descendente e no plano subjetivo, na incerteza, invisibilidade e insegurança. Na mesma linha Filgueira (2001), que em seu enfoque da vulnerabilidade social que acomete indivíduos, lares e comunidades faz referência a três elementos que contribuem para a sua conformação: a) recursos materiais ou simbólicos, também chamados de ativos; b) estruturas de oportunidades dadas pelo mercado, pela sociedade e pelo Estado; c) o uso desses ativos; e Gustavo Busso (2001), para quem a mobilização desses três componentes se realiza mediante estratégias adaptativas, defensivas ou ofensivas à mudança no conjunto de oportunidades.

⁴⁷ Un proceso multidimensional que confluye en el riesgo o probabilidad del individuo, hogar o comunidades de ser herido, lesionado o dañado ante cambio o permanencia de situaciones externas y/o internas. La vulnerabilidad social de sujetos y colectivos de población se expresa de varias formas ya sea como fragilidad e indefensión ante cambios originados en el entorno, como desamparo institucional desde el Estado que no contribuye a fortalecer ni cuida sistemáticamente de sus ciudadanos; como debilidad interna para afrontar concretamente los cambios necesarios del individuo u hogar para aprovechar el conjunto de oportunidades que se le presenta; como inseguridad permanente que paraliza, incapacita e desmotiva la posibilidad de pensar estrategias y actuar a futuro para lograr mejores niveles de bienestar

[...] la noción de vulnerabilidad suele ser acompañada con diversos adjetivos que delimitan el "a que" se es vulnerable. De este modo, puede encontrar-se una creciente bibliografía que utiliza la noción desde diversos enfoques. El uso más tradicional ha tenido relación con enfoques vinculados a temas económicos, ambientales, desastres naturales y con la salud física y mental de individuos. En los últimos años se han encontrado, aunque con distintos grados de sistematización teórica, trabajos sobre vulnerabilidad social, psicossocial, jurídica, política, cultural, demográfica, entre otros. En este sentido, la vulnerabilidad es una noción multidimensional en la medida que afecta tanto a individuos, grupos y comunidades en distintos planos de su bienestar, de diversas formas y con diferentes intensidades

Foi com esse foco que se detectou que a vulnerabilidade encontra-se associada à noção de exclusão social, todavia transborda seus limites, na medida em que passa a ser observada como fenômeno social multidimensional. Neste sentido, encerra uma concepção que vai muito além da ideia de pobreza, na qual o que está em jogo é o acesso a bens materiais, reduzindo-se a algo que se dá na esfera do econômico. Ademais, a noção de vulnerabilidade traz o fenômeno da exclusão, observada de uma visada muito mais ampla, capaz de capturar em suas lentes não só a questão da falta de acesso aos bens necessários a uma vida digna, mas também outros processos como a desqualificação social, a desagregação identitária (GIDDENS, 2002), o prejuízo à intersubjetividade pelo desrespeito (HONNETH, 2003) e a anulação de alteridades.

A vulnerabilidade radica no mesmo substrato de onde afloram as dicotomias igualdade/desigualdades, igualdade/diferença e justiça/injustiça revelando, no caso dos segmentos vulnerabilizados, uma injustiça que não é somente material, mas simbólica (XIBERRAS, 1993), na medida em que os valores a eles relacionados não são reconhecidos e se encontram banidos do universo simbólico predominante, o que traz como resultados práticos a invisibilidade social, o desrespeito e a pouca consideração social destinada ao grupo.

Nasce do discurso de Direitos Humanos a denúncia da existência da vulnerabilidade como situação que aflige segmentos sociais, determinando-lhe precariedade material, fragilidade, ausência ou violação de direitos, e pouca estima social, ao mesmo tempo em que chama a atenção das Ciências Sociais, que a observam como uma manifestação de interações sociais excludentes, com profundas consequências para a dinâmica social, em que estão inseridos os atores a elas submetidos, implicando assim, não só na negativa de acesso a bens, mas também em prejuízos à autoestima de indivíduos e grupos, mediante processos intersubjetivos.

Deste modo, a vulnerabilidade passa a ser vista como o resultado negativo da relação entre recursos materiais ou simbólicos dos atores e o acesso às oportunidades sociais, o que se traduz em desvantagens para o seu desempenho ou mobilidade social (ABRAMOVAY, 2002).

Afastar as causas da vulnerabilidade social e minimizar-lhe as consequências passam a ser metas dos organismos internacionais de defesa de Direitos Humanos, sobretudo a partir da década de 1990 quando, de certa maneira, torna-se consenso a caracterização da

vulnerabilidade como uma situação de potencial e inequívoca violação de Direitos Humanos, e delineiam-se duas tendências de enfrentamento da questão a partir da perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como bem enuncia Piovesan:

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacam-se as duas estratégias: a) repressiva punitiva (que tem por objetivo punir, proibir a discriminação); b) promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade).

Na vertente repressiva punitiva, há a urgência de se erradicar todas as formas de discriminação. O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais econômicos e culturais. (PIOVESAN, 2005, p.48-49).

É justamente a leitura que alimenta a vertente repressivo-punitiva do discurso dos Direitos Humanos que enseja a aproximação da noção de vulnerabilidade social com o crime, isto é, os vulneráveis sociais passam a ser vistos como vítimas em potencial, de formas específicas de violência, determinadas pela sua própria condição de vulnerabilidade.

Essa forma de pensar é, ao mesmo tempo, capturada por algumas manifestações da mais recente Criminologia Crítica, as quais passam a identificar a violação de Direitos Humanos com o crime. Do encontro do discurso de Direitos Humanos com o ponto de vista largamente absorvido por uma significativa parcela da Criminologia Crítica contemporânea, efetuado no *locus* semântico da categoria vulnerabilidade, é que nasce o substrato ético a justificar o, aqui chamado, “Direito Penal dos vulneráveis”.

3.2.2 Vulnerabilidade e Vitimologia: o olhar voltado às vítimas, agregando significados e promovendo aproximação com o Direito Penal

É imperioso lembrar a importância da Vitimologia no percurso de construção da ideia de vulnerabilidade, sua aproximação com os Direitos Humanos e a relevância dessa contribuição para a compreensão das repercussões do conceito de vulnerabilidade e seus desdobramentos na produção legislativa penal contemporânea.

A Vitimologia, ciência surgida em meados do século passado com os trabalhos de Benjamin Mandelson, *The origins of Doctrine of Victimology*, de 1947, e de Hans Von Hentig, *The criminal and his victim*, de 1948, inicialmente foi associada ao estudo da vítima do crime e vista como parte da Criminologia.

Houve quem questionasse a sua autonomia como ciência⁴⁸, todavia, hodiernamente é entendida de forma transdisciplinar, não se restringindo em seu estudo às vítimas de crimes, mas a todas as pessoas que tenham os seus direitos violados. Possui um amplíssimo horizonte de estudo, como descreve Eduardo Mayr:

Hoje, pode-se afirmar que a Vitimologia tem por objeto de estudo à vítima, *lato sensu*, no que se refere à sua personalidade, quer do ponto de vista biológico, psicológico e social, quer de sua proteção social e jurídica, bem como os meios de vitimização, sua inter-relação com vitimizadores e aspectos disciplinares comparativos. Distingue-se hoje entre uma vitimologia em sentido estrito, ciência da vítima de um crime – e em sentido amplo – ciência da vítima, *tout court*. Tratar-se-ia de uma ciência interdisciplinar, de caráter psicológico, psiquiátrico, sociológico e jurídico, dirigida ao estudo das vítimas de crimes, de acidentes de diversas naturezas – até mesmo nucleares, do trabalho e de trânsito, bem como das vítimas da sociedade, dos seus grupos e representantes - como as minorias sexuais, doentes terminais, velhos e crianças e etc. (MAYR, 2002, p.236).

Em sua perspectiva mais atual, a Vitimologia caminha lado a lado com os Direitos Humanos, seguindo na mesma direção, qual seja a que persegue “o resgate da dignidade dos princípios fundamentais da pessoa humana, a lapidar a defesa de pessoas e comunidades, aquelas que convivem com a marginalização e exclusão de seus direitos fundamentais” (PIEDADE JUNIOR, 2000. p.01).

O conceito primeiro de vítima nos remete ao holocausto da religião judaica em que um animal é sacrificado ao “Deus de Abraão” como forma de demonstrar gratidão ou pedir a expiação de pecados (KOSOVSKY, 1990). Curiosamente, outro holocausto, desta feita o holocausto de milhares de judeus, colocado em curso pelo Estado Alemão Nazista, liderado por Hitler, está intimamente ligado aos fatos que ensejaram as reflexões propiciadoras do nascimento da Vitimologia enquanto campo específico de estudo. A observação que algumas pessoas nada fizeram para propiciar uma história de segregação e sofrimento, ocorrida naquele momento histórico, contribuiu para o início dos trabalhos da nova ciência (KOSOVSKI; SEGUIN, 2000), que resultaram na explicitação e elucidação da noção de vulnerabilidade, tal como aparece inicialmente, ligada aos fenômenos da negação, não efetivação e de violação de direitos, realidades muito mais amplas que o crime.

⁴⁸ Em verdade essas críticas eram muito mais frequentes no início dos trabalhos dessa disciplina. A discussão hoje perdeu importância. Na segunda metade do século passado, quando se mobilizam os seus estudiosos para consolidação de um novo campo de pesquisas, Luis Jimenez de Asúa foi um dos mais assíduos críticos da Vitimologia, ressaltando que ela carecia de um objeto de estudo, era uma disciplina sem identidade pois se ocupava de investigar o que já era investigado. Anitua registra que a Vitimologia surge dentro de um ambiente da “criminologia institucional”, como se costuma chamar o pensamento criminológico que à margem das vertentes sociológicas predominantemente norte-americanas, buscou se consolidar na década de 1950 e seguintes, pautado em uma herança positivista e centrado no estudo do autor do delito, embora com valores políticos atenuados por novas posturas emergentes no período pós Segunda Guerra. (ANITUA, p.551-568)

Entretanto, até se chegar a essa explicitação da vulnerabilidade, houve um percurso e uma transição conceitual na Vitimologia. Lola Aniyar de Castro registra como os primeiros tempos da Vitimologia eram os tempos dos “bons e dos maus, quase sem matizes” em que se dizia que as vítimas se amoldavam aos seus vitimizadores como “fechadura à chave” e que o delinqüente era arrastado pela sedução da vítima “como o lobo pelas ovelhas”; registra também, como as propostas dos estudos em Vitimologia eram as de redução de penas em razão da participação, geralmente inconsciente das vítimas, e da responsabilização das vítimas propiciadoras do delito, para ao final concluir que houve uma transformação:

Da criminologia positivista, a da paixão repressiva ou reeducativa, do Estado onipresente e exclusivista em seu monopólio da função punitiva, e totalmente centrada no delinqüente, passou-se à Criminologia Crítica ou do controle social – e até ao abolicionismo do sistema penal. E daquela vitimologia positivista passou-se para outra, que agora reclama não apenas justas pretensões indenizatórias, mas a presença da vítima como parte importante do processo penal, quando não sua absoluta primazia para dar início à dinâmica jurisdicional, ademais da tendência a facilitar a solução privada dos conflitos e a obrigação de lhe dar assistência psicológica e social. (ANIYAR DE CASTRO, 2007, p.188).

A respeito da transformação conceitual da Vitimologia, a própria Lola Aniyar de Castro, em seguida, anuncia-lhe a causa e a explicação:

Qual foi o motor dessas verdadeiras transformações copernicanas, verdadeiras revoluções intelectuais? A resposta só pode ser uma: o surgimento, com amplos poderes enraizados numa nova consciência coletiva, do conceito de Direitos Humanos. Esses subversivos Direitos Humanos, que o poder em geral via como suspeitos. (ANIYAR DE CASTRO, 2007, p.188).

Inegável a associação da transição de paradigma na Vitimologia com a sua aproximação com o discurso de Direitos Humanos. Esse encontro se deu na própria busca da Vitimologia pela definição de sua identidade e separação de seu campo de trabalho. É que, muito embora os trabalhos iniciais de Vitimologia, claramente positivistas, enfatizassem o estudo da vítima como a outra parte da chamada “dupla-criminal” e ligassem o novo campo de estudo às investigações relacionadas à “precipitação do delito” pela própria vítima, o que foi seriamente rechaçado pelo movimento feminista (OLIVEIRA, 1999), hoje já se tem mais aclarado qual o seu campo de trabalho, o que foi feito tomando-se por base os resultados de um acalorado debate acerca de qual seria, de fato, a sua missão.

Na busca de definir qual seria a sua tarefa, os vitimólogos precisaram, antes de tudo, determinar quem ou qual seria a vítima, objeto de sua investigação. Dividiam-se entre aqueles que entendiam que vítimas, para efeito do estudo vitimológico, seriam apenas os sujeitos passivos de crime, e os que acreditavam serem vítimas - objeto do estudo da Vitimologia -

todos aqueles que, de alguma forma, experimentassem sofrimento, incluídas as vítimas do crime, das catástrofes naturais, das doenças e de toda sorte de desventura. À primeira perspectiva, chamou-se criminológica, à segunda, universal.

Kirchhoff (1990) conclui, com base nas reflexões de Separovic, Neuman e Elias, que a vítima que interessa à Vitimologia, é toda aquela submetida a um sofrimento causado pelo homem, desde que este se constitua em uma violação de Direitos Humanos.⁴⁹ Tal enfoque coloca como equivalentes a violação de Direitos Humanos e crime e acaba, assim, por estabelecer uma aproximação entre Vitimologia e Direitos Humanos e uma coincidência entre as noções de grupos vulneráveis e vítimas.

A noção de vulnerabilidade exsurge pujante na Vitimologia. Pode-se reconhecê-la inscrita em classificações de vítimas como “vítimas vulneráveis”, “vítimas coletivas”, “vítimas da sociedade”⁵⁰ (KOSOVSKI, 1990), dentre outras, e encontra-se presente como questão pressuposta à própria definição do objeto da nova ciência, o porquê determinadas pessoas ou grupos parecerem ostentar uma condição de vítimas em potencial.

Também como resultado da aproximação dos Direitos Humanos da Vitimologia e da assunção da noção de vulnerabilidade como um dos fatores determinantes de vitimização, tem-se o desenvolvimento da categoria “macrovitimização” apresentada como sinônimo de ordem social injusta, como se verifica em Berinstain:

Mas aquém e mais além das infrações às leis, existe uma realidade social imponente, gigantesca, que não costumamos querer nem ver: a realidade das estruturas sociais injustas, que considero oportuno estigmatizar como macro-vitimizantes. Se tivéssemos tempo, reuniríamos alguns dados e informes sociológicos, nacionais e internacionais, indiciários da macro-vitimização no mundo e, especialmente, a inabarcável tragédia Norte-Sul que tem motivado, e motiva, o movimento em favor de uma nova ordem econômica internacional. (BERISTAIN, 1992, p.11).

⁴⁹ Separovic enfatiza as interações entre seres humanos no seu conceito de vítima, esta seria a pessoa a quem se inflige um sofrimento, que é ferida, ameaçada ou destruída por uma ação ou omissão de um ser humano ou de uma estrutura desenvolvida por outro ser humano. Neuman enfatiza que além das vítimas individuais, há as vítimas coletivas, da sociedade e do sistema legal, e denuncia a existência de “crimes não convencionais”, relacionados à realidade sociopolítica, à brutalidade dos arranjos sociais e à violação dos Direitos Humanos. Elias analisa, de maneira bastante clara, os paralelos entre a vitimização por criminosos comuns e a vitimização por violadores de Direitos Humanos; conclui que existem semelhanças marcantes nos conceitos teóricos e nos modelos de reação. Com base nessas constatações, Kirchhoff conclui: “a vitimização a qual Neuman se refere é a mesma de Separovic: as duas são produzidas pelo homem. As contribuições de Neuman e de Separovic confluem numa ‘Vitimologia de Violações dos Direitos Humanos’ produzidas pelo homem”. (KIRCHHOFF, 1990, p.178).

⁵⁰ Interessa notar como a descrição de algumas dessas categorias classificadas coincide exatamente com a noção de grupos vulneráveis. Mayr por exemplo, fala em “vítimas da sociedade” ou “do sistema social” em que estariam incluídos os menores abandonados, os enfermos, os inválidos doentes mentais, anciãos, marginalizados, minorias étnicas, raciais ou religiosas, homossexuais e etc. (MAYR, 2002, p.237).

No contexto da macrovitimização, Ester Kosovski (1991, 2001, 2002) apontará um novo conceito: as minorias, ou grupos vulneráveis como vítimas, o que, justamente com a ideia de vitimização pelo abuso de poder e pelo poder econômico, ampliam sobremaneira o âmbito da vitimação.

Além disso, o resgate da importância da vítima, não mais como corresponsável ou mesmo responsável pelo delito, mas como sujeito de direitos, carente de especial proteção em razão de sua condição, faz surgir “movimentos de defesa das vítimas” que se valem dos conhecimentos e do discurso da Vitimologia e dos Direitos Humanos para fundamentar suas posições práticas, como observa Kosovsky:

Este conhecimento, por sua vez, tem sido utilizado pelos movimentos de ação em defesa das vítimas e de evolução da aplicação da Justiça Penal. Especialmente valiosos têm sido os movimentos de defesa dos direitos da mulher, da criança e do adolescente, dos indígenas, dos condenados e de grupos especialmente vulneráveis em matéria de vitimização como as minorias e os excluídos. (KOSOSVKY, 2001, p.174-175)

A mesma autora observa que no interior desses “movimentos de defesa das vítimas” diversas vertentes ideológicas são acolhidas⁵¹, que vão desde a ideologia de atenção às vítimas e de exclusiva prevenção até ideologias exclusivamente retributivas em nome da vítima. Estas últimas assumem o papel de “vingadores de vítimas” e apostam na resposta punitiva como forma de fazer justiça e erradicar futuras vitimizações.

Destarte, Vitimologia e Direitos Humanos se encontram no significado da expressão vulnerabilidade. A ciência do estudo da vitimização e das vítimas contribuiu, não só para cristalização de uma noção de vulnerabilidade expressada, na verdade, em uma ampliação das significações atribuídas à vítima, mas também, para o surgimento da vertente expansionista penal aqui estudada, na medida em que as mobilizações decorrentes da repercussão de se trazer ao debate público a necessidade de atenção às vítimas, fizeram nascer em diversos países um movimento bastante coeso, voltado a sua assistência que, associado a outros movimentos sociais - como o movimento feminista, movimento de defesa de direitos de

⁵¹ A autora descreve: a) ideologia da atenção às vítimas - ressalta a necessidade da participação da comunidade para assistir a vítima a superar a situação gerada pelo vitimização; b) ideologia da reabilitação – orienta-se para a restituição e mediação, para, por meio delas, promover a reintegração da vítima à sociedade; c) ideologia da retribuição – priorizam em nome da vítima o uso do Direito Penal e da sanção como resposta ao delito; d) ideologia do Direito Penal mínimo – procura reduzir ao mínimo a via do Direito Penal, promovendo formas civis de composição e defendendo medidas de despenalização; e) ideologia abolicionista - propõe a abolição das prisões e do sistema de justiça penal f) ideologia da prevenção – acompanha em maior ou menor medida as outras ideologias concentra-se em ações de prevenção social (ações voltadas a atacar os profundos problemas sociais e superar discrepâncias e injustiças) , situacional (fatores geradores do delito) e comunitárias (dos dois tipos anteriores aplicadas no contexto comunitário). (KOSOVSKY, 2001, p.175-176)

crianças e adolescentes, dentre vários outros - tem defendido a elaboração das legislações penais específicas para determinados segmentos.

3.2.3 Vulnerabilidade e Criminologia: Os Pressupostos da Criminologia Social e a Mudança de Direção da Criminologia Crítica.

3.2.3.1 A Noção de Vulnerabilidade Implícita às Teorias da Sociologia Criminal.

A Criminologia também se apresenta como um campo de aproximação entre a ideia de vulnerabilidade e o Direito Penal. Manifestamente, não é na Criminologia de paradigma etiológico, com que foi inaugurada a então nova ciência, nascida no final do século XIX início do século XX, batizada nas águas da concepção positivista da ciência, que se pode achar indícios da noção de vulnerabilidade imiscuída no universo penal.

Nesse momento em que, para muitos, começa a surgir a Criminologia enquanto discurso autônomo, o vocabulário corrente era o da “periculosidade”. Eram os tempos das teorias patológicas da criminalidade, em que as elaborações eram baseadas nas diferenças físicas e psicológicas dos indivíduos. A questão era a diferenciação dos indivíduos “normais”, portanto não criminosos, daqueles que eram intrinsecamente diferentes, que possuíam em si, um dado clinicamente observável que lhes determinava a condição de criminoso.

A meta nesse momento era identificar as causas da diferença do homem delinquente, individualizá-las, desvendar os fatores determinantes para o comportamento criminoso para, ao final, extirpá-los por meio de uma série de práticas, que tinham como objetivo modificar o tal “homem delinquente”.

BARATTA (2002) chama a atenção para o fato de que o paradigma etiológico da Criminologia, ou seja, a ideia de que a sua tarefa é o estudo das causas do crime para individualizar as medidas necessárias para removê-lo, prevaleceu supremo durante bastante tempo. Mesmo os representantes da chamada Criminologia Social ou Sociologia Criminal, inicialmente, ainda insistiram nos estudos das causas e fatores da criminalidade, muito embora tenham abandonado os fatores biopsicológicos para se concentrar nos fatores sociais.

Somente os estudos do *labeling approach*, ou paradigma da reação social, ousaram colocar em cheque o paradigma etiológico e o correccionalismo, como sua intervenção prática. Por essa razão, os representantes dessa corrente de estudos criminológicos que

revolucionaram a Criminologia, ao buscarem fazer a reconstituição histórica dos antecedentes dessa ciência, preferem situá-los no âmbito da filosofia política liberal clássica da Europa, no século XVIII e primeira metade do século XIX, pois seus pressupostos eram absolutamente diferentes do determinismo positivista. Assim descreve Baratta:

De fato, a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito, e, também daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do Direito. Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo a Escola Clássica, do indivíduo normal. Em consequência, o Direito Penal e a pena eram considerados pela Escola Clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinquente, modificando-o, mas, sobretudo, como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime. Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram assinaladas pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade. (BARATTA, 2002, p. 31)

Como se vê, no momento em que centravam esforços na contestação da Criminologia Positivista, os representantes do novo paradigma criminológico da reação social, não obstante serem os pressupostos da Escola Clássica, muito diferentes daqueles que a caracterizavam, os revestiram de um novo significado, pois aquela passou a ser vista como dotada de um componente crítico, ao representar uma posição de radicalidade ante a prática penal do *ancient regime*, do mesmo modo que o novo paradigma da reação social também representava um momento de radicalidade, ao romper com a Criminologia Positivista e deslocar a atenção do estudo da criminalidade para o próprio Direito Penal, “fazendo de ambos objeto de uma crítica radical do ponto de vista sociológico e político” (BARATTA, 2002, p.32).

Em que pese a relevância de ambas as correntes de pensamento para a compreensão dos primórdios do pensamento criminológico, deixada de lado a controvérsia a respeito de quem seriam os pais da Criminologia⁵², importa aqui verificar que somente a análise da

⁵² Quando se reconhece a Escola Liberal Clássica como antecedente da Criminologia, toma-se como referência a Jeremy Bentham, na Inglaterra, Anselm Von Feuerbach, na Alemanha, Cesare Beccaria e a Escola Clássica do Direito Penal, da Itália. Já quando se reconhece a criminologia positivista como a primeira fase de desenvolvimento da Criminologia como ciência autônoma, parte-se de teorias desenvolvidas no final do século XIX e início do século XX, como Gabriel Tarde representando a Escola Sociológica francesa, Franz Von Liszt, representando a Escola Social alemã e sobretudo, a Escola Positiva Italiana, com Enrico Ferri, Reffaele Garófalo e Cesare Lombroso. Garcia - Pablos de Molina (2000) em sua obra “Criminologia”, outrora muito recomendada no Brasil para os estudos iniciais em Criminologia, analisando os primórdios da ciência criminológica, ao referir-

Criminologia produzida a partir da segunda metade da década de 1930 e início dos anos de 1940, pode ser útil para verificar a presença de uma possível “noção de vulnerabilidade”, no âmbito da Criminologia.

A vulnerabilidade dos indivíduos é algo que se dá ante a sua posição de pessoa suscetível à violação de direitos, sendo assim algo que se constitui em um fenômeno social. Somente a Criminologia produzida a partir de 1930 passou a incluir a sociedade no âmbito do esforço explicativo do crime. Daí porque, é a partir desse momento que se concentrará a observação.

Embora não se mencione a palavra “vulnerabilidade” nos escritos da chamada Criminologia Social ou Sociologia Jurídico Penal, como se costuma nominar aquelas variadas concepções desenvolvidas desde o final da década de 30 do século passado, que compõem um percurso rumo à superação do paradigma etiológico no estudo da criminalidade transmutando-o para um paradigma social, é possível observar que a noção de vulnerabilidade, muito embora no momento em que foram elaborados os estudos referidos jamais tivesse sido enunciada nos contornos em que hoje é conhecida, encontrava-se pressuposta, implícita e, como vetor de explicações, voltada em sentido contrário ao hodiernamente utilizado para expressão “grupos vulneráveis”.

É que a vulnerabilidade implícita nos estudos da Criminologia Social, e nas teorias da reação social, determinava quem seriam aqueles que adentrariam à categoria dos desviados, aqueles que seriam objeto da seletividade do Direito Penal. Na perspectiva do “Direito Penal dos vulneráveis”, como se exporá, ela determina quem é que, por sua especificidade e pela condição que dela advém, será vítima em potencial de específicas formas de violação, consideradas de peculiar gravidade, em razão de serem violações de Direitos Humanos.

se à produção da Escola Clássica do Direito fala em fase pré-científica e ressalta que a sua maior debilidade foi enxergar o crime como noção abstrata, que intentara abordar o crime sem se dedicar à pessoa do delinquente, por outro lado, reconhece exatamente no positivismo criminológico, o nascimento da criminologia, ao menos oficialmente quando menciona que com a *Scuola positiva* italiana principia a “fase científica” da Criminologia. Shecaira, por sua vez, registra a controvérsia acerca dos primórdios da Criminologia enquanto ciência autônoma e afirma a importância decisiva da Escola Clássica. Todavia esclarece que “clássicos e positivistas são as faces distintas da mesma moeda iluminista” e que foi “a busca de um método criminológico – ou discussões acerca deste” que fez nascer a Criminologia, que “não é produto de uma Escola ou pensamento”. Antes é “síntese de um século que fez acentuar um modelo de criminalidade e permitiu a criação de diferentes modelos explicativos dela” (SHECAIRA, 2008, p. 84).

Salo de Carvalho registra que a definição do estudioso da Criminologia acerca de qual seria o seu ponto de início (Iluminismo ou Positivismo), implica mesmo em uma opção ideológica manifestada da assunção de projetos que são díspares, e não meramente metodológica, pois a partir dela se assume uma Criminologia pela minimização ou pela potencialização da violência programada. Entretanto, o autor opta por visualizar o problema de fora, entendendo-o como uma “falsa questão, destinada a encobrir os efeitos práticos dessa cisão histórica” (CARVALHO, 2011, p.174).

Revisitando as formulações da chamada Criminologia Social, é possível detectar que já estes estudos parecem “apontar pistas” acerca da dimensão da vulnerabilidade ao definir o destinatário do Direito Penal como o indivíduo estigmatizado, pertencente a estratos sociais com menos chances e oportunidades de alcançar os fins, definidos culturalmente como sucesso, e pertencentes a grupos politicamente não dominantes.

A noção de vulnerabilidade está presente, embora não enunciada, nas elaborações das teorias das Subculturas, nas teorias da Reação Social ou *labeling approach* e nas Teorias Conflituais, colhidas aqui como ilustração de como, ao longo dos desenvolvimentos dados ao pensamento criminológico, a ideia de vulnerabilidade esteve implicitamente presente na descrição daqueles que seriam os destinatários do sistema penal.

Antes mesmo de tratar das concepções teóricas relacionadas ao estudo das subculturas como fator determinante para a criminalidade, convém lembrar alguns de seus antecedentes.

Émile Durkheim (2007), em 1897, já havia sido protagonista da virada sociológica efetuada pela Criminologia Contemporânea quando, com sua teoria estrutural-funcionalista, colocou o crime pela primeira vez inscrito no quadro dos fenômenos fisiológicos da sociedade. O crime é normal, afirmou Durkheim, ao deixar claro que não fazia sentido procurar as suas causas em fatores biopsicológicos dos indivíduos, nem tampouco encará-lo como uma situação patológica dentro da estrutura social. Somente quando ultrapassados certos limites, segundo Durkheim, é que o desvio passa a ser negativo para a existência da estrutura social, quando todo o sistema de regras perde o valor e o sentido, sendo necessário que um sistema de normas e regras o substitua, fazendo cessar a situação de “anomia”. Distante dessa situação anômica, o comportamento desviante da regra é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento de uma sociedade.

Tomando como ponto de partida as constatações de Émile Durkheim, Robert K. Merton, em 1938, com seu ensaio *Social Structure and anomie*, dá outros desenvolvimentos à teoria estrutural funcionalista, elaborando um modelo de explicação em que, como em Durkheim, o desvio é um produto da estrutura social, gerado da normalidade do seu funcionamento segundo as suas próprias regras. A novidade em Merton consiste em associar o desvio a uma possível contradição entre estrutura social e cultura. Como assim explicou, ainda, no início de seu trabalho:

Neste trabalho, será sugerido que certas fases da estrutura social geram as circunstâncias em que a violação dos códigos sociais constitui uma "resposta" normal. O esquema conceitual a ser delineado é projetado para fornecer uma

abordagem coerente e sistemática para o estudo das fontes sócio-culturais do comportamento desviante. Nossos principais objetivos residem na descoberta de como algumas estruturas sociais exercem uma pressão determinante sobre certos indivíduos na sociedade para se envolverem em condutas de inconformismo ao invés de conduta conformista. As muitas ramificações do esquema não podem ser discutidas, os problemas mencionados superam aqueles explicitamente tratados. Entre os elementos da estrutura social e cultural, dois são importantes para os nossos propósitos. Esses dois elementos são analiticamente separáveis, embora se fundam indissociavelmente em situações concretas. O primeiro consiste em metas culturalmente definidas, propósitos e interesses. É composto por um quadro de referência aspiracional. Essas metas são, mais ou menos, integradas e envolvem diferentes graus de prestígio e sentimento. Elas constituem uma componente base mas não a exclusiva; componente do que Linton apropriadamente chamou “projetos para viver em grupo”. Algumas dessas aspirações culturais estão relacionadas com o percurso original do homem, mas elas não são determinadas por ele. A segunda fase das estruturas sociais define regula e controla os modos aceitáveis de alcançar estes objetivos. Cada grupo social, invariavelmente a ele associa sua escala de fins desejados com regulação moral ou institucional de procedimentos permitidos e necessários para alcançar esses fins. Essas normas reguladoras e os imperativos morais não coincidem necessariamente com as normas técnicas ou de eficiência. Muitos procedimentos que do ponto de vista dos indivíduos em particular, seriam mais eficientes na obtenção de valor e desejado .v. g., esquemas ilícitos do estoque de petróleo, roubo, fraude são excluídos da área institucional de conduta permitida. A escolha de expedientes é limitada pelas normas institucionais.

Dizer que estes dois elementos, os objetivos culturais e normas institucionais operam em conjunto não quer dizer que a distância entre comportamentos alternativos e objetivos comportam uma relação constate entre essas duas variáveis. A ênfase em determinados objetivos pode variar, independentemente do grau de ênfase sobre os meios institucionais. Pode-se desenvolver uma relação desproporcional, praticamente uma ênfase exclusiva sobre o valor do objetivo específico, envolvendo uma relativamente fraca preocupação a respeito de quais seriam os modos institucionalmente adequados para atingir esses objetivos..⁵³ (MERTON, 1938, p.672-673, tradução nossa)

⁵³ “In this paper, it will be suggested that certain phases of social structure generate the circumstances in which infringement of social codes constitutes a normal “response”. The conceptual scheme to be outlined is designed to provide a coherent, systematic approach to the study of social-cultural sources of deviate behavior. Our primary aims lies in discovering how some social structures exert a definite pressure upon certain person in the society to engage in nonconformist rather than conformist conduct. The many ramifications of the scheme cannot all be discussed; the problems mentioned outnumber those explicitly treated.

Among the element of social and cultural structure, two are important for our purposes. These are analytically separable although they merge imperceptibly in concrete situations. The first consists of culturally defined goals, purposes and interests. It comprises a frame of aspirational reference. These goals are more or less integrated and involve varying degrees of prestige and sentiment. They constitute a basic, but, not the exclusive, component of what Linton aptly has called designs for group living. Some of these cultural aspirations are related to the original drive of man but they are not determined by them. The second phase of the social structures defines, regulates and controls the acceptable modes of achieving these goals. Every social group invariably couples its scale of desired ends with moral or institutional regulation of permissible and required procedures for attaining these ends. These regulatory norms and moral imperatives do not necessarily coincide with technical or efficiency norms. Many procedures which from the standpoint of particular individuals would be most efficient in securing desired value e. g., illicit oil-stock schemes, theft, fraud, are ruled out of the institutional area of permitted conduct. The choice of expedients is limited by the institutional norms.

To say that these two elements, cultural goals and institutional norms operate jointly is not to say that the ranges of alternative behaviors and aims bear some constant relations to one another. The emphasis upon certain goals may vary independently of the degree of emphasis upon institutional means. There may develop a disproportionate, at time, a virtually exclusive, stress upon the value of specific goal, involving relatively slight concern which the institutionally appropriate modes of attaining these goals”

É tomando como ponto de partida a relação entre as metas individuais e os fins institucionais, que Merton elabora um modelo de adequações individuais em que cinco possibilidades de comportamento se apresentam a partir de diferentes combinações entre os fatores “metas individuais” e “fins institucionais”⁵⁴. Para ele, em última instância, a desproporção entre os fins culturalmente reconhecidos e os meios legítimos disponíveis para alcançá-los é que está na origem dos comportamentos desviantes.

Interessa ver, como já aqui se apresentava o “desviado”, como alguém que teve oportunidades reduzidas ou que esteve em situação de desvantagem em confronto com outros indivíduos, o que se aproxima da ideia de vulnerabilidade social, em que existe um balanço com saldo negativo entre os recursos materiais e simbólicos dos atores e o acesso às oportunidades sociais, o que gera desvantagem para o seu desempenho no que tange ao desenvolvimento e à mobilidade social, conforme já tratado no presente trabalho.

Logo após a apresentação das ideias de Merton, em 1940, E. H. Sutherland, ainda aperfeiçoando as construções estruturais-funcionalistas, em alguma medida antecipa as teorias das subculturas ao afirmar, tomando por base, seus estudos específicos acerca da criminalidade do colarinho branco, que a criminalidade se aprende por meio de técnicas e contatos específicos (associações diferenciais). Este autor enfatiza não só os mecanismos de aprendizagem e os diferentes contatos entre grupos, mas também a relação entre estas diferenciações e as distinções entre os grupos sociais. (BARATTA, 2002).

É com a obra de Albert Cohen que as teorias das subculturas se apresentam como uma conciliação entre a anomia e a aprendizagem. O autor, em estudo referente às gangues juvenis, identifica que a estrutura social induz os adolescentes das classes trabalhadoras a não se adaptarem aos valores da cultura oficial e, além disso, faz surgir em suas subjetividades problemas de *status* e de autoconsideração, daí adviria uma subcultura carregada de “negativismo” e “hostilidade”, que propiciaria, aos que dela fizessem parte, justificar seus comportamentos como expressão de sua frustração (BARATTA, 2002, p.73)

Trata-se, nos escritos de Cohen, da integração das teorias funcionalistas com o conceito de subcultura (ANITUA, 2008). A noção de cultura herdada da tradição

⁵⁴O modelo de “adequação individual” influenciou outros autores que adotaram as categorias “comportamento conformista” ou “comportamento não conformista” entre outra. São cinco os padrões de adequação individual: Conformidade - uma resposta positiva tanto no que pertine aos fins culturalmente definidos quanto aos meios institucionais; inovação - corresponde à adesão aos fins culturais, sem o respeito aos meios institucionais; ritualismo - equivale ao respeito formal aos meios institucionais, sem a persecução dos fins culturais; apatia - corresponde à negação, tanto dos fins culturais quanto dos meios institucionais; rebelião - equivale não à simples negação, tanto dos fins culturais quanto dos meios institucionais, mas à afirmação substitutiva de fins alternativos mediante meios, também alternativos. (MERTON, 1938, p.676-681).

funcionalista está na base da explicação do surgimento de subculturas criminosas, estando presente em todas as teorias desse grupo:

A cultura é o conjunto de costumes, códigos morais e jurídicos de conduta, crenças, preconceitos etc. que as pessoas de uma comunidade compartilham e aprendem no convívio social. Sem dúvida, esses teóricos das subculturas acreditavam que, dentro da cultura geral, podem existir subgrupos que, embora se identificando em geral com esses valores fundamentais, distinguem-se delas em algumas questões relevantes. Conforma-se assim, uma subcultura. Quando essa subcultura valoriza ou dá desculpas para aquelas condutas que, para a cultura geral são delitivas, estamos diante de uma subcultura criminosa. (ANITUA, 2008, p.498)

Pode-se, resumidamente, dizer que as teorias das subculturas enunciam que os delitos não são expressão de uma atitude contrária a valores e as normas gerais, mas a consequência da existência de valores e normas específicas de grupos distintos que constituem uma sociedade plural.

Merecem registro como representantes dessa corrente de pensamento criminológico: Richard. A. Cloward e L. E. Ohlin, os quais apresentam uma teoria das subculturas criminais baseada na diversidade estrutural das chances de que dispõem os indivíduos de acessar os meios legítimos para alcançar as metas culturais, defendendo que a distribuição desigual dessas chances, conforme a estratificação social é a gênese das subculturas criminais; e Sykes e Matza, com suas elaborações referentes a técnicas de neutralização, que seriam formas de racionalização do comportamento desviante aprendidas e utilizadas paralelamente aos modelos de comportamento alternativos, de forma a neutralizar as normas e valores sociais da cultura dominante, autores para quem o indivíduo tornar-se delinquente não porque aprenda e assimile os valores da subcultura, mas porque apreende técnicas para neutralizar os valores da cultura dominante (BARATTA, 2002).

Procurando os indícios de uma noção de vulnerabilidade implicitamente inscrita vê-se que, da noção de cultura e, por via de consequência, da noção de subcultura criminal, pode-se verificar que as teorias das subculturas já mencionavam a existência de especificidades de grupos, as diferenciações sociais, o déficit de acesso a bens materiais, problemas de status e de autoconsideração, elementos presentes, como questões pressupostas ao atual conceito de vulnerabilidade.

As teorias das subculturas ao detectarem que no interior das modernas sociedades existe, além de um conjunto de regras e valores comuns, também valores e regras de grupos específicos, acabam por afirmar a estrutura pluralista e conflitual dessa mesma sociedade,

característica esta que se constitui em questão muito presente no contexto de onde afloram os questionamentos referentes à vulnerabilidade de indivíduos e grupos.

Ademais, denunciam que o Direito Penal não exprime um conjunto de regras comuns, aceitas unanimemente, mas seleciona - dentre os comportamentos alternativos - aqueles que podem adentrar ao sistema de regras oficiais; E isso se faz de acordo com os grupos sociais que atuam na construção da norma e na sua aplicação. Ao deixar claro que existe uma distância entre as regras e valores “oficiais” e as regras e valores “alternativos” existentes nos variados grupos sociais, parece-se ficar também claro que o Direito Penal tende a apresentar uma defasagem em relação a estas regras, por vezes acolhendo regras que somente fazem sentido em um dado grupo e são negadas pelos demais, ou acolhendo valores não mais relevantes para a sociedade, ou ainda se antecipando a ela, perseguindo condutas que ainda não causam tanta reprovação social.

As teorias chamadas de “Reação Social” ou *labelling approach*, que surgem na década de 1960, com suas distintas orientações sociológicas que deram origem a diferentes direções de pesquisa⁵⁵, radicalizaram ao trazer um novo paradigma para as pesquisas criminológicas. Muito embora já se fizesse Sociologia Criminal, ou seja, já se tivesse abandonado as explicações biopsicológicas, a motivação das indagações continuava ser as razões da criminalidade, a sua gênese e como enfrentá-la.

Tomando por base o legado das teorias das subculturas,- as quais deixaram claro que a maneira e os mecanismos que fazem com que um indivíduo adote um comportamento criminoso não diferem da maneira e dos mecanismos que fazem com que alguém adote um

⁵⁵ Os teóricos dessa corrente de pensamento criminológicos são vinculados a duas orientações sociológicas: o interacionismo simbólico inspirado em George H. Mead e a fenomenologia ou “etnometodologia” de Alfred Schutz, ambos americanos. Para os interacionistas a realidade social é construída por meio de inúmeras interações concretas entre os indivíduos, e um processo de definição, de “rotulação” é que confere um significado a cada um dos diversos tipos de interação, entretanto, esse significado inicialmente atribuído, se autonomiza, se desloca das situações concretas, e passa a estender-se se valendo da linguagem. Nessa perspectiva o crime é exatamente o comportamento rotulado como tal e a atribuição da condição de sujeito desviante (criminalização primária) acaba por gerar uma mudança decisiva na identidade social do indivíduo, a estigmatização que determina que ele permaneça no papel social ao qual o estigma criminal lhe reduziu. São representantes dessa linha de pesquisa: Howard Becker, Erving Goffman, E.M. Lemert, F. Sack entre outros. Para os fenomenologistas, a realidade social não é algo que pode ser conhecida no plano objetivo, porque produto de uma “construção social” que acontece por meio de processos de definição e tipificação protagonizados por indivíduos e grupos. Estudar a realidade social seria estudar esses processos, desde as interações sociais mais simples até as construções sociais mais complexas, portanto estudar o crime seria estudar de que forma se constrói socialmente a realidade do desvio e do desviado. São representantes dessa linha de pesquisa: P. Berger e T. Luckmann, A. Cicourel, H. Grafinkel entre outros. Também são herdeiros do paradigma do controle social os criminólogos da Sociologia do Conflito, estes por sua vez se preocuparam em responder de que forma se estabelece a relação de poder que define quem têm o poder de determinar o que é crime em uma dada sociedade. São referências básicas Lewis Coser e Ralf Darendorf, Georg Simmel. (BARATTA, 2002; ANITUA, 2008)

comportamento conforme a normas, e que a distinção desses dois comportamentos, para o Direito Penal, depende exclusivamente de uma definição legal, sendo irrelevante, por exemplo, se o tal comportamento é julgado como bom ou mal pelo seu agente.- pareceu claro para os teóricos da reação social que era necessário investigar a definição do delito e todas as suas implicações político-sociais, inclusas aí a construção do “delinquente” por meio da ação determinante das agências oficiais de controle estatal.

As direções de pesquisa tomadas pelos teóricos da reação social foram diversas, tais como o interacionismo simbólico, a fenomenologia e etnometodologia e a própria sociologia do conflito, esta última de especial relevância para efeito do que aqui se pretende demonstrar, todas elas com especial identidade e originalidade teórica, impossível de serem aqui reconstituídas, podendo se dizer, modestamente, que de uma forma geral estes autores se preocuparam em responder duas perguntas: a) Como se define o que é crime? b) Quem tem o poder de definir o que é crime?

Também de forma singela, mas suficiente, para as pretensões do presente trabalho, pode-se afirmar que, da resposta a essas duas perguntas resultou a constatação de que o crime e a condição de criminoso não são realidades ontológica, mas “bens negativos” socialmente construídos e atribuídos a certos indivíduos por aqueles que possuem o poder para tanto, ou seja, para elaborar e aplicar a lei penal, lançando mão de mecanismos seletivos, cuja estrutura e funcionamento são desenhados sob a preponderante influência da estratificação social e do antagonismo de grupos sociais.

Vê-se que, embora voltados a outros objetivos (a pesquisa a respeito de como se define o desvio e os efeitos dessa definição), os teóricos da “reação social” acabaram capturando em seus escritos os registros da vulnerabilidade de indivíduos e grupos, evidentemente, não enunciada nesse vocábulo, mas manifesta na constatação de que o grupo social a que o indivíduo pertence, ou de forma mais minudente, a identidade do indivíduo, suas especificidades étnicas, culturais e sua condição econômica determinam de que lado ele será colocado no momento de definir quem serão os indivíduos selecionados a ser objeto do controle penal e de que forma ele se dará.

Compartilhando com as teorias interacionistas o enfoque da reação social, também na década de 1960, as chamadas teorias conflituais concentraram esforços na resposta à pergunta acerca de quem detém o poder para protagonizar a definição de que condutas serão consideradas crime, e desenvolveram a partir dessa perspectiva contribuições marcadamente macrossociológicas ao elegerem o conflito como componente explicativo para os processos de criminalização.

Em apertada síntese, as teorias conflituais, naquilo que têm em comum, afirmam que os interesses que estão na base para a elaboração e para a aplicação das leis penais estão longe de ser os interesses de todos os cidadãos, antes, são os interesses daqueles grupos que têm o poder de influir sobre os processos de criminalização.

Dentre os muitos teóricos dessa vertente de pensamento criminológico, registra-se a posição de Ralf Darendorf (1958), por ter se oposto a “sociologia do equilíbrio” de Parson e Merton, e defender que era preciso uma revolução no raciocínio para entender exatamente o contrário do que estes dois autores elaboraram: conflito e mudança não são exceções nas sociedades modernas, eles fazem parte de sua estrutura. Para Darendorf, domínio engendra conflito que propicia mudança. O objeto do conflito nas sociedades capitalistas não é meramente a questão da propriedade dos bens materiais, são as relações de domínio político de alguns indivíduos e grupos sobre outros.

Merece ainda menção Coser, que enfatizou um caráter positivo do conflito ao defender que ele é funcional, pois não só propicia mudança, mas também a integração e a conservação do grupo social, ressaltando-se que nem todos os conflitos teriam essa natureza funcional; Aqueles que, por exemplo, fossem contrários às próprias bases, sobre as quais se constitui uma dada sociedade, não poderiam assim ser considerados; e, George Vold, que se concentrou na investigação do “poder de definição”. Para este autor, o criminoso é aquele que faz parte de um grupo “minoritário” que não possui representatividade política suficiente para controlar o poder de polícia do Estado quando este se volta contra seus membros, os processos de criminalização se definem, desse modo, por um critério político (BARATTA, 2002).

À parte a diversidade de formulações, as teorias conflituais têm como características: a noção de que o processo de criminalização antecede o próprio comportamento criminoso; a relação entre o processo de criminalização e a existência de grupos sociais em conflito e o caráter político da questão criminal. O indivíduo ou grupo criminalizado, como já dito, é aquele que não consegue uma posição de dominância política, esta, ressalte-se, é uma das características dos hoje chamados “grupos vulneráveis”.

As teorias aqui, sucintamente revisitadas, apontavam que o indivíduo criminalizado era aquele estigmatizado, com pouco acesso aos meios legítimos para alcançar os bens culturalmente definidos como relevantes, e provenientes de grupos politicamente subalternizados, o que encontra pontos de contato com a noção de vulnerabilidade adotada no presente trabalho, no qual é descrita como uma condição de maior suscetibilidade de violação de direitos, pouco acesso a bens materiais e exclusão social - esta última, em razão de não se

encontrar o sujeito representado no quadro de valorações simbolicamente positivas na sociedade - o que o incapacita para atuar em igualdade no palco das decisões políticas.

Isto posto vê-se que, embora ainda não houvesse uma formulação da ideia de vulnerabilidade como hoje se apresenta, as características que a definem, já haviam sido em certa medida, apreendidas pelas observações da Sociologia Criminal e, em diversas de suas teorizações, foi identificada exatamente como razão a determinar que sujeitos fossem objeto da seleção do sistema penal.

3.2.3.2 Criminologia Crítica: Crise e Mudança de Direção.

Para BARATTA (2002, p.159), é justamente com base na teoria do *labelling approach* e nas teorias do conflito que se efetua na Sociologia Criminal contemporânea, a passagem de uma Criminologia Social liberal para uma Criminologia Crítica. Esta por sua vez, marcadamente descendente da efervescência contestatória dos anos de 1960, de matriz marxista em suas principais manifestações, buscou elaborar uma teoria materialista do desvio a guiar uma política criminal alternativa, orientada pelos interesses das classes subalternas.

Em suas formulações, a Criminologia Crítica identifica que o Direito Penal é, por natureza, um direito desigual, e que aqueles que são alcançados pelo seu controle são recrutados das classes subalternizadas. Permanece a identificação daqueles que ostentam a condição de vulnerabilidade social (pouco acesso aos bens materiais e não reconhecimento social) com os destinatários da criminalização.

Assim resumiu Baratta em artigo “Criminologia Crítica e Política Criminal Alternativa”, quando defendia que as conclusões a que chegava a crítica ao Direito Penal eram exatamente opostas às premissas da ideologia da defesa social, fundada na ideia de Direito Penal como direito igual:

As proposições que sintetizam os resultados da crítica são exatamente opostas:

a) – O Direito Penal não defende todos e tão somente os bens nos quais têm interesse todos os cidadãos, e, quando penaliza as ofensas dos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) – A lei penal não é igual para todos, o status de criminoso aplica-se de modo desigual aos sujeitos, independentemente do dano social de suas ações e da gravidade das infrações à lei penal realizada por eles;

A crítica dirige-se, pois, ao mito do Direito Penal, como direito igualitário por excelência e mostra que o Direito Penal não é menos desigual que outros ramos do direito burguês e que, ao contrário do que aparenta, é, pelo contrário, direito desigual por excelência. (BARATTA, 1976, p.10)

René Van Swanningen (2000) chama de criminólogos críticos todos aqueles que, a partir do final dos anos de 1940 e início dos anos de 1950, encabeçaram movimentos contra um utilitarismo dominante, que deram lugar a “um renascimento ético e normativo orientado pelos valores críticos do poder” e que concentraram seus esforços em responder a questão de como deve se apresentar uma ordem legal e social justa.

Para este autor, em seu apogeu, a partir da década de 1960, a Criminologia Crítica europeia continental⁵⁶, foi fortemente influenciada pela teoria crítica social e política da Escola de Frankfurt e, também pelo trabalho dos pós-estruturalistas franceses, Althusser e Foucault, além de também acolherem uma tradição intelectual neomarxista italiana inspirada por Antonio Gramsci, o que, ao final das contas, em sua perspectiva, acabou gerando o abolicionismo (como conclusão das elaborações interacionistas que nunca deixaram de ser fortes na Europa) e o garantismo (para ele uma associação entre sociologia do conflito e filosofia jurídica, surgida na Criminologia Crítica italiana).

Na Inglaterra, por sua vez, o movimento criminológico crítico teve início com a dissidência de professores que resolveram deixar a reunião oficial que o Instituto de Criminologia de Cambridge promovia, para organizar um movimento crítico contra a criminologia institucional comprometida com o governo e com o Estado (ANITUA, 2008).

A “revolta contra a criminologia na Inglaterra” que ainda era voltada a explicar o desvio por uma perspectiva que enfatizasse uma explicação patológica, seja essa patologia social ou biológica, fora capitaneada por Laurie Taylor e Stanley Cohen, em 1968, com a formação da Conferência Nacional do Desvio (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p.1).

Em seguida, Paul Walton, Ian Taylor e Jock Young lançam, em 1973, a obra “A nova Criminologia”, em que os autores defendem que a Criminologia deve se comprometer com a abolição das desigualdades, a partir de uma perspectiva marxista. Tal proposta nos é apresentada em língua portuguesa no ensaio “Criminologia Crítica na Inglaterra - retrospecto

⁵⁶ O autor em seu texto “Reivindicando a La Criminologia Crítica: justicia social e tradición europea” refere-se a brincadeira a respeito da criminologia em que se diz que “é uma ciência de europeus mortos e americanos vivos” para resgatar a Criminologia Crítica europeia continental. Para ele muito embora a expressão Criminologia Crítica possa a princípio remeter a produção criminológica de língua inglesa da década de 60 em diante existe uma tradição crítica europeia continental. Identifica como “precursores europeus da Criminologia Crítica”: Colajanni, Merlino y Turati, que em tempos de prestígio das ideias lombrosianas criticaram a sua “cegueira de classe” manifestada em seu “homem atávico” que nada mais era do que o trabalhador do sul da Itália explorado nas indústrias do norte; menciona a “escola francesa ambientalista” como reação ao enfoque antropológico lombrosiano; Gustav Radbruch, também já exercia uma crítica ao Direito Penal e no início do século XX, Júlio Vargha e Teodor Reik como representantes de língua germânica e como representantes da Criminologia Crítica dos anos 50 os holandeses, Ger Kempe e Willem Nagel (VAN SWANNINGEN, 2000, p.233)

e perspectiva”, de Yan Taylor, Paul Walton e Jock Young (1980), no volume “Criminologia Crítica“, traduzido por Juarez Cirino e Sérgio Tancredo.

Nos EUA, Richard Quinney e Austin Turk podem ser considerados os primeiros criminólogos críticos. Na Alemanha, na Itália, nos países escandinavos e na América Latina também se desenvolveram perspectivas criminológicas críticas. Todas elas tinham em comum o desejo de uma ruptura com as instituições sociais de então e com sua maneira reduzida de observar os fenômenos sociais que afetam a questão criminal. Entretanto, o movimento era plúrimo e diverso, o que fez com que apresentasse sérias dificuldades de elaboração de um programa, como percebeu Anitua:

O termo “Criminologia Crítica”, inspirado na citada tradição da Escola de Frankfurt, começou nos anos Setenta a unificar várias posições distintas, que iam desde o interacionismo até o materialismo, e que se assemelhavam mais naquilo que criticavam do que naquilo que propunham. Foi essa a avaliação de Stanley Cohen em *Imagens do Desvio*, de 1972. Isso seria, sem dúvida, o maior inconveniente desse tipo de criminologia, assim, como o da maioria dos movimentos iniciados na complicada década de 1970. Se um determinado projeto sempre acarreta contradições e dificuldades, estas últimas se multiplicarão no caso da elaboração de uma “antiprojeto”, pois a forma especular recebe os problemas aos quais reflete e, além disso, os amplia. O projeto da “Criminologia Crítica” teve esse destino, o que levou alguns autores a pensar que a única maneira de ser realmente crítico era deixando de ser um criminólogo. (ANITUA, 2008, p.657)

Não tardou para que se começasse a falar de crise na Criminologia Crítica, algo já subjacente à sua própria pretensão de ser “crítica” (ANITUA, 2008, p.687). Houve quem levantasse a contradição entre ser marxista e ser criminólogo, uma vez que o delito e a criminologia nada mais eram que estratégias de que lançava mão a superestrutura para se perpetuar, de modo que um crítico radical não poderia ser criminólogo, porque, nesse sentido, a criminologia somente poderia ser conservadora. Apresentava assim um grande problema identitário de que sofria a Criminologia Crítica.

Nessa problemática ficou evidente que a Criminologia Crítica encontrava-se confusa quanto ao seu objeto. Dizia Baratta:

Não existe futuro para uma disciplina- a criminologia- que pretenda abarcar toda a dimensão comportamental da questão criminal, isto é, todas as situações problemáticas e de violações de direitos, toda a violência e todos os conflitos a que se referem àquela dimensão. (BARATTA, 1997, p.63)

Um profundo estado de incerteza acometeu a Criminologia Crítica, sendo muitos os fatores para a sua deslegitimação. Young e De Haan, enunciam algumas dessas razões da crise dentro do próprio movimento:

Como causas internas poderíamos ressaltar a alienação a respeito das raízes interacionistas, a crescente preponderância de recorrer a “cavalos de batalha” ideológicos e politicamente corretos, que nem sempre estão comprovados por análises empíricas sérias, a ignorância dos problemas sociais reais em áreas urbanas vulneráveis representadas pelo crime de rua e a perda gradual das perspectivas reestruturadoras e utópicas que tem levado a um “gueto” intelectual de pessimismo e impossibilismo.⁵⁷ (YOUNG; DE HAAN, apud VAN SWANNINGEN, 2000, p.238, tradução nossa)

Foi tamanho o desencanto com a Criminologia Crítica que se chegou a dizer: “Depois de ser símbolo de progressismo durante alguns anos, a Criminologia Crítica esta agora meramente representada pelo diletantismo acadêmico, testemunhando morais sombrias e debilidades políticas”.⁵⁸ (DE HAAN apud VAN SWANNINGEN, 2000, p.239, tradução nossa)

Ademais, tendo ampliado a discussão acerca da questão criminal a patamares jamais alcançados até então, a Criminologia Crítica, acabou sendo “vítima de seu próprio êxito” (VAN SWANNINGEN, 2000, p.239, tradução nossa), ao mesmo tempo em que consolidou a necessidade da ferramenta sociológica para a leitura da questão criminal. Essa mesma ferramenta passou a ser utilizada por aqueles que tinham objetivos políticos e sociais distintos daqueles que a introduziram. Assim, na década de 1980, muitas políticas criminais - as quais acabaram ampliando o poder punitivo estatal⁵⁹ -, se apresentaram justificadas pelos seus autores, tomando por base as críticas formuladas pelos representantes da Criminologia Crítica.

No cenário da chamada “crise da Criminologia Crítica” havia ainda outro ingrediente: o mundo havia mudado. Fatores externos pareciam determinar que muitos dos pressupostos do pensamento crítico em Criminologia haviam perdido o sentido. A crise da criminologia era a “crise do mundo” de uma forma geral. O fim do otimismo político dos

⁵⁷“Como causas internas podríamos señalar la alienación respecto de las raíces interaccionistas, la creciente preponderancia de recurrir a caballitos de batalla ideológicos e políticamente correctos que no siempre están fundamentados por análisis empíricos serios, la ignorancia de problemas sociales reales en areas urbanas vulnerables representadas por el delito de la calle, y la pérdida gradual de perspectivas re estructuradoras y utópicas que han llevado a un ghetto intelectual de negativismo e impossibilismo”

⁵⁸“Después de ser un símbolo de progresismo por unos años, la criminología critica está ahora meramente representada por el diletantismo académico, testimoniando morales sombrías e debilidades políticas”

⁵⁹Alguns temas que não eram objeto da preocupação do sistema punitivo passaram a ser incluídos, gerando novas criminalizações; é o caso da questão ambiental, do abuso sexual, da corrupção, das fraudes e da criminalidade econômica, temas que no dizer de Van Swanningen, foram incluídos da agenda dos “fortalecedores legais” (2000, p.239, tradução nossa). Além disso, algumas críticas feitas foram aproveitadas para justificar o poder punitivo, ao invés de limitá-lo. Por exemplo, a necessidade de atenção à vítima foi aproveitada, sobretudo nos EUA, para justificar para opor seus interesses aos dos acusados e para justificar aumento da repressividade (ANITUA, 2008).

anos de 1960, a falência do Estado de bem-estar social, e o conseqüente espaço para a ascensão de posturas mais conservadoras nos países centrais do capitalismo e uma grande incerteza, tanto nos países marginais quanto nos, então chamados, países de socialismo real, geravam um estado de perplexidade e ansiedade.

Em seguida, a queda do muro de Berlim e do regime soviético simbolicamente representaram a ruptura com as crenças, até então cultivadas. A constatação de que, mesmo existindo ideologias para a construção de um mundo melhor, essa tarefa talvez fosse bem mais complexa do que se havia imaginado, gerou em muitos criminólogos a postura de mera aceitação *status quo*, como única a ser tomada, uma vez que todos os discursos de reivindicação por boas e justas sociedades haviam se dissolvido.

Entretanto, alguns dos principais criminólogos críticos não ficaram alheios a tudo isso e buscaram elaborar alternativas viáveis para a recuperação de um programa legítimo a informar os objetivos da Criminologia. Em texto “Ripensando La Criminologia Crítica”, René Van Swanningen e Ian Taylor (1993) documentam as posições dos participantes da XX Conferência do “Grupo Europeu para o Estudo do desvio e do controle social” ocorrido em Pádua, em setembro de 1992, que tinha como tema a questão dos Direitos Humanos na Europa unificada. Segundo o registro mencionado, embora não se soubesse ao certo, naquele momento, os motivos da crise, parecia clara a necessidade de uma correção de rota para o pensamento criminológico progressista:

A Criminologia Crítica surgiu nos anos 70 como paradigma de oposição à forma dominante de criminologia administrativa. No entanto, dez anos mais tarde, depois de ter aberto o caminho para o modelo de pensamento alternativo, a Criminologia Crítica entrou em crise. Se isto é devido ao "fim da história", ao colapso dos regimes socialistas, à falência das várias metanarrativas ou ao triunfo absoluto do consumismo, é difícil dizer, o fato é que a Criminologia Crítica já não é capaz de acolher em seu próprio âmbito a sociedade pós-1984. Para voltar ao passo do tempo, a criminologia precisa de um repensar, precisa de uma revisão que leve ao abandono dos conceitos obsoletos contido em seu paradigma para uma reavaliação, ao invés daqueles conceitos positivos.⁶⁰ (TAYLOR; VAN SWANINGEN, 1993, p.197, tradução nossa).

⁶⁰“La criminologia critica è emersa negli anni' 70 come paradigma di opposizione alla forma dominante di criminologia amministrativa. E pur tuttavia, a dieci anni di distanza, dopo aver aperto la strada ad un modello alternativo di pensiero, la criminologia critica è entrata in crisi. Se questo sia dovuto alla “fine della storia”, al crollo dei regimi socialisti, al fallimento delle varie metanarrazioni o al trionfo assoluto del consumismo, è difficile dire; sta di fatto che la criminologia critica non è più in grado di accogliere nel proprio ambito la società post-1984. Per rimettersi al passo coi tempi, la criminologia ha bisogno di un ripensamento, di una revisione che induca all' abbandono dei concetti obsoleti contenuti nel paradigma e ad una rivalutazione, invece, di quelli positivi”

A Criminologia Crítica surgiu nos anos 70 como paradigma de oposição à forma dominante de criminologia administrativa. E no entanto, dez anos mais tarde depois de ter aberto o caminho para o modelo de pensamento alternativo, a Criminologia Crítica entrou em crise. Se isto é devido ao "fim da história", o colapso dos regimes socialistas à falência das várias metanarrativas ou triunfo absoluto do consumismo, é difícil dizer, o fato é que a Criminologia Crítica já não é capaz de acolher em seu próprio âmbito a sociedade pós-1984. Para voltar ao passo

Importa ressaltar a posição de Jonh Lea, já mencionada no presente trabalho, para quem “somente restava uma alternativa para o futuro da Criminologia Crítica: levar o crime a sério, em especial as violações de Direitos Humanos” (TAYLOR, VAN SAWANNINGEN, 1993, p.199. tradução nossa).

A tônica deixa de ser o rechaço às estruturas de poder articuladas para a manutenção das desigualdades intrínsecas à lógica capitalista, para ser a defesa dos Direitos Humanos. A absorção do discurso de Direitos Humanos em suas bases devolve à Criminologia Crítica a capacidade de continuar apontado a possibilidade de tratar a questão criminal com vistas à uma sociedade mais justa. Parece ter sido encontrado o elemento relegitimador da mobilização de um pensamento criminológico progressista.

Muitas foram as elaborações críticas que tomaram, como ponto central, a defesa dos Direitos Humanos, entre elas estão: Baratta, Ferrajolli e Zafaronni, Lola Aniyar de Castro dentre outros. Baratta (1985, 1993, 1997), por exemplo, deixa bem claro em seus escritos que os Direitos Humanos são o critério para definição de uma intervenção penal mínima e que estes nada mais são do que as reais necessidades das pessoas, necessidades estas, que são reprimidas gerando violência.

Para este autor, violência é igual à violação de Direitos Humanos, que é igual à injustiça social e mais que isso, o Direito Penal - nascido da modernidade - jamais cumpriu a função de debelar violências, antes as escondeu, como se depreende dos excertos:

Os Direitos Humanos constituem a projeção normativa, em termos do dever ser, das potencialidades supracitadas, ou seja, das necessidades reais. [...]
[...] A história dos povos e da sociedade apresenta-se como a história dos contínuos obstáculos encontrados neste caminho, a história da contínua violação dos Direitos Humanos, isto é, da permanente tentativa de se reprimir as necessidades reais das pessoas, dos grupos humanos e dos povos. (BARATTA, 1993, p.46-47)

A condição de validade e eficácia desse pacto social é a eliminação de violência pelo monopólio do uso legítimo da força por parte de um Estado imparcial. Em outros trabalhos, já havia mencionado que o direito da Modernidade, em vez de superar a violência, acabou por ocultá-la, excluindo do pacto os sujeitos vulneráveis, e tornando juridicamente invisíveis a desigualdade e a violência estrutural. (BARATTA, 1997, p.64, grifo nosso)

Impende ressaltar, todavia, que a posição de Jonh Lea, aqui sublinhada, difere destas últimas apresentadas, pois representa uma vertente das proposições da Criminologia Crítica pós-crise, que se apropriaram dos Direitos Humanos para, contraditoriamente, legitimarem a lógica retributiva utilitarista, contra qual haviam se insurgido os criminólogos críticos originais.

do tempo, a criminologia precisa de um repensar, de revisão que leve ao abandono de conceitos obsoletos, uma contida no paradigma e uma reavaliação, em vez daqueles positivos.

É exatamente nesta vertente da Criminologia Crítica que acontece uma virada conceitual acerca da vulnerabilidade: passam-se a identificar as violações de Direitos Humanos como crimes e, ao lado disso, defender novos processos de criminalização, em que aqueles segmentos, antes colocados como destinatários do movimento criminalizador, passam a ser enxergados como vítimas em potencial.

Nas produções teóricas da Sociologia Criminal, a vulnerabilidade era registrada como característica daqueles que seriam destinatários do controle penal. Desde a perspectiva do “crime levado a sério” em razão de ser violação de Direitos Humanos, a vulnerabilidade, torna-se a característica do indivíduo ou grupos merecedores de especial proteção pelo Direito Penal.

É assim que, por meio da Criminologia, se pode vislumbrar como os vulneráveis, isto é, aqueles excluídos, não só materialmente, mas também politicamente, outrora vistos exclusivamente como potenciais destinatários da persecução penal, passam agora a buscar no Direito Penal uma proteção de seus interesses; e vislumbra-se ainda, como considerando uma “reviravolta” da Criminologia Crítica, uma relevante parcela do pensamento progressista passa a defender os Direitos Humanos, servindo-se das estruturas de poder e de controle, antes apontadas como fontes de violações. Sai de cena a negativa às estruturas de poder, abrindo espaço para a vontade de servir-se delas mesmas.

PARTE III

CAPÍTULO III

O QUE QUEREM OS VULNERÁVEIS?

4 JUSTIÇA, IGUALDADE E RECONHECIMENTO: OS TERMOS DE UM DEBATE

Uma vez identificados quem de fato seriam os “vulneráveis” e em que consiste a sua condição de vulnerabilidade, faz-se necessário avançar mais na investigação acerca de um “Direito Penal dos vulneráveis”, agora perguntando sobre o porquê dessas demandas de criminalização específicas e sobre que espécies de mobilizações sociais estariam por trás desse Direito Penal.

Antes de ensaiar qualquer resposta a essa questão, é preciso enxergar que as demandas dos grupos vulneráveis, ou grupos minoritários, estão no centro de um grande e relevante debate acerca da justiça, da igualdade e do reconhecimento, o qual se constitui em uma das vertentes mais dinâmicas da filosofia e das ciências humanas na contemporaneidade.

Todos os questionamentos nessa seara advêm de uma pergunta inicial: quais os critérios para determinar o que é uma sociedade justa? O que seria fazer “justiça” nesse sentido? Sem entrar em detalhes, mas apenas para situar o terreno a partir do qual se buscará fazer uma leitura do “Direito Penal dos vulneráveis” (desde a perspectiva dos movimentos sociais que por ele propugnam), é preciso dizer que a discussão referida é a mesma da qual afloram as dicotomias igualdade/diferença, igualdade/desigualdade, universalismo/relativismo e liberalismo / comunitarismo, as quais se somou mais uma: reconhecimento/distribuição.

Duas correntes na filosofia política, ou teoria política, se apresentam nessa berlinda. De um lado, os autores “liberais⁶¹” que, embora nem sempre defendam os mesmos pontos de

⁶¹ Aqui se fala de todos os autores que, ainda que discordantes entre si, atuam no campo de discussão da teoria política normativa, cujo grande nome é Jonh Rawls (2003; 2008) que, com sua obra “Uma Teoria da Justiça”, reascende o debate na filosofia política e desenvolve um grande sistema argumentativo, que coloca a questão da justiça como uma concepção política a ser construída, tomando como base a noção de equidade a instruir as instituições de uma sociedade democrática e “bem ordenada”. Jonh Rawls desenvolve sua teoria tomando por base três premissas, quais sejam: a raridade dos recursos e bens da vida que são bem menores que a demanda; o pluralismo e as diferentes formas e concepções de vida, presentes em uma sociedade complexa como são as

vista, possuem em comum o fato de depositarem na justiça distributiva as qualidades necessárias para ser um dos critérios distintivos de uma sociedade justa, em contraposição com uma sociedade injusta; de outro, os autores comunitaristas⁶², que criticam os princípios individualistas que estão na base das argumentações liberais e defendem que os critérios de justiça precisam considerar o caráter social das identidades humanas, o que, em última instância, significa levar em conta as diferenças e especificidades, incluindo desse modo, na construção de uma “teoria da justiça”, os aspectos simbólicos e morais.

Sintetizando, poder-se-ia dizer quanto às objeções que cada vertente faz à outra, que os liberais não vêm com bons olhos a defesa de direitos de grupos e identidades, pois acreditam que esta perspectiva, além de poder gerar efeitos perniciosos - como a fragmentação social e a possibilidade de opressão de indivíduos isolados dentro de uma comunidade -, retira o foco da questão central quando se observa a desigualdade e subalternização dos chamados “grupos vulnerabilizados”: a falta de igualdade para todos como fundamento da desvantagem social que caracteriza a vulnerabilidade. Já os comunitaristas entendem que o olhar meramente distributivo é reducionista, pois é incapaz de enxergar as diferenças e, mais que isso, é incapaz de apreender as desigualdades que são injustamente produzidas e reproduzidas, fundadas na diferença. Esta, por sua vez, segundo os

sociedades modernas; e a razoabilidade ou “senso de justiça”, de que são dotados todos os membros de uma comunidade e recupera a teoria contratualista para quem a sociedade é fundada, tendo como ponto de partida um acordo entre seus membros acerca do modo justo de viver, o que se dá, na sua perspectiva na “posição originária”, em que os sujeitos abrem mão por meio do “véu da ignorância” de conhecer as diferenças e interesses conflitantes que pudessem orientar interesses individuais. Dessa simulação de imparcialidade por meio de procedimento para a construção de um consenso nascem os três princípios de justiça conforme John Rawls: o princípio da liberdade, o princípio da igualdade de oportunidades e o princípio da diferença. Com sua teoria da justiça Rawls dá novo fôlego ao debate na década de 1980 e uma série de outros autores, ainda que com elaborações distintas recuperam o tema da justiça distributiva e o significado da igualdade como critério de justiça. Nessa linha, embora com posições diversas, estão, Amartya Sen (2001; 2011), Ronald Dworkin (2011) e Brian Barry. Entre nós, Álvaro de Vita (2000; 2002; 2008) oferece em seu trabalho uma boa síntese acerca desse debate, notadamente da perspectiva do “liberalismo igualitário” como ele chama a posição teórica que defende que uma sociedade justa e democrática é aquela comprometida com a garantia dos direitos básicos iguais e uma parcela equitativa de recursos sociais e materiais escassos, tais como rendas, oportunidades educacionais e ocupacionais, a todos os seus cidadãos. Nesse sentido conforme demonstrado por VITA, à sociedade, como coletividade cabe a responsabilidade de dar forma a uma estrutura institucional que propicie direitos e oportunidades para todos. Já aos cidadãos individualmente considerados, competem decidir que uso farão de tais recursos em suas vidas. Não cabe ao Estado, segundo essa corrente, utilizar o seu poder coercitivo para promover formas de vida que sejam julgadas mais valiosas, mais corretas ou mais justas, uma vez, que, tais escolhas devem ficar a cargo do cidadão em exercício de sua individualidade.

⁶² Os comunitaristas têm em comum o fato de acreditarem que uma sociedade justa não é aquela em que os indivíduos têm acesso as mesmas coisas e bens que seus concidadãos, é porém, aquela em que os indivíduos experimentam o reconhecimento público de suas identidades. O reconhecimento seria, neste contexto, o elemento simbólico de mediação do “eu” individual e o “cidadão” que é grupal. Para os que pertencem a esta corrente, a preocupação de uma “justiça” voltada apenas para a redistribuição de bens escamoteia o fato de que muitas injustiças são de natureza moral e de que há situações em que malgrado exista uma certa igualdade distributiva, certos grupos possam se sentir discriminados ou subalternizados dentre outros. São autores comunitaristas: Taylor (1998; 2000), Sandel (1982) e Walzer (2003).

comunitaristas, é intrínseca ao gênero humano, sendo necessária a sua afirmação para a não descaracterização da subjetividade autêntica de cada indivíduo, as desigualdades é que são perniciosas. Não se trata somente de distribuição, as diferenças são tomadas como ponto de partida para processos de “gestão das diferenças” (SANTOS, 2006), que lançam mão de mecanismos de exclusão⁶³ e opressão.

Nas discussões da perspectiva comunitarista, frequentemente emerge a categoria “reconhecimento” como pressuposto de uma situação de justiça na medida em que, sendo fundamental para o processo de formação da identidade pessoal, não se pode falar em plenitude de desenvolvimento ao indivíduo privado de reconhecimento, razão pela qual - para os autores que desenvolvem uma teoria fundada nessa categoria - ele se constitui em um relevante critério para perquirição de quão justa pode ser uma sociedade.

Associa-se à ascensão do conceito de reconhecimento à emergência - desde a década de 1960 - de movimentos sociais que usavam os discursos de identidade como pauta e propaganda de suas mobilizações e ao enfraquecimento das teorias socialistas ante o colapso dos regimes políticos nelas fundados (as elaborações teóricas marxistas não percebiam a questão cultural senão desde a luta de classes), entretanto, as raízes teóricas que permitem ao reconhecimento ocupar, nos dias de hoje, a centralidade das discussões políticas, dizem respeito à própria construção social da modernidade e seus desdobramentos, como diagnosticou Neves:

⁶³ Acerca da “gestão das diferenças”, Boaventura de Souza Santos registra que “a desigualdade e a exclusão são dois sistemas de pertença hierarquizada; no sistema da desigualdades, a pertença dá-se pela integração subordinada enquanto que, no sistema da exclusão a pertença dá-se pela exclusão” (2006, p. 279), isto é, a desigualdade e a exclusão, no pensar do autor, são mecanismos por meio dos quais se determina o lugar social do indivíduo. No primeiro caso, a determinação desse lugar se dá pela sua integração de forma subordinada a uma relação desigual. Quem está embaixo nessa relação, está dentro do sistema por estar embaixo, e a sua presença é indispensável. Santos, utilizando como fonte teórica Marx, grande teórico da desigualdade na dimensão em que Santos a situa, menciona como exemplo o contrato de trabalho que, paradoxalmente, se sustenta na ideia de igualdade: o contrato pode ser celebrado em consonância com as ideias emancipatórias liberais, porque travado entre partes livres e iguais, ao menos do ponto de vista da retórica, todavia, encerra a desigualdade do capital/trabalho, traz a subalternização da força de trabalho, portanto uma desigualdade das partes baseada na exploração. Já a exclusão, por sua vez, deixa de ser um fenômeno sócio-econômico, como é a desigualdade, para ser sócio-cultural. Trata-se de um processo histórico através do qual uma cultura, por via do discurso de verdade, cria o interdito e rejeita. Assim, o sistema da exclusão assenta no essencialismo da diferença, seja ele a cientificação da normalidade e, portanto, do interdito, ou determinismo biológico de discriminação racial e sexual. Assim, para o sociólogo português, por vezes as diferenças, nessa “gestão”, são sufocadas, socialmente controladas por mecanismos que aliam ao mesmo tempo, não só a lógica da desigualdade, mas também a da exclusão. Para ele, “o racismo e o sexismo são, pois, dispositivos de hierarquização que combinam a desigualdade de Marx e a exclusão de Foucault” (SANTOS, 2006, p.281). Em síntese, para Boaventura de Souza Santos, a desigualdade e a exclusão social são formas modernas de “gestão das diferenças”, pautadas em sua regulação e não nos ideais de emancipação do homem anunciados na modernidade, o que se deu de forma mais dramática no “Novo Mundo” onde o ideário emancipatório tardou a repercutir, a exclusão e a desigualdade foram utilizadas como mecanismos de “subjugação do diferente” das outras culturas tidas como “não civilizadas”.

O interesse atual em torno das teorias do reconhecimento pode ser inserido no longo processo histórico da modernidade que, desde os seus primórdios elegeu a liberdade e a igualdade como alicerces da vida política. A hipótese de Tocqueville de que as sociedades modernas caminhavam de forma inelutável para o igualitarismo e para a democracia parece, assim, servir de fio condutor das transformações sociais, políticas e culturais dos últimos séculos. Assim, pode-se dizer que há uma linha de continuidade entre a ideia de liberdade, que esteve na base da constituição do Estado liberal democrático nos séculos XVII e XVIII, os princípios igualitaristas, que animaram as lutas sociais dos séculos XIX e XX pela expansão da cidadania das classes populares, e as demandas de reconhecimento social dos grupos que tentam mudar o imaginário sobre o lugar que ocupam na sociedade. (NEVES, 2005, p.82)

Nesse sentido, os reclamos da diferença em contraposição à igualdade universal de todos os homens, parecem ser algo inevitável, natural, propício de acontecer no processo de paulatina ampliação de direitos, que tem caracterizado a dinâmica política das sociedades modernas. Seria desse modo, mais um momento da “era dos direitos”.

O debate nesse sentido está longe de ter um fim, se o ponto distintivo entre uma sociedade justa e uma injusta é o reconhecimento destinado aos seus cidadãos, pertencentes aos mais diversos grupos e às distintas formas de vida, ou se reside na capacidade que tenha essa sociedade de propiciar a todos as mesmas oportunidades, ainda não se sabe por absoluta falta de um consenso a respeito, todavia, no plano prático, as reivindicações de reconhecimento e as demandas pela assunção, por parte do Estado, de políticas públicas que admitam as diferenças e as incorporem como dado relevante na busca de uma igualdade de oportunidades e tratamento ao final, surgem, a cada dia, o que indica que, no mínimo, as demandas por reconhecimento servem de catalisador para a mobilização dos atores sociais.

Tomando-se por base a noção de um *continuum* de ampliação de direitos e cidadania, pode-se dizer, ante as características das sociedades contemporâneas, que os vulneráveis querem justiça, traduzida na possibilidade de fruir uma existência digna e, na paisagem cultural por nós herdada da modernidade, isso pressuporia conquistas de igualdade. A questão é: igualdade de quê? Que significado prático tem essa igualdade? Igualdade de oportunidades? Igualdade de participação na esfera pública de decisões?

Enquanto de um lado basta a garantia efetiva de iguais oportunidades para usufruir de um “pacote básico” de bens da vida indispensáveis para uma existência minimamente digna, bens estes eleitos como indispensáveis para todos, e a desconsideração das diferenças é vista como o preço naturalmente pago pela construção de uma sociedade bem ordenada de homens livres e iguais; de outro, a justiça somente pode se concretizar se passar pela

consideração das diferenças na eleição daquilo que é relevante e importante para uma vida digna na perspectiva de cada grupo ou comunidade.

As demandas por criminalização específicas, nesse trabalho chamadas de “Direito Penal dos vulneráveis”, são invocadas em um contexto em que grupos perseguem poder político que propiciem o atendimento de suas necessidades reais, e a corrida pelo Direito Penal é vista como uma estratégia poderosa para chamar a atenção de toda a sociedade para as suas pautas políticas de reivindicação. Por essa razão é que se recorreu a três matrizes teóricas do reconhecimento⁶⁴, como aportes para uma interpretação do fenômeno expansionista penal, capazes de nos guiar na busca do desvelamento da natureza da mobilização social que propulsiona uma demanda por leis penais especiais fundadas na vulnerabilidade da vítima.

Olhar o Direito Penal pelas lentes do reconhecimento pode permitir, talvez, novas compreensões ao seu respeito, pois propicia redescobrir a sua principal característica: o fato de ser o mais humano dos ramos do Direito, no qual residem os dramas, a dor e as inquietações sociais, e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, ser o campo mais violento e coercitivo do sistema jurídico. Mirar as produções penais fundadas nas especificidades das vítimas, desde a perspectiva do reconhecimento intersubjetivo, permite que emergjam as contradições e coerências presentes no processo político de busca por esse Direito Penal.

Muito longe de procurar esgotar toda a análise do vasto, profundo e distinto pensamento dos três autores mais emblemáticos no campo de teorizações, que se convencionou chamar de “Teoria do Reconhecimento”, ou mesmo, reconstituir com fidelidade os riquíssimos debates provenientes de suas discordâncias, busca-se em verdade um vocabulário de consenso, um repertório de ideias que nos permita uma leitura do papel do Direito Penal em meio aos conturbados e crescentes protestos por igualdade e reclamos por diferença, típicos das complexas sociedades contemporâneas.

Nessa perspectiva, não se buscará aprofundar ou reconstituir os embates teóricos travados entre os autores, buscar-se-á o registro dos pontos convergentes e complementares, depreendidos da leitura de alguns dos trabalhos de Axel Honneth, Charles Taylor e Nancy Fraser, e os seus pontos de contato ou a sua potencialidade de diálogo com a noção de

⁶⁴ Os três autores nos quais se buscará fundamentação para análise que se empreenderá de agora por diante, muito embora sejam autores de fundamental relevância no cenário dos estudos da teoria do reconhecimento, não são os únicos a tratar do tema. Reduzir-se-á a abordagem a essa três matrizes teóricas em razão da limitação do presente trabalho cujo objetivo não passa pelo estudo profundo das teorias do reconhecimento, antes, tem a mais modesta pretensão de lançar mão do instrumental teórico do reconhecimento para a compreensão do tipo de mobilização social que precede uma demanda por criminalização. Sobre a temática pode-se ainda ver HABERMAS (1994), RICOUER (2004), KIMLICKA (2006) e YOUNG (2006)

vulnerabilidade que, como já se viu, serve de justificativa às reivindicações de um Direito Penal das vítimas especialmente vulneráveis.

Também se visitará a reflexão de Paul Ricoeur a respeito do reconhecimento. Muito embora destoe das três primeiras referências teóricas eleitas, por afastar-se de uma filosofia política que se aproxima de uma base empírica e, em certa medida, flerta com a Sociologia e com outras disciplinas, em sua obra “O percurso do reconhecimento” apresenta, em verdade, um percurso do próprio homem, o que pode ser útil na investigação que ora se empreende, para apontar novas perspectivas acerca do reconhecimento, talvez ainda não exploradas.

5 RECONHECIMENTO COMO PRESSUPOSTO DE JUSTIÇA

5.1 NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA CATEGORIA “RECONHECIMENTO”

O conceito de reconhecimento encontra-se na ordem do dia das discussões políticas, e a expressão ganha relevância no discurso de sociólogos, cientistas políticos, filósofos e juristas, pois acaba por refletir um grande desafio dos nossos tempos: aquele que diz respeito a como eleger critérios de justiça capazes de conferir vida digna a todos, em meio aos reclamos da diferença, que a todo tempo afloram da complexidade das sociedades contemporâneas. Habermas (1994) assim expressou a preocupação da mediação/ articulação entre uma ordem jurídica individualista e reivindicações formuladas de uma perspectiva identitária coletivamente construída:

As constituições modernas devem a sua existência a um conceito encontrado na lei natural moderna de acordo com o qual todos os cidadãos formam voluntariamente uma comunidade legal de associados livres e iguais. A Constituição oferece precisamente os direitos que estes indivíduos devem garantir uns aos outros sem querer ordenar a sua vida juntos recorrendo legitimamente à lei. Este conceito pressupõe a noção de direitos (subjectivos) individuais e de pessoas individuais legais enquanto suporte de direitos. Enquanto a lei moderna determina uma base para as relações sancionadas pelo estado de reconhecimento intersubjectivo, os direitos dela advindos protegem a integridade vulnerável dos sujeitos legais que são em todo caso indivíduos. Numa análise final, é uma questão de proteger estas pessoas individuais legais, mesmo se a integridade do indivíduo – tanto na lei como na moralidade - depende de as relações de reconhecimento mútuo se manterem intactas. Poderá uma teoria dos direitos, que é construída tão individualisticamente, lidar adequadamente com as lutas pelo reconhecimento, nas quais é a articulação e a asserção de identidades coletivas que parecem estar em jogo? [...] Nesta “luta pelo reconhecimento” as experiências colectivas da integridade violada estão articuladas, como Axel Honneth mostrou. Poderão estes fenômenos ser reconciliados com uma

teoria dos direitos que é planeada individualisticamente? (HABERMAS, 1994, p.125-126)

É exatamente neste contexto, da mediação da tensão entre igualdades e diferenças nas hodiernas sociedades, que o “Direito Penal dos vulneráveis” é convocado pelos seus defensores como instrumento para afirmação, e não violação de direitos; daí porque importantes, sobremaneira, colher as contribuições da chamada “Teoria do Reconhecimento”.

É preciso, todavia, definir a respeito de que se fala ao utilizar a categoria “reconhecimento”. É que, malgrado o seu indiscutível contato com o contexto social atual, onde é bem-vindo para expressar mais uma das diversas e intrincadas características das sociedades atuais, qual seja, a sua pluralidade expressada na necessidade de uma convivência multicultural e na necessária articulação entre o universal e o específico. Na perspectiva teórico-filosófica, o conceito de reconhecimento apresenta uma ambiguidade, uma multiplicidade de significados e uma falta de unidade em seu uso, da qual já havia se ressentido Paul Ricoeur, que com essa constatação, inicia sua obra “O percurso do reconhecimento”:

Deve existir uma razão para que nenhuma obra de boa reputação filosófica tenha sido publicada sob o título *O reconhecimento*. A razão disso seria que estamos lidando com um falso verdadeiro conceito que oferece ao autor em busca de novidade a armadilha de um verdadeiro falso tema? E, no entanto, a palavra recorrente em minhas leituras, ora aparecendo como um diabo inoportuno, ora sendo bem acolhida, até mesmo esperada nos lugares certos. E que lugares? [...] Embora a frequência dos léxicos não seja estranha às investigações de sentido nos grandes canteiros filosóficos, ela ocupou em minhas pesquisas um lugar inusual em razão da carência semântica que surpreende o pesquisador filosófico no início de sua pesquisa. (RICOEUR, 2004, p.13-14)

O autor identifica em sua pesquisa⁶⁵, inicialmente, três grandes focos de desenvolvimento filosófico do reconhecimento: um primeiro foco de sentido kantiano, sob o vocábulo *Recognition*; um segundo foco, bergsoniano, com o “reconhecimento das lembranças”; e um terceiro foco, de matriz hegeliana, fundado sob o vocábulo *anerkennung*, desenvolvido na época da *Realphilosophie*, de Hegel em Jena. Será justamente este terceiro campo de aplicação filosófica do vocábulo “reconhecimento” que será referido no presente trabalho. Trata-se do reconhecimento intersubjetivo, reconhecimento mútuo entre os homens, fator decisivo para o seu desenvolvimento social e moral.

⁶⁵ O percurso argumentativo traçado por Ricoeur em sua obra referenciada será brevemente reconstituído ainda nessa parte do trabalho.

Utilizada atualmente nesse sentido, a expressão “reconhecimento” está ligada à aceitação da existência de identidades e exprime a noção de consideração social a um dado segmento. Em seu bojo estão inseridos o autorrespeito, a autoestima e a estima social, dedicada a um certo grupo ou a uma certa identidade, porém, como inaugurada na qualidade de perspectiva filosófica por Hegel, exprime a maneira a partir da qual nossa subjetividade somente se torna plenamente desenvolvida, fundada na experiência com o outro.

O jovem Hegel, em Jena, fazendo uma releitura de Hobbes, afirma que a base do contrato social não seria uma luta pela autoconservação dos homens, mas uma luta por reconhecimento, e explora a categoria do reconhecimento intersubjetivo, colocando-o como condição de pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, analisando-o em três dimensões: o amor, o direito e a solidariedade. O conceito original de reconhecimento de Hegel foi expresso no vocábulo *anerkennung*. Importa-nos agora inicialmente conhecê-lo:

Anerkennung [reconhecimento] envolve não simplesmente a identificação intelectual de uma coisa ou pessoa (embora pressuponha caracteristicamente tal reconhecimento intelectual), mas a atribuição a essa coisa ou pessoa de um valor positivo, assim como a expressão explícita dessa atribuição. Assim em FE, IV, A, onde Hegel se ocupa da luta pelo reconhecimento, ele não está tratando do problema de ‘outras mentes’, do nosso direito epistemológico a ver outros como pessoas (e dos outros a nos ver como pessoa), mas do problema de como nos tornamos uma pessoa plenamente desenvolvida pela obtenção de nosso status por parte dos outros (INWOOD, Michel, 1997, p.275)

O pensamento hegeliano, que serviu de inspiração a Taylor e também a Honneth, consiste precisamente na crítica à Hobbes e às tendências contratualistas de reduzir os comportamentos sociais a imperativos de poder, baseados em ações instrumentais cuja finalidade era a mera autopreservação. O contrato, como dito, não encerraria a luta de todos contra todos; antes o conflito se daria em razão do não reconhecimento. O conflito seria elemento constitutivo da vida social, com caráter positivo. Isto porque, no sentido hegeliano, reconhecimento significaria a aceitação das qualidades e demais características de um dado indivíduo pelos demais, e este - sentindo-se assim acolhido - se predisporia a reconhecer também o outro em sua especificidade, gerando assim uma dinâmica de reconhecimento em espiral na qual, a cada nova interação e cada nova experiência de reconhecimento, o indivíduo experimentaria e tomaria consciência de uma nova dimensão de sua subjetividade. Conflito e reconhecimento se condicionariam mutuamente, pois a lógica de reconhecimentos progressivos estimularia cada vez mais lutas e reivindicações por novos reconhecimentos (SOUZA, 2000, p.135-136).

A perspectiva a partir da qual se compreende que a nossa subjetividade é formada por meio do diálogo com “o outro”, ou com “os outros”, já traz - somente nessa afirmativa - um elemento relevante acerca do fenômeno do reconhecimento: o seu palco é, por excelência, o das interações sociais, razão pela qual seus desdobramentos encontram-se imbricados com algumas das mais palpitantes tensões políticas do atual momento. Empreender-se-á a partir de agora a exposição - sem pretensão de ser completa ou de esgotar o tema - das interpretações que lhes foram dadas por Axel Honneth, Charles Taylor e Nancy Fraser.

5.2 A NECESSIDADE DA SOBREVIVÊNCIA DO AUTÊNTICO: CHARLES TAYLOR E O RECONHECIMENTO COMO IDENTIDADE

O horizonte de onde parte o esforço teórico de Charles Taylor é, sem dúvida, o das sociedades plurais e o da necessidade de articulação e convivência entre diferentes formas de vida, o que se tem hodiernamente chamado de multiculturalismo.

A fragmentação cultural ou pluralidade identitária é uma questão marcante, que tem recebido uma crescente de relevância e atenção em nossos tempos. A administração dessas diferenças e a maneira como essa articulação se dá na esfera pública das decisões, define o quão democrática e respeitadora dos direitos fundamentais do homem é uma determinada sociedade, dizendo mais, utilizando-se o vocabulário de Bobbio, a maneira como se pensa, se planeja e se vive essa pluralidade revela o grau de “consciência moral” dessa sociedade.

Notadamente na América Latina, nos Estados Unidos, no Canadá e em todo o outrora chamado “Novo Mundo”, o convívio com a diferença se fez marcado pelo contato entre o colonizador e o colonizado⁶⁶⁶, o que lhe traz características peculiares no acento da opressão e neutralização do diverso. Contudo, a questão da tensão entre o “igual” e o “diferente”, que por vezes toma a diversas formas (como entre católicos e protestantes, entre locais e estrangeiros, entre superiores e inferiores), está presente também em outros contextos, como nas situações em que as chamadas “minorias étnicas” reivindicam maior autonomia, ou mesmo separação, dos Estados onde estão inseridos ou, ainda, nas sociedades em que se alteraram relevantemente os quadros demográficos e culturais, ao mesmo tempo em que uma crise econômica e uma tendente diminuição das prestações estatais servem de pano de fundo à discriminação e à xenofobia.

⁶⁶⁶ Esse contato, segundo Boaventura de Souza Santos (2006), fez-se marcado pela dominação e pela neutralização das culturas nativas, sempre identificadas como “o outro”, carente de civilidade e domesticação.

Trata-se, de fato, de uma complexidade de questões: se em um primeiro momento, no curso das profundas modificações trazidas pela modernidade, o ideal de homogeneidade foi de veras útil para a construção do Estado Nacional, ou mesmo para a conformação da noção de cidadania, com o passar do tempo se fortalece um pensamento oposto, que vem ganhando destaque desde a segunda metade do século XX, com o impulso da expansão da doutrina de Direitos Humanos, como já se registrou na segunda parte do presente trabalho.

Nesse sentido, é ilustrativo o diagnóstico de Melo (2005) sobre a artificialidade do argumento da homogeneidade:

Exalta-se a heterogeneidade já que mesmo as vigorosas forças de unificação como Estado/nação/classe não foram e ainda não são suficientes para anular a pluralidade de grupos sociais. (MELO, 2005, p.119)

É do cenário posto pela necessidade do reconhecimento das diferenças, há muito sufocadas, e as tensões resultantes das mudanças culturais e políticas que isso implica, que Charles Taylor retira as inquietações que o impelem a desenvolver o tema do reconhecimento fundado em um pano de fundo ético, inspirado na filosofia de Hegel.

A esse respeito, diz-se que Taylor é um autor de matriz hegeliana porque subsiste em sua teoria o esforço do jovem Hegel em aproximar o ideal de liberdade moderna com o pensamento político da antiguidade, especialmente o de Aristóteles, em quem a ética tem um fundamento comunitário. Além disso, o autor admite, como ponto de partida, um contexto normativo como um *a priori* da prática social e política, o que significa a adoção de uma explicação dialógica da formação da identidade social e cultural. Esse contexto normativo pré-existente é justamente esse pano de fundo ético, que antecede o indivíduo, mas com ele interage, sendo decisivo na formação de sua identidade. Dessa forma, segundo o próprio Taylor, a tese defendida em sua “Política de Reconhecimento” assim se traduz:

A tese consiste no facto de a nossa identidade ser formada em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento *incorrecto* dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam reflectirem uma imagem limitativa de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos. O não reconhecimento ou o reconhecimento incorrecto podem afectar negativamente, podem ser uma forma de agressão, reduzindo a pessoa a uma maneira de ser falsa, distorcida, que a restringe. (TAYLOR, 1994, p.45)

Para Taylor, identidade é a compreensão de quem se é, é a descoberta de sua diferença e autenticidade e que se dá em razão de interações dialógicas. A identidade é moldada pelo reconhecimento por parte dos outros. A noção de identidade, fundamental para

a elaboração de Taylor sobre o reconhecimento intersubjetivo, é uma das novidades que experimentou o homem moderno, uma vez que o “ser quem se é” e o “reconhecimento da minha especial forma de ser” não eram problematizados pelo homem tradicional, que tinha sua posição social definida pela noção de honra estamental, pelo status, pela sua condição imutavelmente definida desde o nascimento e que determinaria a todos os outros, sem nenhum questionamento, de que maneira o indivíduo seria tratado pelos demais. Neste sentido, argumenta Taylor:

A importância do reconhecimento foi-se modificando e aumentando com a nova compreensão da identidade individual que surgiu no final do século XVIII. Podemos falar de uma identidade individualizada, ou seja, aquela que é especificamente minha, aquela que eu descubro em mim. Esta noção surge juntamente com o ideal: o de ser verdadeiro comigo mesmo e para com a minha maneira própria de ser. Com base na linguagem que Lionel Trilling usa em seu brilhante estudo, designarei este ideal como o da autenticidade. [...] O que a identidade moderna tem de novo não é a necessidade de reconhecimento, mas sim as condições que podem levar uma tentativa de reconhecimento ao fracasso. No período pré-moderno, não se falava em “identidades” nem em “reconhecimento” – não porque as pessoas fossem destituídas de (aquilo a que chamamos) identidades, ou porque estas não dependiam de reconhecimento, mas sim, porque não eram suficientemente problemáticas para serem discutidas como tal. (TAYLOR, 1994, p.48-55)

No percurso de elaboração de sua formulação, Taylor elege como primeira parada a reconstrução de um pré-existente ético que seria alguma forma de aceitação recíproca e intersubjetiva elementar que permitiria, como já dito, uma nova leitura dos contratualistas, que importaria em admitir que o contrato fosse uma realização refletida de direitos previamente reconhecidos. Cumprir o contrato seria respeitar valores previamente reconhecidos para todos os homens.

Os valores e sua articulação ganham relevância nessa empreitada. Taylor questiona de que maneira se dá a autointerpretação do ser humano e como se comporta esse componente avaliativo da identidade. Dizendo de forma simples: de que maneira as pessoas escolhem o modo como conduzirão as suas vidas e, assim, definem as suas identidades?

Para responder a tais perguntas, Taylor conclui que as escolhas baseadas em valores tanto se dão com base em avaliações colhidas da biografia do indivíduo (verticalmente), quanto se dão fundadas em avaliações colhidas da sua vida comunitária (horizontalmente). Tais avaliações se dariam a partir de um profundo esforço de autorreflexão. Valores seriam entidades objetivas com papel decisivo na determinação de identidades (TAYLOR, 1997).

Processo relevante seria o de articulação desses valores. Articulação seria, para Taylor, a “constituição narrativa da identidade” (TAYLOR, 1997, p.54-76). Ocorre a

articulação quando se converte o sentimento e as inclinações de ordem moral de irrefletidos e inconscientes, a partir de um processo de autorreflexão e autocompreensão, em algo consciente e refletido. A articulação⁶⁷ seria o momento de autodeterminação do homem e, conseqüentemente, da tomada de consciência de sua identidade. Taylor constrói, dessa forma, uma teoria da identidade e do reconhecimento de natureza hermenêutica.

Nessa perspectiva, o homem se autointerpreta a partir de idéias-guia e valores que ele colhe de sua época e de seu tempo e isso se dá por meio da linguagem, posto que, é exatamente a linguagem que constitui o mundo de idéias em que o indivíduo está inserido. O lugar da linguagem na teoria de Taylor é crucial, pois é justamente a sua anterioridade ao indivíduo e à formação de sua identidade que é a base da argumentação comunitarista, uma vez que é a linguagem que permite aos homens compartilharem uma comunidade de sentidos, como se depreende do trecho abaixo:

Para se compreender a estreita ligação entre identidade e reconhecimento, temos de tomar em consideração um aspecto definitivo da condição humana, praticamente invisível por culpa de uma tendência esmagadoramente monológica que tem caracterizado a filosofia moderna dominante. Refiro-me a seu caráter dialógico. Tornamo-nos verdadeiros agentes humanos, capazes de nos entendermos e, assim, de definirmos as nossas identidades, quando adquirimos linguagens humanas de expressão, ricas de significado. (TAYLOR, 1994, p.52)

Definindo que identidade é a compreensão de quem se é, construída em larga medida por meio de situações de recíproco reconhecimento, Taylor também deixa claro, como já exposto, que essa noção de identidade vem conjugada com um projeto de ser fiel a si mesmo ou ao modo próprio de vida de uma comunidade, o que seria a autenticidade. Procura então definir quais seriam as idéias-guia presentes na comunidade linguística de nosso tempo e que determinaram a construção das noções modernas de identidade e autenticidade.

Taylor constrói, então, em seu trabalho “As fontes do Self” uma “topografia moral” do ocidente moderno, perseguindo, não apenas identificar as ideias, mas, sobretudo, o porquê de terem elas germinado e reformulado a maneira de viver e pensar das pessoas comuns de seu tempo. Para ele a noção de individualidade e de bem, ou de identidade e moral estão indissociavelmente intrincadas.

Nessa reconstituição da identidade moderna, Taylor demonstra o princípio da interioridade - contribuição de Santo Agostinho - que determina que o conhecimento não é

⁶⁷ Para Taylor (1997), em as “Fontes do Self”, articulação, significa a “adesão ao bem” sem a qual os valores morais “não são nem mesmo opções”, é a partir da articulação que se define a maneira como o indivíduo opta por dirigir a sua existência. Esta seria a reflexão sem a qual “não somos seres plenos até podermos dizer o que nos move e em torno do que se constrói a nossa vida” (TAYLOR, 1997, p.125)

algo externo revelado (Platão), mas algo interior a nós mesmos. Tal noção muda o foco dos objetos conhecidos para a própria atividade de conhecer. Acaba também por modificar a configuração moral: passa-se da ética aristocrática, da fama, que é algo conquistado no espaço público, para a noção de dignidade, esta ligada a uma capacidade de escolha, a qual funciona como uma virtude própria e autônoma nascida da resolução e do controle exercido por uma vontade individual, ligada a uma racionalidade procedimental (TAYLOR, 1997, p.174). Da noção de interioridade nasce a dignidade tão cara aos modernos. A dignidade é igualitária, não está ligada a um lugar ou status social de diferenciação.

Outra ideia que dá sustentação a nossa moderna “dignidade da pessoa humana”, segundo Taylor (1997), é o desencantamento da matéria em relação à mente (mente e matéria não são a mesma coisa), contribuição de Descartes o qual, com base nessa diferenciação, objetifica toda matéria distinta da mente e a submete à razão. Essa capacidade de ser racional e subordinar os objetos à sua razão é um pressuposto da noção moderna de dignidade humana. A conseqüente transposição da ética da fama para a dignidade inaugura uma forma nova de produção do sentimento de autoestima: agora não mais para os outros, mas internalizado. Ocorre assim uma mudança na forma como a aquilo que é bom, ou seja, a virtude é concebida.

Ainda na reconstituição das ideias fundadoras da identidade do homem moderno, Taylor destaca “o princípio da vida cotidiana” como mais uma das raízes da compreensão moral que nos determina hoje. Em sua análise identifica que, com a reforma protestante, ocorreu a retirada do sagrado como mediador da vida dos homens. Como não mais havia a necessidade da figura especial do sacerdote para possibilitar a comunicação com Deus, todas as outras formas de vida vistas como especiais, como era o sacerdócio, foram também desprestigiadas, vez que, ao se rejeitar o sagrado mediado, todas as formas de hierarquia a ele relacionadas foram esvaziadas de sentido. Como resultado dessas mudanças, opôs-se nesse momento o ideal aristotélico de vida contemplativa ao ideal da vida prática.

Passa-se a valorizar a vida comum, a resolução das questões básicas da subsistência. Como exemplo da aplicação do princípio da vida prática na maneira de pensar do homem moderno, tem-se o ideal baconiano de ciência, que determina que esta somente seja dotada de sentido quando contribuir para resolução de problemas objetivos. Nasce aqui a razão instrumental, aquela que se dirige à solução das questões da vida cotidiana, a qual foi colocada, a partir de então, como ideal de eficiência moderna.

Um desdobramento importante da incorporação do princípio da vida cotidiana é a caríssima noção de igualdade, que se opõe à diferença e à superioridade natural dos homens

da tradição. Nesse sentido, o princípio da vida cotidiana radicaria todo o potencial democrático da modernidade. Da igualdade de todos os homens nasce a dignidade que lhes é intrínseca.

Por fim, em sua reconstituição moral das ideias ocidentais, Taylor (1997) traz um novo elemento: o expressivismo. Nascido também como a razão instrumental, embasado no princípio da interioridade, o expressivismo determina que cada indivíduo deverá ressaltar o que há de original e único em sua pessoa, como resposta à lógica generalizável que dominava.

É que, na nova maneira de ser do homem, a sua vontade individual passa a ser despreendida do costume e da autoridade local, contrariamente ao que ocorria na antiga tradição, e passa a ser regida pela independência e pela autorresponsabilidade, afastando-se assim do contexto axiológico em que se formou. Nesse afastamento, o homem se vê privado de suas raízes, se esquece dos valores morais e das ideias que o fundamentam, passa a ser - no vocabulário de Taylor - “desarticulado”, não sabe o porquê de suas escolhas, nem há uma vinculação narrativa de valores, tudo é “naturalizado”, não refletido.

Como houve a rápida institucionalização do novo ideário aqui descrito, houve também a sua naturalização, ou sua perda de sentido moral, pois o individualismo passou a ser vivido de tal maneira, que fez desaparecer a ligação do indivíduo com “o outro”. Como reação a essa naturalização da autorresponsabilidade e do individualismo, e também como reação à prevalência da razão instrumental, a qual funcionou de maneira tão forte como padrão que foi capaz de reduzir o indivíduo e sua racionalidade a algo generalizável (já que ser racional passa a ser agir segundo certos cânones), advém o expressivismo.

Taylor busca em Rousseau⁶⁸, para quem a questão dos valores e da moralidade apresenta-se como a obediência à uma voz da natureza dentro de nós que deve ser seguida e, para quem a salvação moral do homem consiste na recuperação do contato autêntico consigo mesmo, as bases do expressivismo.

O expressivismo é a noção fundamental para ideia de autenticidade, tão presente no pensamento de Taylor, e passa-se com ele a dar valor ao conteúdo do interior humano - inclusive aos sentimentos - os quais passam a ser tidos como nobres e a ser normativos, ou seja, pode-se, a partir de então, definir como proceder com base em sentimentos morais, outrora isso não importava, vez que agir “conforme seu interior” era visto como um erro, um

⁶⁸ Taylor reconhece a importância de Rousseau, mas adverte que a sua contribuição, muito embora grandiosa, é muito mais a de um desenvolvedor da ideia de autenticidade, do que propriamente criador, e registra que Rousseau dá um nome ao contato íntimo do homem com sua moralidade interior, a qual seria muito mais fundamental do que qualquer outro conceito moral: “*le sentiment de l'existence*” (TAYLOR, 1994, p.49)

caminho que poderia conduzir ao insucesso, normalmente resultante das enganosas paixões humanas, e estas, por sua vez, eram sinônimos de desacerto e loucura.

Outra fonte de Taylor para a construção do ideal de autenticidade do homem é Herder, para ele seu principal articulador pós-Rousseau. Ilustra a conformação do ideal de autenticidade o trecho de trabalho do próprio Taylor em que aproveita Herder:

Herder afirma que cada um de nós tem a sua própria maneira original de ser humano: cada pessoa possui a sua própria ‘medida’. Trata-se de uma ideia que ganhou raízes profundas na consciência moderna. É uma ideia nova. Antes do final do século XVII, ninguém havia pensado que as diferenças entre seres humanos pudessem assumir este tipo de importância moral. Existe uma determinada maneira de ser humano que é a *minha* maneira. Sou obrigado a viver a minha vida de acordo com essa maneira, e não imitando a vida de outra pessoa. Se não o fizer, deixo de compreender o significado da minha vida: ser humano deixa de ter significado para mim. (TAYLOR, 1994, p.50)

É desse conjunto de ideias, paulatinamente construído ao longo do tempo, que se formata a identidade moderna como autenticidade, desvinculada de papéis sociais pré-estabelecidos. Com sua história das ideias, Taylor acaba por tocar exatamente um ponto relevante de nossos tempos: as contradições sociais desse início de século XXI e da segunda metade do século XX, as quais têm como base uma nova forma de aspiração política, que é a aspiração ao respeito à especificidade. São múltiplos os exemplos: desde as lutas da contracultura da década de 60, passando pela luta feminista, à luta dos grupos vulneráveis da contemporaneidade.

Pois bem, retornando à tese central com que se abriu essa breve reconstituição das ideias de Taylor, falta ressaltar que, para explicar de que forma a identidade e a originalidade do indivíduo nascem dentro de uma perspectiva comunitária, tomando por base uma relação dialógica com um pré-existente ético, Taylor recorre a um conceito de George Herbert Mead, “o outro significativo” ou “outros-importantes⁶⁹”.

A identidade de uma pessoa seria formada através de um diálogo com aquilo que os “outros significativos” desejam ver nela. Esta seria produto de uma negociação constante ao

⁶⁹ Esse conceito, desenvolvido por George Mead foi muito aproveitado por outros autores, a depender da tradução em língua portuguesa pode-se encontrar na literatura as expressões “outros-importantes” ou “outro-significativo”.

O “outro significativo” é aquele encarregado da socialização do indivíduo, que lhe apresenta o mundo e seu funcionamento, operando assim, uma verdadeira mediação indivíduo/mundo. Essa introdução ao mundo se dá na conformidade da cultura, da linguagem, dos valores do “outro-significativo”. A incorporação de papéis, crenças e valores do outro-significativo concreto é chamada de “outro generalizado”. Significa dizer que o sujeito, tendo internalizado e incorporado esses aspectos, identifica-se não só com os outros concretos, mas também, como uma generalidade de outros, uma sociedade.

A interação dialógica de que fala Taylor, apropriando-se desse conceito, para tratar da formação da identidade do homem moderno, é a relação desse homem com a autocompreensão cultural da sua sociedade.

longo da vida e, mais importante, como a identidade é formada com a participação do outro, é direito do indivíduo ter a sua identidade reconhecida e respeitada pelo outro em sua originalidade. Assim, o reconhecimento como autenticidade assume uma dupla dimensão:

É desta forma que o discurso do reconhecimento chega até nós, a dois níveis: primeiro, na esfera íntima, onde a formatação da identidade e do ser é entendida como fazendo parte de um diálogo e luta permanentes com os outros-importantes; e, depois, na esfera pública, onde a política de reconhecimento igualitário passou a desempenhar um papel cada vez maior. (TAYLOR, 1994, p.57)

É nesse ponto que Taylor, além de reafirmar o reconhecimento como algo que se dá na esfera pública, como algo de relevância política, e nesse sentido, em sua obra “A política de reconhecimento”, ele analisa as duas tendências ou vertentes que advêm dessa dimensão política do reconhecimento, traduzida na demanda por um reconhecimento igualitário:

Na realidade, esta política passou a significar duas coisas bastante diferentes, relacionadas, respectivamente, com as duas grandes mudanças que descrevi atrás. Da mudança da honra para a dignidade surgiu uma política de universalismo, que dá ênfase à dignidade igual para todos os cidadãos. E o conteúdo desta política visa a igualdade dos direitos e privilégios. O que se deve evitar a todo o custo é a existência de cidadãos de “primeira classe” e de “segunda classe”. [...] Em contraposição, a segunda mudança referente ao desenvolvimento da noção moderna de identidade deu origem a uma política de diferença. É claro que esta política tem também uma base universalista, o que contribui para a confusão ou coincidência entre as duas políticas. *Todas as pessoas* devem ser reconhecidas pelas suas identidades únicas. Aqui, porém, o reconhecimento tem outro significado. Em relação à política de igual dignidade, aquilo que se estabelece visa a igualdade universal, um cabaz idêntico de direitos e imunidades; quanto à política de diferença, exige-se o reconhecimento da identidade única deste ou daquele indivíduo ou grupo, do caráter singular de cada um. Quer isto dizer, por outras palavras, que é precisamente esta singularidade que tem sido ignorada, disfarçada, assimilada a uma identidade dominante ou de maioria. E é esta assimilação que constitui o pecado cardeal contra o ideal de autenticidade. (TAYLOR, 1994, p.58)

E assim resumindo tem-se que, para Taylor, o reconhecimento traduz-se na luta pela sobrevivência da autenticidade, daquilo que é único. É, antes de tudo, a busca de cada indivíduo por sua identidade. Taylor se aproxima de Heidegger ao nos apresentar um homem moderno que precisa conhecer-se, desvelar a sua verdade, que não é outra senão aquela que nasce da sua própria confrontação com a sua historicidade e sua faticidade. Para Taylor, a identidade é definida “a partir do horizonte em cujo âmbito posso tentar determinar, caso a caso o que é bom ou valioso (...) trata-se do horizonte dentro do qual sou capaz de tomar uma posição” (TAYLOR, 1997, p.43-44).

O não reconhecimento no plano individual é condição para uma subjetividade plena do indivíduo, e no plano político, condição para uma sociedade democrática:

O reconhecimento igualitário não é apenas a situação adequada para uma sociedade democrática saudável. A sua recusa pode prejudicar as pessoas visadas, segundo uma perspectiva moderna generalizada, como eu já referi no início. A projecção de uma imagem do outro como inferior e desprezível pode, realmente, ter um efeito de distorção e de opressão, ao ponto de essa imagem ser interiorizada. (TAYLOR, 1994, p. 56-57)

Consoante argumentado por Taylor, a questão do reconhecimento de identidades individuais ou de grupo, a administração política das demandas de igualdade e de diferença e a construção de um paradigma multicultural são desafios inafastáveis do nosso tempo, por isso mesmo também outros autores preocuparam-se com o tema.

Axel Honneth, também de matriz hegeliana, concorda com Taylor ao identificar no processo de reconhecimento de natureza dialógica o meio para a formação da subjetividade plena de cada indivíduo e para a construção de uma eticidade, entretanto enxerga o conflito como motor do processo de reconhecimentos sucessivos que conduz ao aperfeiçoamento de uma dada sociedade. Será objeto de análise a formulação de Axel Honneth acerca do reconhecimento intersubjetivo, expressada em sua obra “A luta pelo reconhecimento”.

5.3 AXEL HONNETH E A LUTA PELO RECONHECIMENTO: A EXPERIÊNCIA DO DESRESPEITO COMO MOTOR DAS MOBILIZAÇÕES SOCIAIS.

Honneth, tal como Taylor, busca nas linhas argumentativas do jovem Hegel os fundamentos para uma eticidade de carácter comunitário e uma tipologia do reconhecimento.

Na primeira parte do livro o autor se dedica a esquadrihar os argumentos originais de Hegel, tratando, da luta pela autoconservação como fundamentação da filosofia social moderna em que Hegel faz uma leitura de Hobbes e Maquiavel; do crime e da eticidade em Hegel; e, de um novo enfoque da teoria da intersubjetividade, no qual Hegel conclui que a luta de “todos contra todos”, descrita pelos contratualistas, em verdade tem como fundamento ético a luta pelo reconhecimento de dimensões da intersubjetividade humana, sendo o conflito pelo reconhecimento um instrumento para o aperfeiçoamento moral do homem:

[...] se os sujeitos precisam superar as relações éticas nas quais estão originariamente, visto que não vêm plenamente reconhecida sua identidade particular, então a luta que procede daí não pode ser um confronto pela pura autoconservação de seu ser físico; antes, o conflito prático que se acende entre os sujeitos é por origem um acontecimento ético, na medida em que objetiva o

reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana. Ou seja, um contrato entre os homens não finda o estado precário de uma luta por sobrevivência de todos contra todos, mas, inversamente, a luta como um *medium* moral que leva a uma etapa mais madura da relação ética. (HONNETH, 2003. p.48)

Vê-se que o conceito de luta por reconhecimento buscado por Honneth, em Hegel, se opõe a concepção central da realização humana presente na teoria política clássica de Hobbes e Maquiavel, ao invés de um indivíduo sozinho lutando pela autoconservação de seu corpo, Hegel enxergava na interação social e na certeza de um respeito do outro, os meios para um aperfeiçoamento e formação do sujeito. Para isso seriam necessárias três etapas de relações sociais em que a certeza do respeito do outro poderia se formar: a) nas relações amorosas, em que o sujeito aprende a conceber-se como completo apenas no outro; b) nas relações de competição entre sujeitos, em que se aprende a respeitar o outro e a si mesmo; c) na comunidade ética, em que o sujeito aprende a valorizar o outro e espera a valorização de si mesmo.

Após reconstituir as idéias originais de Hegel, Honneth reconhece a necessidade de aproximar essa abordagem de um aporte empírico, para que possa ser válida como uma teoria social de valor normativo. Para tanto, propõe a reconstrução das ideias hegelianas à luz de uma psicologia social empiricamente sustentada⁷⁰, que ele acessa por meio da obra de George Mead, em quem enxerga muitos pontos de contato com as formulações hegelianas e onde encontra material útil para fazer uma revisão do argumento original do reconhecimento, trazendo-o para o espaço prático e aproximando-o da realidade social. Dentre os pontos de concordância encontrados, estão a assunção de que o processo de individuação pelo reconhecimento se dá em sucessivas etapas, e a ideia de uma luta, de um conflito o qual medeia cada uma dessas etapas. Conforme se lê na obra de Honneth:

⁷⁰ Honneth se vale da psicologia social de G. H. Mead, pois pretende seguir um caminho distinto do que Hegel ao final tomou, buscando, por isso, afastar-se das categorias metafísicas. Para Honneth, em nenhuma outra teoria moderna há uma referência tão forte e tão consequentemente articulada à formação da identidade derivada de um reconhecimento coletivo como em Mead. O conceito de “outro generalizado” abarca um processo de reconhecimento mútuo, em que a partir da assimilação das expectativas de comportamento de um número cada vez maior de pessoas o indivíduo aprende a generalizar e a atender as interações normativas de sua sociedade de forma positiva, ou seja, o sujeito passa a saber quais as expectativas que deve atender. Direitos seriam somente expectativas de que se tem certeza que o outro generalizado atenderá. Para Honneth, a partir da psicologia social de Mead pode-se reconhecer que um sujeito somente pode adquirir a consciência de si mesmo na medida em que ele aprende a perceber a sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa (2003, p.131) e, essa constatação seria o primeiro passo para, a partir de Mead, empreender uma aproximação e uma reatualização naturalística da teoria inicial do jovem Hegel acerca do reconhecimento intersubjetivo, pois indica o mecanismo psíquico que torna o desenvolvimento da autoconsciência dependente da existência de um segundo sujeito; “sem a experiência de um parceiro de interação que lhe reagisse, um indivíduo não estaria em condições de influir sobre si mesmo com base em manifestações autoperceptíveis, de modo que aprendesse a entender aí suas reações como próprias de sua pessoa” (HONNETH, 2003, p.131).

[...] Mas, com vista à relação de reconhecimento que Hegel introduziu em seu modelo evolutivo como uma segunda etapa, sob o conceito genérico de ‘direito’, a concepção de ‘outro generalizado’ não representa apenas uma complementação teórica, mas também um aprofundamento objetivo: reconhecer-se reciprocamente como pessoa de direito significa que ambos os sujeitos, incluem em sua própria ação, com efeito de controle, a vontade comunitária incorporada nas normas intersubjetivamente reconhecidas de uma sociedade [...] Mead coincide com Hegel também na constatação de que a relação jurídica de reconhecimento é ainda incompleta se não puder expressar positivamente as diferenças individuais entre os cidadãos de uma coletividade. [...] Assim como Hegel em relação ao processo de formação da ‘vontade comum’, Mead concebe a evolução moral das sociedades como um processo de ampliação gradual do conteúdo do reconhecimento jurídico; ambos os pensadores estão de acordo quanto ao desencadeamento histórico e potencial da individualidade pela via de um aumento de espaço de liberdade juridicamente concedida. Da mesma maneira que Hegel, Mead também vê como motor dessas modificações geridas numa luta através da qual os sujeitos procuram ininterruptamente ampliar a extensão dos direitos que lhes são intersubjetivamente garantidos e, nesse sentido, elevar o grau de autonomia pessoal. (HONNETH, 2003, p.138-145).

Após reconstituir o argumento original do jovem Hegel e após fazer uma leitura do reconhecimento intersubjetivo desde a psicologia social de George Mead, Honneth coloca então, como sua tarefa na construção de uma teoria social do reconhecimento de caráter normativo, investigar se esta - como formulada originalmente por Hegel - resiste às confrontações empíricas; se é possível atribuir às formas de reconhecimento colocadas na tipologia de Hegel padrões correspondentes de desrespeito; e, finalmente, se podem ser encontradas comprovações históricas e sociológicas de que os tais padrões de desrespeito social foram, de fato, fontes ou motivos de confrontos sociais, acreditando que, uma vez respondendo a tais questões terá conseguido, ainda que incipientemente, traçar a lógica moral dos confrontos sociais (HONNETH, 2003).

Na composição de sua gramática do reconhecimento, empreendimento que explicita em detalhes a terceira parte de sua obra “A luta pelo reconhecimento”, Honneth mantém de Hegel a preocupação de levar em conta as três esferas sucessivas de interações e reconhecimento e aproveita de Mead a abordagem intersubjetiva e aberta à verificação. Acerca da sua tipologia do reconhecimento, diz Honneth:

O nexo existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem e a encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades e, capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau da autorrealização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade de autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da autoestima. (HONNETH, 2003, contracapa).

Buscar-se-á, de agora em diante, reconstituir sucintamente a argumentação utilizada por Honneth em sua atualização dos padrões de reconhecimento intersubjetivo, propostos por Hegel. O primeiro deles - o reconhecimento pelo amor - diz respeito não só ao componente afetivo relativo a uma ligação intersexual, mas também a todos os outros relacionamentos afetivos profundos, como a amizade e o amor filial. Honneth recorda que, em Hegel, o mecanismo do reconhecimento pelo amor se expressa na fórmula “ser-si-mesmo em um outro”, com a qual ele indicava que, na experiência recíproca da dedicação amorosa, dois sujeitos se sabem unidos e identificados entre si, pelo fato de serem carentes um dos outro.

No desenvolvimento de uma aproximação empírica direcionada a reelaborar a primeira dimensão do reconhecimento, originalmente posta por Hegel, Honneth recorre como referência teórica à produção dos herdeiros de Freud, notadamente a teoria psicanalítica das relações de objeto. Para ele, por demonstrar como a ligação afetiva com outra pessoa, é um processo que depende - para o seu êxito - de certo equilíbrio entre o autoabandono simbiótico dos indivíduos e a autoafirmação individual de cada um deles, essa vertente psicanalítica, serve para explicitar o amor como a forma mais elementar de reconhecimento.

Como ilustração, Honneth recorre ao conceito de dependência absoluta, de Donald Winnicott. Esta categoria representa a fase inicial do desenvolvimento infantil, quando mãe e bebê desenvolvem uma relação simbiótica e a dependência e a carência da criança, aliada ao envolvimento completo da mãe para satisfazer-lhe todas as necessidades, fazem com que não exista um limite de individualidade entre eles (HONNETH, 2003).

Aos poucos, ultrapassados os seis meses primeiros meses, a mãe retorna aos afazeres da vida diária e a criança precisa se acostumar com sua ausência. O bebê passa a viver uma experiência de relativa independência e vê na mãe não mais uma continuação de si mesmo, mas um objeto com direitos próprios, como resposta a essa nova situação ele elabora dois mecanismos: destruição da mãe e eleição de um objeto transicional.

O primeiro mecanismo é interpretado por Honneth, a partir de estudos de Jessica Benjamim. A criança passa, nessa fase, a ter algumas atitudes agressivas para com a mãe, uma espécie de luta, que faz com que ela tenha mais clara a realidade de que sua mãe é um ser independente, com reivindicações próprias. A mãe, por sua vez, pacientemente aceita o processo pelo qual o bebê está passando, sem deixar de lhe dispensar carinho e cuidados. A certeza de continuar sendo cuidado e amado, mesmo tendo tomado consciência de serem ambos, mãe e filho, seres distintos, é que faz com o bebê amadureça e vivencie sua primeira experiência de reconhecimento. A partir de uma experiência de reconhecimento recíproco,

mãe e bebê passam a experimentar também o amor recíproco sem regredir ao estado simbiótico inicial (HONNETH, 2003)

O segundo mecanismo, os “objetos transicionais”, consiste na assunção pela criança de uma relação com um objeto (um brinquedo, um travesseiro) que oscila da relação simbiótica em que o objeto é amado com ternura a momentos de destruição. Esse segundo mecanismo representa um jogo lúdico, onde a criança desenvolve a “capacidade de estar só”, de se sentir separado da mãe, pois na relação com seu objeto transicional existe, assim, um domínio, no qual ficção e realidade são irrelevantes. A “capacidade de estar só” depende da confiança da criança na durabilidade da dedicação materna. Dessa forma, pode-se chegar ao tipo de autorrelação que um indivíduo desenvolve quando se sente amado por uma pessoa, independente pela qual sente também amor: a autoconfiança.

A partir desse ponto, Honneth defende que “é possível partir da hipótese de que todas as relações amorosas são impelidas pelas reminiscências inconscientes da vivência de fusão originária, que marcara mãe e filho nos primeiros meses de vida” (HONNETH, 2003, p.174); Para ele, o estado de um ser-um simbiótico proporciona ao indivíduo a experiência de estar plenamente satisfeito, de uma maneira tão eloquente que mantêm nos sujeitos, durante toda a vida, a vontade de estar fundido em uma outra pessoa, entretanto, este desejo de fusão somente se converte em um verdadeiro sentimento de amor, se for frustrado a tal ponto pelo confronto com a experiência inevitável da separação, que se passe a incluir nesse próprio desejo de fusão, de modo constitutivo, o reconhecimento do outro como pessoa independente. Dessa forma, o amor - a forma de reconhecimento mais elementar - traz desde o princípio o elemento do conflito, da luta, de uma tensão de característica dialógica, reciprocidade que acompanhará também os outros padrões de reconhecimento. Assim, resume Honneth:

Nesse aspecto, a forma de reconhecimento do amor, que Hegel havia descrito como um ‘ser-si-mesmo em um outro’, não designa um estado intersubjetivo, mas um arco de tensões comunicativas que medeiam continuamente a experiência do poder-estar-só com a do estar fundido; a ‘referencialidade do eu’ e a simbiose representam aí os contrapesos mutuamente exigidos que, tomados em conjunto, possibilitam um estar-consigo-mesmo no outro. (HONNETH, 2003, p.175)

Há implícito aí um conflito, uma dualidade tensionada entre o desejo da simbiose e o poder-estar só. Muito embora, somente nas duas outras espécies de reconhecimento a sua componente de conflitualidade caracterize verdadeiramente um conflito de natureza social, a experiência de reconhecimento recíproco, possibilitada no amor, é colocada por Honneth

como núcleo fundamental de toda a eticidade e base de todas as outras formas de autorrespeito (HONNETH, 2003).

A segunda forma de reconhecimento - o reconhecimento pelo Direito - traduz-se na condição de que os sujeitos somente se sentem na qualidade de pessoas possuidoras de direitos quando conhecem as suas obrigações para com os outros. É quando se conhece as obrigações para com os outros e se cumprem essas obrigações que se pode ter a expectativa de que essas mesmas serão respeitadas pelo “outro” em sentido inverso. O Direito uniria os homens em um laço de igualdade, materializado no jugo de sua obediência. Assim explica Honneth, afirmando que Hegel e Mead pensam semelhantemente no que tange ao reconhecimento pelo Direito:

Para o direito, Hegel e Mead perceberam uma semelhante relação na circunstância de que só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro: apenas na perspectiva normativa de um ‘outro generalizado’, que já nos ensina a conhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões. (HONNETH, 2003, p.179)

O segundo padrão de reconhecimento é analisado por Honneth a partir de dois questionamentos que dizem respeito a qual o tipo de autorrelação que caracteriza o reconhecimento pelo Direito e a como a pessoa desenvolve a consciência de ser sujeito de direitos.

Para começar a responder tais questões de forma mais detalhada, Honneth chama atenção para uma modificação que sofre este tipo de reconhecimento da transição da tradição para a modernidade. É que, diferentemente do reconhecimento pelo amor, em que foi possível uma análise a partir de considerações empíricas, na argumentação a respeito do reconhecimento pelo Direito só é possível uma análise conceitual que parte da assunção da historicidade própria do Direito.

Se na tradição se tinha o reconhecimento pelo Direito fundamentado em uma noção de *status*, na modernidade tem-se exatamente o contrário: não é mais permitido atribuir privilégios e exceções a quem quer que seja em razão de status social. O Direito moderno tem de ser geral o suficiente para atender os interesses de todos os participantes da comunidade.

A partir do surgimento de uma moral em uma sociedade pós-tradicional, ocorre a separação da função do Direito e a função do juízo de valor. A questão passa a ser, no caso do Direito: qual é a característica que define ou constitui um sujeito de direitos? No caso do juízo

de valor: como se pode desenvolver um sistema de valor capaz de medir as características de cada pessoa?

Honneth, respondendo as próprias perguntas, esclarece que o primeiro aspecto está relacionado ao reconhecimento pelo Direito, o segundo já está ligado ao terceiro padrão do reconhecimento social, a solidariedade. Na forma de reconhecimento pelo Direito, são levadas em consideração as características gerais do ser humano, já no reconhecimento pela valoração social, as singularidades vêm à tona.

Os sujeitos de direitos se reconhecem mutuamente porque, submetidos às mesmas leis de caráter geral e possuidores de autonomia individual para decidir racionalmente entre as normas, isto se encontra fundado na imputabilidade moral de todos os membros da comunidade.

Nesse sentido, toda a comunidade jurídica moderna, unicamente porque sua legitimidade se torna dependente de um acordo racional, entre indivíduos em pé de igualdade, está fundada na assunção da imputabilidade moral de todos os seus membros. (HONNETH, 2003, p.188).

Todos são sujeitos de Direito em pé de igualdade na medida em que protagonizaram um pacto racional imputável a todos, no qual se decidiu que categorias determinam que alguém seja um sujeito de direitos. Os pressupostos sociais dessa participação racional são o que determina as propriedades a serem reconhecidas como universalmente humanas e, por isso, a luta pelo reconhecimento, em verdade, é uma forma de pressão, a partir da qual permanentemente novas condições para a participação na formação pública da vontade vêm à tona.

Em outras palavras, a capacidade que faz com que os seres humanos respeitem-se uns aos outros porque são vinculados a uma mesma lei é justamente a imputabilidade moral de cada um, e esta se funde em um procedimento racional, um acordo de vontades livres, em que se decide quais as propriedades de uma pessoa que possa estar no palco das decisões públicas em pé de igualdade. Estas propriedades, porque pactuadas por todos, a todos vinculam.

Neste sentido, o Direito permite que se reconheça um ser humano como sujeito de direitos, como pessoa, independentemente de nossa estima e de nossa admiração por ela, justamente porque “ter de reconhecer todo outro ser humano como uma pessoa significa, então, agir, em relação a ele do modo a que nos obrigam moralmente as propriedades de uma pessoa” (HONNETH, 2003, p.186), propriedades estas, pactuadas, previamente estabelecidas.

As capacidades juridicamente reconhecidas como atributos de um sujeito de direitos, podem ser alteradas de acordo com a situação social vigente. Todavia, a direção seguida pela atribuição de direitos na modernidade é a da ampliação, por meio das lutas pelo reconhecimento das expectativas de direito cabíveis dentro do quadro de valores universalizado no acordo de vontades já referido. Honneth, influenciado pelos escritos de T. H. Marshall, se esforça para demonstrar que as pressões por reconhecimento se dão justamente no processo em que o princípio da formação racional coletiva da vontade ganha validade social com o reconhecimento jurídico, o que se dá progressivamente e ocorre por meio de uma luta pela ampliação do status igualitário entre os membros de uma comunidade. Para Honneth, a própria evolução dos direitos fundamentais se dá numa perspectiva de luta pelo reconhecimento, assim vaticina:

A ampliação cumulativa de pretensões jurídicas individuais, com a qual temos que lidar em sociedades modernas, pode ser entendida como um processo em que a extensão das propriedades universais de uma pessoa moralmente imputável foi aumentando passo a passo, visto que, sob a pressão de uma luta por reconhecimento, devem ser sempre adicionados novos pressupostos para a participação da formação racional da vontade.; [...] para poder agir como uma pessoa moralmente imputável o indivíduo não precisa somente da proteção jurídica contra interferências em sua esfera de liberdade, mas também da possibilidade juridicamente assegurada de participação no processo público de formação da vontade, da qual ele faz uso, porém, somente quando lhe compete ao mesmo tempo um certo nível de vida. Por isso, nos últimos séculos, em unidade com os enriquecimentos que experimenta o status jurídico do cidadão individual foi-se ampliando também o conjunto de todas as capacidades que caracterizam o ser humano constitutivamente enquanto pessoa: nesse meio-tempo, acrescentou-se às propriedades que colocam o sujeito em condições de agir autonomamente com discernimento racional uma medida mínima de formação cultural e de segurança econômica. Reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa hoje, nesse aspecto, mais do que podia significar no começo do desenvolvimento do direito moderno: entretantes, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de poder merecer o nível de vida necessário para isso. (HONNETH, 2003, p.189-193, grifo nosso)

Obedecendo as mesmas leis, os homens se reconhecem reciprocamente como sujeitos de direitos, enxergam no “outro” alguém contra quem podem impor suas pretensões de direitos com a expectativa de serem atendidos e alguém a respeito de quem está também obrigado ao respeito de direitos. Viu-se que as condições a respeito de qualidades determinam que alguém seja um sujeito de direitos - o que, em última instância, significa também ser aquele que pode participar com autonomia e igualdade do palco das decisões públicas – são, desde a modernidade, produto de um pacto racional entre os homens de um dado tempo. Justamente no contexto dessas decisões é que se situa a luta pelo reconhecimento no Direito,

consistente na pressão para ampliação dos sujeitos de direitos, ampliação da qualidade e da quantidade de direitos desses sujeitos. Igualdade e universalização são as palavras-chave da dinâmica de ampliação do reconhecimento pelo Direito.

Para responder a segunda pergunta, referente a que espécie de autorrelação experimenta o indivíduo no reconhecimento pelo direito, Honneth afirma que o ser reconhecido como sujeito de direitos, implica uma relação de autorrespeito, que está para a dimensão do reconhecimento jurídico, como a autoconfiança está para a dimensão do reconhecimento pelo amor. Assim, o autorrespeito é que viabiliza que o sujeito, por reconhecer-se possuidor de direitos, saiba ser merecedor do respeito de todos e por isso mesmo, saiba poder esperar que suas pretensões sejam aceitas por todos e se transformem em direitos individuais (por isso mesmo somente pode se dar no ambiente pós-tradicional, na presença de um critério de universalidade). Daí que afirma Honneth:

[...] o sujeito adulto obtém a possibilidade de conceber a sua ação como manifestação da própria autonomia, respeitada por todos os outros, mediante a experiência do reconhecimento jurídico. Que o autorrespeito é para a relação jurídica o que a autoconfiança era para a relação amorosa é o que já se sugere pela logicidade com que os direitos se deixam conceber como signos anonimizados de um respeito social, da mesma maneira que o amor pode ser concebido como a expressão afetiva de uma dedicação, ainda que mantida à distância: enquanto este cria em todo ser humano o fundamento psíquico para poder confiar nos próprios impulsos carenciais, aqueles fazem surgir nele a consciência de poder se respeitar a si próprio porque ele merece o respeito de todos os outros. No entanto, só com a formação de direitos básicos universais, uma forma de autorrespeito dessa espécie pode assumir o caráter que lhe é somado quando se fala da imputabilidade moral como o cerne, digno de respeito, de uma pessoa; pois só sob as condições em que direitos universais não são mais adjudicados de maneira díspar aos membros de grupos sociais definidos por status, mas, em princípio de maneira igualitária a todos os homens como seres livres, a pessoa de direito individual poderá ver neles um parâmetro para que a capacidade de formação do juízo autônomo encontre reconhecimento nela. [...] um sujeito capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de uma coletividade as propriedades que o capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente a si mesmo desse modo é o que podemos chamar de autorrespeito (HONNETH, 2003. p.194-197)

Ainda no que pertine ao reconhecimento pelo Direito, convém já nessa primeira discussão salientar, antes mesmo de tratar do terceiro padrão de reconhecimento, a crucial importância da compreensão da noção de reconhecimento pelo Direito para o estudo que aqui se empreende, é que, juntamente com a degradação das formas de vida, modalidade de desrespeito correspondente à terceira esfera de reconhecimento, o aviltamento do direito é capaz de engendrar mobilizações sociais, e mais que isso, com sua força normativa, o Direito acaba adentrando as outras esferas, como explica Paulo Sérgio da Costa Neves:

[...] conquanto essas três dimensões do reconhecimento se interpenetrem, é a esfera dos direitos que tem a capacidade de influenciar as outras esferas, quer seja no nível das relações pessoais e amorosas, quer no nível da cooperação que os indivíduos estabelecem em suas relações sociais. (NEVES, 2005, p.83)

É portanto inolvidável a repercussão do reconhecimento pelo Direito na vida de um ser humano, daí porque, frequentemente, a corrida pelo reconhecimento por meio do discurso legal esteja indissociavelmente imbricada com as reivindicações afetas às lutas inseridas no contexto da terceira esfera de reconhecimento – as lutas em defesa das específicas identidades e formas de vida – o caráter público que os direitos possuem e o caráter coercitivo que caracteriza o Direito, dotam o indivíduo por ele reconhecido, de um meio de expressão simbólica poderoso, cuja efetividade social demonstra reiteradamente a este mesmo indivíduo que ele acessou uma forma de reconhecimento universal e incontestável.

Nesse sentido, os movimentos sociais - em busca de reconhecimento por meio do Direito - podem ser facilmente justificados, na medida em que se imagine que com a sua ausência, inexistem chances para o indivíduo ou grupo privado de direitos de experienciar o autorrespeito, o que significaria em última análise se ver privado de dignidade, como afirma Feinberg, citado por Honneth:

Ter direitos nos capacita a nos “erguermos como homens” e olhar os outros nos olhos e nos sentir de uma maneira fundamental, iguais a qualquer um. Considerar-se possuidor de direitos não é ter orgulho indevido, mas justificado, é ter aquele autorrespeito mínimo, necessário para ser digno do amor e da estima dos outros. De fato, o respeito por pessoas [...] pode ser simplesmente o respeito por seus direitos, de modo que não pode haver um sem o outro; e o que se chama de “dignidade humana” pode ser simplesmente a capacidade reconhecível de afirmar pretensões.⁷¹. (FEINBERG apud HONNETH, 2003, p.196, tradução nossa)

Honneth, ao tratar da terceira esfera do reconhecimento, para ele, a da solidariedade, constatou que, tanto Hegel quanto Mead, identificaram um terceiro momento no reconhecimento intersubjetivo e, se o descreveram de forma distinta⁷², concordaram em sua função:

[...] para poderem chegar a uma autorrelação infrangível, os sujeitos humanos precisam ainda, além da experiência da dedicação afetiva e do reconhecimento

⁷¹“Having rights enables us to ‘stand up like a man’, to look others in the eye, and to feel in some fundamental way the equal of anyone. They think of oneself as the holder of rights is not to be unduly but properly thy of the love and esteem of others. Indeed, respect for the persons [...] may simply be respect for their rights, so that there cannot be the one without the other; and what is called ‘human dignity’ may simply be the recognizable capacity to assert claims”

⁷² Para Hegel era a chamada “eticidade” a relação de reconhecimento proveniente da estima mútua, já para Mead era o modelo da divisão cooperativa do trabalho.

jurídico, de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente as suas propriedades e capacidades concretas. (HONNETH, 2003, p.198)

O autor conclui que, da análise do pensamento de suas duas referências no estudo, (Hegel e Mead), se depreende a existência de um padrão de reconhecimento concebível somente quando a “existência de um horizonte de valores intersubjetivamente partilhados é introduzida como seu pressuposto” (HONNETH, 2003, p.199).

Essa forma de reconhecimento se apresenta em sua origem lado a lado com a segunda esfera de reconhecimento, pois, se o Direito somente pode ser estruturado em seu princípio básico universalista como resultado do afastamento entre o reconhecimento de direitos e as formas de estima social, ao mesmo tempo, fez-se necessário que existisse “um tipo particularmente exigente em termos normativos, de comunidade de valores, em cujo quadro toda forma de reconhecimento por estima está incrustada” (HONNETH, 2003, p.199)

Da mesma forma que o reconhecimento jurídico, também o reconhecimento social, pode assumir as mais variadas formas, com uma distinção: enquanto o reconhecimento jurídico é universalista, o reconhecimento social valoriza as singularidades de cada indivíduo, mas também esse reconhecimento é baseado em um conjunto de critérios socialmente construídos do que seja uma “boa vida”, isto é, baseia-se em um conjunto de valores socialmente compartilhados, que acaba por coincidir com a autocompreensão cultural de uma sociedade. Conforme explicita Honneth:

[...] enquanto o direito moderno representa um *medium* de reconhecimento que expressa propriedades universais de sujeitos humanos de maneira diferenciadora, aquela segunda forma de reconhecimento requer um *medium* social que deve expressar as diferenças de propriedades entre sujeitos humanos de maneira universal, isto é, intersubjetivamente vinculante. Essa tarefa de mediação é operada, no nível social, por um quadro de orientações simbolicamente articulado, mas sempre aberto e poroso, no qual se formulam os valores e objetivos éticos, cujo todo constitui a autocompreensão cultural de uma sociedade. (HONNETH, 2003, p.199-200)

O autor concebe a esfera da solidariedade como uma combinação entre a formação intersubjetiva de valores comuns e a pluralidade de opções e capacidades para a realização desses valores tornada possível com a superação da sociedade tradicional, quando o valor “honra” relacionado ao *status* social e ao grupo é substituído pelo prestígio e pela reputação, medidas por meio das quais, se valoriza o indivíduo.

A luta por reconhecimento na esfera da solidariedade seria a luta pelo respeito a uma determinada forma de vida. Ressalte-se novamente a diferença: enquanto a luta pelo

reconhecimento na esfera jurídica é a luta que procura legitimar a visão moral da igualdade (os requisitos para ser sujeito de direitos que devem ser iguais para todos) e, dessa forma, ampliar o número de pessoas vistas pela sociedade como tais, a luta pelo reconhecimento na solidariedade visa ampliar o número de formas de vida respeitadas pela sociedade.

Um traço relevante resgatado por Honneth ao descrever as mudanças ocorridas na transição para modernidade, que resultaram na migração da honra estamental para a estima social aqui tratada: a reputação social de uma pessoa deixou de ser medida pelo valor previamente determinado para qualidades inerentes a grupos inteiros, pela primeira vez o indivíduo era visto como “valioso” ou “não valioso” no campo da estima social com uma “grandeza biograficamente individuada”. O valor aqui passa a ser do homem e suas características individuais.

Entretanto, não se trata simplesmente nesse “valor individual do homem”, de qualidades morais da personalidade, diferentemente disso, na terceira esfera de reconhecimento, a “consideração social” ou “prestígio” diz respeito ao grau de reconhecimento que o indivíduo merece para sua forma de autorrealização, porque de alguma maneira contribui com ela para a complementação prática dos fins abstratamente definidos pela sua sociedade. Nesse padrão de reconhecimento a questão é saber como se determina o horizonte universal de valores, pois este deve ser suficientemente aberto para admitir formas distintas de vida, ao mesmo tempo e que, deve poder servir como um sistema geral critérios de estima social.

Esta tensão entre universal e específico, traz como questão de fundo do reconhecimento pela solidariedade uma complexidade que diz respeito à força simbólica das referências e capacidades de cada grupo social e ainda à interpretação e articulação desse quadro cultural geral. Assim, detalha Honneth:

Com essas tarefas divergentes, uma tensão impregna a forma de organização moderna da estima social, submetendo-a de modo duradouro a um conflito cultural: seja como for que as finalidades sociais estejam determinadas, se sintetizadas numa ideia de “realizações” em aparência neutra ou pensadas como um horizonte aberto de valores plurais, sempre se precisa de uma práxis exegética secundária, antes que elas possam entrar em vigor no interior do mundo da vida social a título de critérios de estima. As ideias diretrizes tornadas abstratas, não oferecem um sistema referencial universalmente válido no qual se poderia medir o valor social de determinadas propriedades e capacidades, de tal modo que elas devem primeiro ser concretizadas por meio de interpretações culturais complementárias a fim de que encontrem a aplicação na esfera do reconhecimento; é por isso que o valor conferido a diversas formas de autorrealização, mas também a maneira como se definem as propriedades e capacidades correspondentes, se mede fundamentalmente pelas interpretações que predominam historicamente acerca das finalidades sociais. Visto que o conteúdo de semelhantes interpretações depende

por sua vez de qual grupo social consegue interpretar de maneira pública as próprias realizações e formas de vida como particularmente valiosas, aquela práxis exegética secundária não pode ser entendida senão como conflito cultural de longa duração: nas sociedades modernas, as relações de estima social estão sujeitas a uma luta permanente na qual os diversos grupos procuram elevar, com os meios de força simbólica e em referência às finalidades gerais, o valor das capacidades associadas à sua forma de vida. (HONNETH, 2003, p.206-207)

Na prática, o reconhecimento nesta terceira esfera da solidariedade somente se dá por meio de uma articulação grupal, capaz de mostrar os valores de uma dada forma de vida como legítimos, o que instaura na sociedade uma luta permanente pela valorização simbólica das normas e valores de cada um dos grupos capazes de se organizar. Não se trata aqui, exclusivamente de grupos formalmente organizados, e sim de conflitos, em que grupos de identidades tentam fazer valer suas formas de vida, a exemplo da luta dos homossexuais e das lutas feministas.

Ressalte-se que o objetivo de tais lutas, mais que uma valorização simbólica, é a atenção pública a determinadas características da identidade do indivíduo que são imprescindíveis para sua autorrealização e, no entanto, são desvalorizadas ou desrespeitadas no contexto social em que ele se encontra; torna-se necessária, assim, a luta para modificação dessa situação de desprestígio dessa dada forma de vida, a fim de que o indivíduo possa conquistar a autoestima, que é a valorização que o sujeito atribui a si mesmo por ser dotado da estima dos outros.

A cada uma das modalidades de reconhecimento descritas por Honneth, na atualização que ele faz da tipologia de Hegel, corresponde uma esfera de desrespeito: na esfera do amor, os maus-tratos; na esfera do direito, a privação de direitos, quando o sujeito é colocado em situação de desigualdade diante de seus pares; na esfera do reconhecimento social, a injúria ou desvalorização moral.

Valendo-se da metáfora das patologias e da morte, o autor explica como os desrespeitos, ou seja, as formas negativas de reconhecimento, são perniciosos para formação da identidade e personalidade do indivíduo e como os seres humanos são dependentes do reconhecimento de seus pares, de forma que este passe a ser requisito para a sua participação sadia e ativa na vida em sociedade.

O não reconhecimento teria, no plano individual, como consequência, o prejuízo ao pleno desenvolvimento subjetivo do indivíduo; entretanto, a sua consequência no plano coletivo seria a geração de um ambiente social conflitual impulsionado pelo sentimento de exclusão e injustiça, vivenciado pelo grupo não reconhecido.

Impende ressaltar que, para Honneth, a experiência do desrespeito, propiciada pelo não reconhecimento, que pode engendrar - a depender da esfera de reconhecimento em que se esteja lidando - o sentimento de perda da autoconfiança, da autoestima e do autorrespeito, contém em si a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne motivo de resistência política, daí a ligação entre reconhecimento e conflito: o reconhecimento dá uma explicação moral ao conflito social.

Dessa forma, Honneth conclui uma teoria acerca do reconhecimento que é, antes de tudo, social, pois concentra o seu foco de observações na dinâmica da sociedade enquanto palco das “lutas por reconhecimento” e política, na medida em que, deixa bem claro que é nos espaço das decisões públicas que as disputas se estabelecem. Concentra-se assim, na defesa de que, na seara dos conflitos sociais, os objetivos a perseguir vão além de uma justa redistribuição de bens materiais, mas devem dizer respeito, sobretudo, à luta pela dignidade humana, traduzidas não só na integridade física, mas também no reconhecimento do valor das diversas culturas, identidades e formas de vida.

A ênfase no reconhecimento das diferenças e na salvaguarda de identidades está longe de ser consenso. Fraser apresenta importante opinião divergente, capaz de tornar ainda mais rico o debate acerca do reconhecimento como pressuposto para a realização de uma sociedade justa. Examinar-se-á, de agora por diante, a contribuição de Nancy Fraser, seu paradigma de justiça, o seu critério de *status* social e de paridade participativa.

5.4 REDISTRIBUIÇÃO OU RECONHECIMENTO: NANCY FRASER E AS COMUNIDADES BIVALENTES.

Nancy Fraser, tal como os demais autores da filosofia política dedicados ao estudo do reconhecimento até agora referidos, é vinculada ao pensamento crítico; entretanto, diferentemente dos demais, afasta-se da matriz filosófica hegeliana, que aproxima a questão do reconhecimento do campo da eticidade, e prefere tratá-lo situado no campo da justiça, mais próxima de uma matriz filosófica kantiana.

Nancy Fraser, da mesma forma que Honneth, também empreende colocar a categoria do reconhecimento como imprescindível para alcançar as tarefas a que se propôs inicialmente o pensamento crítico, pretende ela, neste caminho, para atender aos desideratos críticos de transformação, voltar-se aos movimentos sociais, teorizar o lugar da cultura no capitalismo e,

sobretudo, refletir acerca de um padrão de justiça na contemporaneidade pós-socialista e globalizada (FRASER, 2009).

Fraser afirma que a ênfase das demandas por reconhecimento é fenômeno relativamente recente, sendo mais uma das mudanças advindas na esteira de um processo de evolução da sociedade capitalista, por ela denominado como “era pós-socialista”, caracterizado por um movimento de reconfiguração da ordem mundial, no qual as relações econômicas e políticas dão-se em escala global e multicultural e, ao longo do qual, vai se deslocando o ponto de tensão dos conflitos sociais das reivindicações de ordem econômica, para as reivindicações de reconhecimento de direitos e de ordem cultural, isto é, o percurso da redistribuição ao reconhecimento.

Embora coloque esse movimento de crescimento da atenção dada às diferenças culturais e às demandas por reconhecimento, Fraser deixa bem claro que, mesmo nos países centrais, as demandas por redistribuição não foram ainda superadas; pelo contrário, cresce a desigualdade social e os índices de desemprego, e aumenta a parcela da população que não tem acesso às condições materiais mínimas para uma subsistência digna, como é o caso dos Estados Unidos e da Europa continental, que enfrenta grave crise econômica, cujas consequências já estão sendo sentidas pela população.

O que em verdade é o ponto relevante da argumentação de Fraser e é objeto central de sua preocupação, é a desconexão como vinham sendo tratadas nas teorizações acerca do reconhecimento, as dimensões econômica e cultural. Fraser registra que, dos discursos e práticas dos movimentos sociais de reivindicação de reconhecimento de identidades culturais, transparece total negligência à problematização das questões advindas da estrutura econômica, sobretudo às desigualdades e injustiças nesta seara, cada vez mais notáveis numa ordem social globalizada.

A separação entre as dimensões econômica e cultural no enfrentamento das injustiças e desigualdades é inexistente na visão de Fraser, não passam de estratégias analíticas. O cerne da questão passa por definir reconhecimento cultural e desigualdade social, sem que uma demanda não enfraqueça a outra, e demonstrar como desvantagens econômicas e desrespeito cultural estão inextricavelmente enlaçados.

Nancy Fraser defende que injustiça social e injustiça cultural são faces de uma mesma moeda, e que é preciso ter isso em mente para elaboração de mecanismos de superação de uma e de outra, de forma que as duas demandas se fortaleçam e o atendimento

de ambas as reivindicações nos aproxime de uma situação ideal de justiça; para tanto, é preciso reconhecer que a ausência de clareza quanto à relação existente entre essas duas dimensões sociais, pode nos impedir de perceber como os remédios ministrados para as situações de injustiça podem ser contraditórios (FRASER, 2001).

Nessa perspectiva, Fraser propõe um modelo bivalente de justiça, capaz de superar a “falsa antítese” em que se converteu a contenda entre as pretensões de reconhecimento e de redistribuição:

Eu sustento que estas são falsas antíteses. É minha tese geral de que a justiça hoje requer tanto redistribuição quanto reconhecimento. Nenhum deles sozinho é suficiente. Tão logo se abraça esta tese, de qualquer modo, a questão de como combiná-los torna-se primordial. Vou argumentar que os aspectos emancipatórios das duas problemáticas devem ser integrados em um único quadro global. Teoricamente, a tarefa é elaborar uma concepção bidimensional de justiça que pode acomodar reivindicações defensáveis de igualdade social e as reivindicações defensáveis de reconhecimento da diferença. Na prática, a tarefa é elaborar uma orientação política programática que podem integrar o melhor da política de reconhecimento.⁷³. (FRASER, 1996, p.05, tradução nossa).

Fraser, na busca por desenvolver a sua proposta de um modelo de justiça bidimensional, enxerga que as medidas para superação de uma desigualdade de ordem econômica devem passar por uma ação de redistribuição de renda, uma reorganização do trabalho ou qualquer outra medida que implique uma mudança na estrutura político-econômica, ao passo que, no caso da injustiça cultural, devem ser tomadas medidas que resultem em modificações culturais tais como: a reavaliação positiva de identidades estereotipadas e vítimas de discriminação, a valorização da produção cultural desses grupos, a defesa da diversidade cultural, a desconstrução dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação de forma a ensejar maiores e melhores possibilidades de autointerpretação para os membros da sociedade política.

Tomando por exemplo as lutas feministas, pode-se aclarar a proposta de Fraser: sabe-se que o gênero estrutura a divisão de trabalho como sendo o trabalho reprodutivo/doméstico/não-assalariado o trabalho típico da mulher, como se sabe que gênero

⁷³ “These, I maintain, are false antithesis. It is my general thesis that justice today requires both redistribution and recognition. Neither alone is sufficient. As soon as one embraces this thesis, however, the question how to combine them becomes paramount. I shall argue that the emancipator aspects of two problematic should be integrated in a single comprehensive framework. Theoretically, the task is to devise a two-dimensional conception of justice that can accommodate both defensible claims for social equality and defensible claims for the recognition of difference. Practically, the task is to devise a programmatic political orientation that can integrate the best of the politics of recognition”

também determina que as posições profissionais mais bem pagas sejam ocupadas por homens e, mais ainda, que entre homens e mulheres executantes de um mesmo trabalho, os homens recebam maior remuneração. Para mudar isso, haveria de acontecer uma transformação da economia política que eliminasse a exploração e a marginalização baseada em gênero, o que implicaria eliminar as diferenças de gênero, nesta seara, ao menos. Sucede, todavia, que as injustiças baseadas no gênero não se resumem às desigualdades materiais; existe um padrão cultural que privilegia as características da masculinidade e determina a depreciação do feminino, fazendo com que a sociedade organize suas práticas no sentido de naturalizar a subalternização e desvalorização das mulheres. Já nesse caso, a solução passaria por enfatizar as especificidades e valorizar a imagem do feminino.

Vê-se como, por vezes, parece duvidoso se o remédio ou mecanismo para a superação da injustiça é o adequado a imprimir uma mudança de realidade positiva para o grupo ou identidade em busca de reconhecimento porque, na maioria das vezes, esses grupos sofrem tanto da injustiça econômica quanto de desrespeito cultural. E este é um ponto chave do pensamento de Fraser, sobretudo no estudo aqui empreendido em que, como se viu, a noção de vulnerabilidade, vista como fundamento do “Direito Penal dos vulneráveis”, possui como características paralelas a falta de acesso a bens materiais e a precária força simbólica de determinados atores sociais.

A vulnerabilidade, como nesse trabalho foi entendida, coincidiria assim, com o não reconhecimento cultural e com a não redistribuição, fenômenos umbilicalmente ligados, perfazendo faces de uma mesma realidade social.

Os segmentos vulnerabilizados seriam, na linguagem de Fraser, o que se traduziu como “comunidades bivalentes”, isto é, aquelas em que as chamadas categorias bidimensionais de diferenciação social acabam por gerar uma condição em que são paralelamente vítimas de injustiças materiais e injustiças sociais. Assim explica a autora:

Gênero, em suma, é uma diferenciação social bidimensional. Ele combina uma dimensão de classe, como que o traz para âmbito da redistribuição, com uma dimensão de status, que traz simultaneamente para o âmbito do reconhecimento [...] “Raça”, é claro, também é uma divisão social bidimensional, um composto de status e classe. Enraizado simultaneamente na estrutura econômica e a ordem social da sociedade capitalista, as injustiças do racismo incluem tanto a má distribuição quanto o falso reconhecimento.⁷⁴ (FRASER, 2003, p.21-22, tradução nossa)

⁷⁴ “Gender, in sum, is a two-dimensional social differentiation. It combines a class-like dimension, which brings it within the ambit of redistribution, with a status dimension, which brings simultaneously within the ambit of recognition [...] “Race”, it is clear, is also a two-dimensional social division a compound of status and class.

O dilema na era pós-socialista seria, justamente, como administrar os mecanismos de superação das injustiças - tanto materiais quanto culturais - se eles devem, ao mesmo tempo, enfatizar e superar as diferenças. Nancy Fraser analisa as estratégias para vencer o dilema entre redistribuição e reconhecimento chamando-as de afirmativas e transformativas. As estratégias afirmativas modificariam apenas os resultados indesejados, sem mexer na estrutura que os formam; já as transformativas mexeriam nos resultados indesejados pela modificação da estrutura que os determina (FRASER, 2001).

Para a autora, as soluções no enfrentamento das injustiças podem começar atacando seus resultados indesejáveis, mas obrigatoriamente precisam ser transformativas, a fim de que, modificando as estruturas geradoras da injustiça, alcancem a sua eliminação.

Recentemente, um debate entre Nancy Fraser e Axel Honneth deu origem ao livro *Redistribution or recognition? A political–philosophical Exchange*, em que Fraser teve oportunidade de recuperar vários pontos de sua teoria⁷⁵; nota-se que ela continua a afirmar que existem duas dimensões da injustiça, a de natureza econômica e a de natureza cultural, muito embora essas duas dimensões estejam sempre interpenetradas, para ela, tanto a redistribuição mais justa dos recursos de riqueza e quanto o reconhecimento da diferença são requisitos para a materialização de justiça. As duas dimensões de justiça possuem uma distinção apenas analítica, conforme permanece afirmando:

O ponto chave é que cada uma das duas dimensões de justiça está associada com um aspecto analiticamente distinto da ordem social [...] Como veremos, a ordem econômica é normalmente institucionalizado no mercado; a ordem cultural pode religião e lei. Em todas as sociedades, a ordem econômica e ordem cultural são mutuamente imbricadas⁷⁶ (FRASER, 2003. p.50-51, tradução nossa)

A questão central seria como se relacionam estas duas dimensões, como se dá o entrelaçamento entre redistribuição e reconhecimento. No debate com Honneth, Fraser expõe como redistribuição e reconhecimentos se constituem no que ela denomina paradigmas

Rooted simultaneously in the economic structure and the status order of capitalist society, racism's injustices include both maldistribution and misrecognition."

⁷⁵ O texto de abertura do livro, *Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation* foi publicado originalmente em 1996 e serve de ponto de partida ao debate Fraser/Honneth publicado em 2003.

⁷⁶ "The key point is that each of two dimensions of justice is associated with an analytically distinct aspect of social order [...]As we shall see, economic ordering is typically institutionalized in markets; cultural ordering may work through a variety of different institutions, including kinship, religion, and law. In all societies economic ordering and cultural ordering are mutually imbricated."

populares de justiça, que seriam o conjunto de concepções sobre causas e possíveis soluções de injustiças.

No paradigma da redistribuição, a injustiça é vista como parte da estrutura econômica da sociedade e a solução seria melhor distribuição de renda. As diferenças aqui são socialmente construídas e não intrínsecas aos sujeitos. A luta política se destina a abolir tais diferenças. Já no paradigma da redistribuição, a injustiça se relaciona aos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, o que requer uma mudança cultural que propicie o questionamento de padrões dominantes e a valorização dos grupos discriminados.

A antítese em torno desses dois paradigmas é falsa, como já dito, pois em verdade os dois seriam os limites de um modelo de justiça vista como um espectro, que possui extremos e, entre eles, diferentes gradações, portanto no cotidiano a injustiça assumiria diversas formas em que, conforme o caso, se mesclariam diferentemente a má-distribuição e o reconhecimento errôneo ou negado, conforme sintetiza Fraser:

Devemos optar por uma política de redistribuição que visa abolir os diferenciais de classe? Ou devemos abraçar um reconhecimento político que visa celebrar ou desconstruir diferenças entre os grupos? Aparentemente, não podemos sustentar ambos. Isto, no entanto, é uma falsa antítese.

Para ver porque, vamos participar de um experimento de pensamento. Imagine um espectro conceitual de diferentes tipos de divisão social. Em um extremo estão as divisões que se encaixam no paradigma popular de redistribuição. No outro extremo, são divisões que se encaixam no paradigma popular de reconhecimento. Entre os dois, há casos que comprovam uma dificuldade, porque eles se encaixam em ambos os paradigmas da justiça simultaneamente.⁷⁷ (FRASER, 2003. p.16, tradução nossa)

Considerar o modelo de justiça bidimensional, como o elaborou Fraser, implica em também assumir que a questão central para se chegar a um modelo de justiça nas sociedades econômicas não é o não reconhecimento, entendido como óbice a plena autorrealização dos indivíduos, nem tampouco seria a distribuição igualitária de bens e oportunidades. Fraser propõe um critério para a identificação das situações de injustiça: o critério do status:

Por essas razões, proporei uma análise alternativa do reconhecimento. A minha proposta é tratar o reconhecimento como uma questão de status social. Dessa perspectiva – que eu chamarei de modelo de status – o que exige reconhecimento

⁷⁷ “Should we opt for a politics of redistribution that aims to abolish class differentials? Or should we embrace a politics recognition that seeks to celebrate or deconstruct group differences? Apparently we cannot support both. This, however, is a false antithesis. To see why, let’s engage in a thought experiment. Imagine a conceptual spectrum of different kinds of social division. At one extreme are divisions that fit the folk paradigm of redistribution. .At the other extreme are divisions that fit the folk paradigm of recognition. In between are cases that prove difficult because they fit both paradigms of justice simultaneously “

não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social. O não reconhecimento, conseqüentemente, não significa depreciação e deformação da identidade de grupo. Ao contrário, ele significa subordinação social no sentido de ser privado de participar como um igual na vida social. Reparar a injustiça certamente requer uma política de reconhecimento, mas isso não significa mais uma política de identidade. No modelo de status, ao contrário, isso significa uma política que visa a superar a subordinação, fazendo do sujeito falsamente reconhecido um membro integral da sociedade, capaz de participar com os outros membros como igual.

Permitam-me elaborar. Entender o reconhecimento como uma questão de status significa examinar os padrões institucionalizados de valoração cultural em função de seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais. Se e quando tais padrões constituem os atores como parceiros, capazes de participar como iguais, com os outros membros, na vida social, aí nós podemos falar de reconhecimento recíproco e igualdade de status. Quando, ao contrário, os padrões institucionalizados de valoração cultural constituem alguns atores como inferiores, excluídos, completamente ‘os outros’ ou simplesmente invisíveis, ou seja, como menos do que parceiros integrais na interação social, então nós podemos falar de não reconhecimento e subordinação de status. (FRASER, 2007, p.107-108)

Entendido como se relacionam redistribuição e reconhecimento, a questão que se põe é a de como diferenciar as reivindicações justificadas das injustificadas. Para responder a tal questionamento, Fraser lança mão do conceito de paridade participativa, que seria a condição que teria o indivíduo para, em pé de igualdade com os demais, travar acordos por justiça.

No modelo de status, então, o não reconhecimento aparece quando as instituições estruturam a interação de acordo com normas culturais que impedem a paridade de participação. Exemplos abrangem as leis matrimoniais que excluem a união entre pessoas do mesmo sexo por serem ilegítimas e perversas, políticas de bem-estar que estigmatizam mães solteiras como exploradoras sexualmente irresponsáveis e práticas de policiamento tais como a ‘categorização racial’, que associa pessoas de determinada raça com a criminalidade. Em todos esses casos, a interação é regulada por um padrão institucionalizado de valoração cultural que constitui algumas categorias de atores sociais como normativos e outros como deficientes ou inferiores: heterossexual é normal, gay é perverso; ‘famílias chefiadas por homens’ são corretas, ‘famílias chefiadas por mulheres’ não o são; ‘brancos’ obedecem à lei, ‘negros’ são perigosos. Em todos os casos, o resultado é negar a alguns membros. (FRASER, 2007, p.108)

Assim, as reivindicações de reconhecimento justificam-se quando elas se voltam contra normas atuais ou padrões de valoração cultural que negam as condições objetivas ou subjetivas mínimas da paridade participativa, e se as novas práticas almejadas não negarão essas condições.

A autora destaca a necessidade de instituições sólidas que garantam a paridade participativa e que superem a injustiça, realizando uma combinação de medidas afirmativas e transformativas que sejam capazes de atingir também as causas da injustiça.

As elaborações referentes ao reconhecimento, como observado, dizem respeito ao campo de discussões da filosofia política; Entretanto, mesmo na filosofia contemporânea há aqueles que encaram o fenômeno da intersubjetividade, a relação do “eu” com o “outro” numa perspectiva diferenciada⁷⁸ das que até aqui foram apresentadas, Ricoeur (2004) ao final de sua obra apresenta o reconhecimento muito mais próximo de um empreendimento metafísico que de uma teoria social de caráter normativo, pela sua distinção das abordagens até aqui examinadas e, por sua especial originalidade, a contribuição de Paul Ricoeur possui o potencial de revelar aspectos do reconhecimento talvez ainda não problematizados, por essa razão, será reproduzida sucintamente.

5.5 PAUL RICOEUR: A BUSCA PELO RECONHECIMENTO E OS ESTADOS DE PAZ

Em obra já mencionada no presente capítulo, Ricoeur (2004) empreende a construção de um “percurso” do reconhecimento enquanto categoria filosófica. Justifica seu empreendimento, tomando como ponto de partida a observação de não existir uma elaboração filosófica realmente capaz de ser chamada, por sua amplitude e coerência, uma verdadeira teoria do “reconhecimento”, o que contrasta com o plano lexicográfico em que, malgrado existirem diversas significações atribuídas ao termo “reconhecimento”⁷⁹, é possível identificar uma “polissemia regrada”.

Tomando por inspiração os achados a respeito do reconhecimento na polissemia regrada do léxico, o autor vai buscar nos vazios, nos não ditos da passagem de uma significação para outra, o mote para guiá-lo na reconstituição filosófica da ideia de reconhecimento. Desenvolve três grandes ensaios: o primeiro, “o reconhecimento como identificação”, em que aproveita as filosofias de Descartes e de Kant com sua *reognition* para estudar o reconhecimento inicialmente vinculado ao ato de conhecer; o segundo, “reconhecer-se a si mesmo”, passagem obrigatória para o terceiro estudo, em que ao autor evoca a consciência da responsabilidade dos gregos, a filosofia cartesiana do Cogito e as

⁷⁸ Outro autor cujas ideias não puderam ser expostas aqui em razão das limitações do presente trabalho, que em sua filosofia aborda a relação com “o outro” é Emmanuel Levinas, que a apresenta como uma experiência transcendente materializada no rosto de outrem. (LEVINAS, 2011)

⁷⁹ Saavedra e Sobotka (2009) observam que a metodologia utilizada por Ricoeur de buscar fazer um estudo genealógico das ideias filosóficas acerca do reconhecimento, na tentativa de produzir uma réplica a “polissemia regrada” encontrada no plano lexical, acaba perdendo em sentido quando transposto para línguas que diferentemente do francês, idioma em que foi elaborado o estudo, e do português, não possuem expressão “reconhecimento” com natureza polissêmica. Por exemplo, no idioma alemão de cuja perspectiva alguns dos filósofos do reconhecimento mais conhecidos como Honneth e Hegel analisam o conceito, a expressão reconhecimento somente refere ao reconhecimento intersubjetivo.

filosofias transcendentais de Kant e Fichte para perscrutar uma “fenomenologia do homem capaz”, fazendo emergir um homem capaz de construir uma identidade narrativa e de se responsabilizar, e ainda recorre à filosofia bergsoniana para, utilizando como recurso a memória e a promessa, fazer surgir a necessária articulação entre ipseidade e mesmicidade na compreensão do si mesmo; e, por fim, o reconhecimento mútuo, no terceiro e último estudo.

Somente na passagem do segundo estudo para o terceiro e, no terceiro estudo propriamente dito, o reconhecimento é tratado por Ricoeur na perspectiva que aqui interessa, qual seja, na perspectiva de como a subjetividade do indivíduo somente é plenamente formada a partir da interação com outro e como a necessidade do reconhecimento do outro é mobilizadora do agir humano; entretanto, as abordagens dos três ensaios não são estanques, são cumulativas, somente tendo passado pelo estágio do reconhecimento-identificação e pelo reconhecimento de si mesmo é possível, depois, compreender o reconhecimento do outro pelo prisma da mutualidade.

No terceiro estudo, embora parta do *anerkennung* hegeliano, o autor, tomando por princípio a reconstituição dos argumentos de Hegel e suas reatualizações em “A luta por reconhecimento”, passa a algumas considerações divergentes que culminam com uma virada conceitual no confronto com suas referências: a argumentação é dirigida contra a ênfase exclusiva posta na ideia de luta para a busca de experiências de reconhecimento de caráter pacificador, como anuncia Ricoeur no início do terceiro estudo:

Da discussão centrada na própria ideia de luta, proveniente de Hegel, ocorrerá na seção seguinte a tentativa de completar uma problemática da luta por meio da evocação das experiências de paz pelas quais o reconhecimento pode, senão encerrar seu percurso, ao menos deixar entrever a derrota da negação de reconhecimento. (RICOEUR, 2004, p.203)

Antes, porém, identifica o projeto de Honneth como a pretensão de fundar, a partir da noção de reconhecimento, uma teoria social com conteúdo normativo e a identifica como uma parte relevante do percurso proposto:

O que Honneth guarda de Hegel é o projeto de fundar uma teoria social com conteúdo normativo. Essa teoria tem a ambição de responder a Hobbes, na medida em que a luta provém de motivos morais que podem ocupar o lugar da tríade da rivalidade, da desconfiança e da glória na descrição do pretense estado de natureza no *Leviatã*. Concordo essencialmente com esse projeto. Em meu próprio vocabulário, trata-se de procurar no desenvolvimento das interações conflituosas a fonte da ampliação paralela das capacidades individuais, evocadas no segundo estudo sob o signo do homem capaz em conquista de sua ipseidade. No reconhecimento mútuo se encerra o percurso de reconhecimento de si mesmo. (RICOEUR, 2004, p.202).

A identificação, todavia, dá-se em somente uma parte do percurso. Ricoeur afasta-se de Honneth ao tomar dos estados de paz de Boltansky⁸⁰ (1991) a noção de *ágape* para, junto com a análise da figura do dom⁸¹, identificada na dinâmica dar-receber e receber-retribuir encontrar na gratidão a chave de um “reconhecimento simbólico”, que aproxima a linguagem de *ágape*, sem equivalências, sem preocupações com retribuição e com a justa medida, da linguagem da justiça. O reconhecimento seria, então, um estado de paz e de justiça mútuo, livre da obrigação da equivalência, da retribuição, que se dá não pela coerção, mas pelo espontâneo reconhecimento do outro.

Ágape seria diferente de *Philia* (no sentido aristotélico) e *Eros* (no sentido platônico), para Ricoeur, sua principal característica seria a ausência de referência a uma equivalência:

O traço mais importante para nossos objetivos reside na ignorância do contradom na efusão do dom no regime da *ágape*. Este é um corolário da ausência de referência da *ágape* e toda a ideia de equivalência [...] a *ágape* possui um olhar “em favor do homem que é visto”; o caráter “incomensurável” dos seres torna “a reciprocidade infinita de ambos os lados” [...] É sobre seu impacto sobre a própria prática de reciprocidade, tal como seu conceito de próximo o exige, que joga essa credibilidade: o próximo não como aquele que está próximo, mas como aquele do qual nos aproximamos. É, então, na dialética entre o amor e a justiça, aberta por essa aproximação, que consiste a prova da credibilidade do discurso da *ágape*. (RICOEUR, 2004, p.235-236)

Acontece que a dialética do amor e da justiça são discordantes, muito embora os dois regimes - o da justiça e do amor - remetam ao mundo das ações, as linguagens são diferentes, no vocabulário de Boltansky, as “ordens de grandeza” são diversas, o que gera, no mínimo, confusão. Na vida concreta cada indivíduo pode oscilar entre um e outro, o que pode por vezes gerar mal entendido. Observe-se como é grande a desproporção entre o mundo de *ágape* e o mundo da justiça, conforme argumentado por Ricoeur:

É precisamente no trabalho da desproporção que consiste a dialética do amor e da justiça que se prolongará até no paradoxo do dom feito. E é ainda no nível da linguagem que essa dialética discordante se deixa apreender: a *ágape* se declara, se proclama, a justiça argumenta. No tribunal, essa argumentação está a serviço da

⁸⁰ Luc Boltansky e Laurent Thévenot (1991), na obra referenciada, *De la justification: les économies de la grandeur*, se apresentam alinhados aos autores que entendem a justiça a partir da proeminência do “bem” sobre o “justo”. Os dois sociólogos elaboram a ideia de justiça como justificação. Para eles as fontes de justiça são plurais. Existem “cidades” ou “mundos” diferentes em valores e na escala de critérios para determinação do que é aceitável. Haveria assim a cidade mercantil, a cidade doméstica, a cidade artística e etc. Justificação seriam os critérios, provas, testes a partir dos quais cada indivíduo faz conhecer o seu lugar social e legitimar suas ações. Os diferentes critérios a partir dos quais isso acontecer são as “economias de grandeza”. Para Ricoeur onde os autores dizem justificação, ele diria reconhecimento. No que concerne aos estados de paz, seriam as experiências onde não haveria disputa ou discórdia, estando portanto, livre de justificação. São três: *Philia*, *Eros* e *Ágape*. Todas expressões do amor.

⁸¹ Nessa análise Ricoeur (2004) refere-se a ensaio de Marcel Mauss “*Essai sur le don: Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*”, em que o autor estuda a prática de troca de dons (presentes) entre determinadas populações nativas e busca esclarecer um certo paradoxo, subjacente ao dom expressada na seguinte questão: como explicar o caráter voluntário, aparentemente livre e gratuito, e, contudo forçado e interessado nessas prestações? Trata-se de um trabalho de natureza sociológica e etnográfica.

disputa à qual se opõem os estados de paz. A distância entre disputa jurídica e estados de paz é, em um certo sentido, levada a seu ápice quando a decisão da justiça coloca um fim ao processo e a seu combate de argumentos; a decisão cai como uma palavra que separa, colocando de um lado o queixoso, declarado vítima, e de outro seu adversário, declarado culposos; o juiz se apresenta a nós, então, como portador, não apenas da balança mas também da espada. A disputa foi decidida; mas ela foi apenas subtraída à vingança sem ter sido aproximada do estado de paz. (RICOEUR, 2004, p.237)

Em que pese a grande dissimetria entre *ágape* e a justiça, Ricoeur insiste na conciliação entre ambos como passo importante para a conclusão de sua argumentação, fundada na busca do reconhecimento intersubjetivo nos estados de paz:

Pode-se lançar uma ponte entre a poética da *ágape* e a prosa da justiça, entre o hino e a regra formal? Essa ponte deve ser lançada, pois os dois regimes de vida, segundo a *ágape* e segundo a justiça, remetem ao mesmo mundo da ação no qual ela têm a ambição de se manifestar como competências; a ocasião privilegiada desse confronto é precisamente o dom. (RICOEUR, 2004, p 238)

Argumentando acerca do dom, Ricoeur menciona uma teoria da reciprocidade em que se abarcam distintas figuras, como a vingança, o dom e as trocas mercantis, e salienta que a lógica da reciprocidade pode trazer um círculo virtuoso (dom versus contradom) ou um círculo vicioso da vingança (malefício versus contramalefício). A questão é distinguir a boa retribuição da má retribuição. É exatamente nesse ponto que a dialética entre o amor e a justiça pode superar suas discordâncias.

A equivalência e exatidão da justiça e a generosidade do amor, se reconciliam em Ricoeur por meio do dom, que responde à questão da reciprocidade vertendo-a em verdadeira mutualidade, com o recurso à mediação do reconhecimento mútuo simbólico que se expressa na citação de Claude Lefort:

A idéia segundo a qual o dom deve ser retribuído supõe que outrem é um outro eu que deve agir como eu; e esse gesto retribuído deve confirmar em mim a verdade de meu próprio gesto, isto é, minha subjetividade [...], os homens confirmando uns aos outros que eles não são coisas. (LEFORT, apud RICOEUR, 2004, p. 240)

O ingrediente decisivo nesse reconhecimento simbólico é a gratidão, que na língua francesa também pode ser significada pela expressão “reconhecimento”. A gratidão em quem separa o “bom receber” do “mau receber”, é na troca de dons que o reconhecimento mútuo se completa em Ricoeur. Ele, porém, adverte: sua argumentação fundada nos estados de paz, só é capaz de oferecer uma trégua, uma “clareira” onde se possa pensar a questão do reconhecimento intersubjetivo de uma forma que não seja desde a disputa e o conflito, para, ao final, concluir:

A luta de reconhecimento talvez seja interminável: ao menos as experiências de reconhecimento efetivo na troca de dons, principalmente em sua fase festiva, conferem à luta pelo reconhecimento, a garantia de que a motivação que a distingue do apetite pelo poder, e que a coloca ao abrigo da fascinação pela violência, não era nem ilusória, nem vã. (RICOEUR, 2004, p.258)

Por tudo quanto foi reconstituído do “Percurso do Reconhecimento” de Ricoeur, claro está o seu afastamento dos demais autores aqui apresentados. Para Ricoeur, o reconhecimento não é uma teoria, mas uma dinâmica que guia o reconhecimento-identificação, depois o reconhecimento de si próprio para, ao fim, chegar ao reconhecimento intersubjetivo, trata-se de uma epistemologia.

Embora trate da questão em seu livro, Ricoeur pouco explora os aspectos políticos, sociais, intrinsecamente ligados ao reconhecimento intersubjetivo. É que o autor conduz a sua elaboração acerca do reconhecimento para a uma dimensão metafísica. De fato, para ele, não há interesse nas pesquisas empíricas e sociais do reconhecimento e a sua dinâmica não é mais observada desde a perspectiva de uma teoria normativa da sociedade, mas como uma concreta separação entre o ser e o dever-ser no campo do reconhecimento.

Não necessariamente o rumo tomado pela filosofia do reconhecimento de Ricoeur constitui um demérito. Se de um lado ela se afasta, radicalmente, daquilo que se apresenta como uma característica de grande interesse da filosofia do reconhecimento dos outros autores: o fato de ser uma filosofia que é antes de tudo política, que embora trate de questões que digam respeito a intersubjetividade, discute a justiça de uma dada sociedade e a definição dos padrões de sua administração a partir da perspectiva do reconhecimento perscrutada por meio de pesquisas empíricas voltadas à investigação social sendo, portanto, uma filosofia que flerta com as Ciências Sociais; por outro lado, o autor francês se abstém de observar o reconhecimento por meio de uma visada monológica, abrindo espaço para percorrer novos caminhos guiados pelo reconhecimento, que possivelmente ainda não tinham sido considerados.

6 DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA O RECONHECIMENTO OU ESPAÇO PARA IMPOSIÇÃO DE UMA NOVA MORAL?

Se do estudo das contribuições das chamadas “teorias do reconhecimento” é possível antever que os chamados vulneráveis querem reconhecimento, e, mais que reconhecimento, justiça, em sentido mais amplo, conforme explicou Fraser; da observação do chamado “Direito Penal dos vulneráveis”, do ponto de vista do que se tem chamado de “expansão penal

contemporânea”, consoante abordado no primeiro capítulo, é possível de outro lado afirmar que os vulneráveis querem também Direito Penal.

O espaço do “Direito Penal dos vulneráveis” aproxima influxos de criminalização e movimentos sociais, em mobilizações cuja finalidade, pela primeira vez, não está ligada à criminalização dos próprios movimentos sociais, antes esses mesmos é que propugnam pelas novas criminalizações, conforme já se viu, servindo-se do substrato semântico da “vulnerabilidade” como justificativa, teoricamente nutridos por uma perspectiva de proteção de Direitos Humanos de caráter punitivo e por uma associação entre as categorias crime e Direitos Humanos promovida nos esforços legitimadores da Criminologia Crítica e nos esforços de amadurecimento e afirmação científica da Vitimologia.

Nesse sentido parece claro que, de forma bastante consistente, há uma luta por Direito Penal, muito próxima e aparentemente relacionada com uma luta por reconhecimento. Como já mencionado na segunda parte desse trabalho, nos antecedentes de tudo isso, parece haver uma contradição ou, no mínimo, uma mudança radical de posição dos setores progressistas do pensamento social, em especial da Criminologia e da Sociologia.

SCHEERER (1985) é importante referência no estudo que aqui se empreende. O autor identifica que os “gestores da moral pública⁸²”, outrora recrutados dos seguimentos conservadores, agora são chamados entre os “novos movimentos sociais” que se diversificam em uma multidão variada, de correntes contraculturais, formadas a partir da década de 70 do século XX, em quase todos os países industriais capitalistas, daí por que os chama de “atípicos”.

Para o autor, a partir de 1970, modificam-se os temas de reivindicação social, antes relacionados à utopias políticas abstratas, como “comunismo” ou “internacionalismo”, os novos temas passam a ser colhidos na realidade do cotidiano vivido por cada um dos sujeitos, como por exemplo a necessidade de um meio ambiente preservado e a luta das minorias.

Explica esse fato a observação que relevantes modificações sociais, tais como: a emergência de novas identidades, o reconhecimento de novos direitos, a ampliação do

⁸² Segundo SCHEERER (1985), essa categoria, muito conhecida na literatura sociológica, expressa a condição do ator social que ocupa lugar central nos “movimentos orientados em direção as normas e a valores”. Também referidos como “empreendedores morais”. Caracterizam-se na análise de Scheerer, por atuar com falta de conhecimento das questões sociais que abordam, por sua incapacidade de analisar os processos sociais em que estão inseridos, por sua atuação ingênua, pautada em uma ética absoluta e apaixonada, ao mesmo tempo em que, relativizam os meios necessários para atingir os fins políticos de seu interesse. O autor utiliza como ilustração os religiosos das pequenas cidades americanas do início do século passado, que buscaram por meio da lei rechaçar os costumes diversos trazidos à realidade social pelos imigrantes irlandeses, perseguindo assim, obrigar a todos que se sujeitassem às suas concepções de moral servindo-se para isso, da lei penal como meio de coerção. Neste sentido ainda BECKER (1973).

contingente de pessoas politicamente capazes de serem considerados sujeitos de direitos, a destruição do meio ambiente e a necessidade de controle da degradação/exploração do planeta para a continuidade da vida, acabaram por gerar um grande número de processos e de novas formas de interação, que tiveram como resultado difundir uma nova moral ou ao menos “conteúdos novos de uma velha moral” (SCHEERER, p.272, tradução nossa).

Nesse contexto, Scheerer enfatiza que, da análise dos “novos movimentos sociais” e de sua repercussão na atividade parlamentar, conclui-se que esta aflui para o campo político da legislação penal levando-a recepcionar um número elevado de conflitos temáticos, o que atesta certa “reviravolta” em relação às antigas correntes de reivindicação.

O autor registra que o comportamento dos movimentos sociais se modificou rapidamente nas últimas décadas. Se numa primeira fase, em 1960, eles se denominavam “libertários”, “anti-institucionais” e “anti-estatais”, numa segunda fase, no início dos anos de 1970, eles adotam uma posição de diálogo, atuando como interlocutores junto às instituições em relação a um amplo desacordo a respeito de valores, de justiça e de normas. Afloram aí as reivindicações de reconhecimento, muito embora tenham ficado em primeiro plano as reivindicações de igualdade diante da lei, ante as reivindicações do direito fundamental pela diferença; já na terceira fase, iniciada no fim dos anos 70 e início dos anos 80 do século passado, ocorre uma redução da perspectiva dos movimentos sociais, de sua participação nas instituições e nas discussões políticas travadas com o Estado. Adota-se uma posição de barganha simplificadora e redutora das grandes questões presentes nas complexas sociedades: “Eles não querem fazer mais nada para o Estado se este não promete fazer algo por eles” (SCHEERER, p.274, tradução nossa).

Conduziu a esta terceira fase, o resgate da importância conferida ao Direito Penal e a ampliação das expectativas simbólicas nele depositadas, processos ocorridos no final dos anos 70 do século XX, quando abandona-se a posição de considerá-lo algo ruim, e reabilita-se a ideia de uma “justiça”, a qual se possa chegar por meio de modificações positivas de direito, fundadas no princípio da culpa e da imputação, conferindo ao Direito Penal o papel de organizador universal e simbólico da hierarquia dos valores e dos bens.

No olhar de Scheerer, os movimentos sociais revelam-se, nesse percurso, protagonistas de uma força de criminalização que põe fim a uma fase de descriminalização, e invertem concepções que prevaleciam, anteriormente, favoráveis à retirada do Direito Penal do domínio dos delitos, em matéria de comunicação e de moral. Ademais, o ímpeto criminalizador dos movimentos sociais parece fazer pouco caso da finalidade instrumental do Direito Penal, ou de qualquer exigência de coerência, e enfatiza-se a importância da

representação simbólica daquilo que é justo e verdadeiro, na perspectiva dos interesses de cada um dos grupos atuantes, enquanto novos empreendedores morais⁸³.

Na percepção de Scheerer (1985), o esforço não é de construir uma ordem jurídica que seja justa e atenda aos anseios de proteção, eleitos como relevantes em uma dada sociedade; trata-se de querer ver no Direito Penal seus valores, sua forma de vida, suas características específicas, inscritas positivamente no quadro simbólico, pela ameaça da pena e do castigo. Tal uso do Direito Penal apresenta-se bastante problemático, uma vez que, entre as suas tarefas, seguramente, a afirmação de valores morais não encontra lugar.

Evidentemente, novas formas de pensar e interpretar o mundo, ou novas formas de eleição e hierarquização de valores surgiram, propiciadas pelo confronto do homem, com mudanças muito significativas, tais como: a progressiva ampliação dos direitos do homem, alcançada tanto na esfera internacional de Direitos Humanos, quanto em nível interno, nos estados constitucionais; a admissão nestas ordens, de novos bens de titularidade coletiva como o meio ambiente saudável e equilibrado e a segurança das relações econômicas e de consumo; a emergência de uma aproximação muito maior entre culturas diversas, ocasionada pela diminuição das distâncias geográficas, ante os variados aspectos da globalização e o acirramento das tensões, ocasionadas pela dificuldade apresentada pelas modernas sociedades de conviver com a diversidade, entre outros processos relevantes. A difusão dessas novas formas de pensar e de agir, com pretensão de representar um padrão normativo, exprime o que Scheerer (1985, p.271) chamou de “novos aspectos de uma velha moral”.

Defende-se que uma crítica ao Estado e ao Direito deve passar por uma fundamentação ética de suas ações e a efetivação de uma “justiça” passar pela supressão do afastamento, que se deu em consequência do positivismo jurídico, das questões do Direito e do Estado e a perspectiva axiológica (HÖFFE, 2001). No entanto, a questão sempre problemática é a de definir que valores, interesses e direitos poderiam ostentar um caráter absoluto, o qual autorizasse a sua imposição a todos.

A própria ideia de que a todos os homens é devido um núcleo de direitos inalienáveis, independentemente de quaisquer outras considerações, em que se funda a doutrina de Direitos Humanos, aspira constituir-se em uma nova moral, embora até hoje sejam empreendidos esforços no sentido de dotar-lhe de uma fundamentação, o que

⁸³ A este respeito, Scheerer vaticina: “Aos olhos dos novos movimentos sociais, o Direito Penal encontra assim a dignidade quase metafísica que perdera. Ele se torna o meio de fixar, por escrito e de modo simbólico, o novo sistema de valor. Que a lei seja, na sua aceção técnica, ‘eficiente’ ou sobretudo, ‘contraprodutiva’, não parece ser mais importante aos novos especialistas em delitos: o importante é ter a sua lei” (SCHEERER, 1985, p. 274). tradução livre.

demonstra ser, de fato, uma questão difícil, contemplar as diferenças e necessidades específicas e, ao mesmo tempo, estabelecer um núcleo de valores universais a guiar uma referência de justiça.

Ademais, a experiência histórica parece apontar como algo nada promissor a utilização do Direito Penal, como instrumento para fixação e imposição de valores, fato sempre associado a políticas criminais de caráter autoritário.

7 “DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS” E LUTA PELO RECONHECIMENTO

Viu-se que, do ponto de vista teórico, a questão do reconhecimento está localizada em meio a um intenso debate na filosofia política e na teoria social e, do ponto de vista prático, está mais do que presente nos espaços públicos de discussão, como antecedente ou mesmo como matéria determinante na maioria dos desafios que se impõe aos indivíduos e coletividades, na busca pela harmonia entre universalidade e especificidade que seja capaz de fazer emergir uma forma de viver que propicie a todos uma vida digna, mesmo diante do caleidoscópio de diferenças e de pluralidades que caracterizam as sociedades contemporâneas.

De tudo quanto se pode conhecer acerca do reconhecimento percebe-se que, independentemente de ser ele encarado como meio para alcançar a plenitude de desenvolvimento subjetivo, fundado em uma relação dialógica com um pano de fundo ético, ou pressuposto de uma concretização de “justiça”, a sua ausência ou privação constitui-se, no mínimo, em um verdadeiro incômodo, um obstáculo ao acesso a uma dignidade humana e um sufocamento de um potencial de verdade e autenticidade, no qual radica esta própria dignidade.

Por esta característica, a questão do reconhecimento está mesmo ligada à articulação de identidades individuais e coletivas, e serve de catalisador ou combustível para mobilizações sociais que buscam chamar a atenção para as suas prioridades e, sobretudo, fixar as características e capacidades de sua identidade no quadro simbólico do que é positivo e digno de admiração na sociedade. Daí porque não exageravam na ênfase, Hegel e Honneth, quando falavam em uma “luta por reconhecimento”.

Ao mesmo tempo, pode-se localizar que existe uma corrida pelo Direito Penal cujo discurso é, também, o da especificidade e da valorização de formas especiais de vida, e cuja

promoção está tão ligada à atuação de movimentos sociais quanto à luta pelo reconhecimento da qual há pouco se falava. A questão que se põe é a de saber se corrida pelo Direito Penal seria apenas mais uma forma de articulação dos movimentos sociais na luta pelo reconhecimento, ou ainda, se esta corrida pelo Direito Penal teria como ponto de chegada, o alcance de reconhecimento pelo segmento especificamente protegido. Por fim, trata-se de verificar se a vertente específica da expansão penal, aqui chamada de “Direito Penal dos vulneráveis”, estaria, de fato, inscrita entre aquelas mobilizações sociais em que se expressam as lutas pelo reconhecimento.

Não restam dúvidas que a busca pelo Direito Penal é, de fato, uma estratégia escolhida pelos movimentos sociais como forma de alcançar - ou ao menos chegar mais perto - dos níveis de reconhecimento e estima social desejáveis. A escolha do Direito Penal como instrumento para consecução de uma finalidade, neste caso específico, parece nascer do histórico de violências e exclusões que fazem parte do cotidiano e da história dos indivíduos e grupos, que apresentam como característica a vulnerabilidade social, é como se a violência e a coerção próprias do “Direito Penal” fossem capazes de neutralizar a violência e a subalternização impostas a esses atores sociais.

O recurso ao Direito Penal nessa busca de suplantação de vulnerabilidades em que se expressa a luta por reconhecimento, como se verá está muito mais ligada à terceira esfera do reconhecimento de Honneth, (aquela relacionada a um quadro de orientações simbolicamente articulado, cujo conjunto conforma nada mais que a autocompreensão cultural de uma sociedade), que a segunda esfera, (relacionada à adjudicação de proteções jurídicas universalmente distribuídas), isso em razão da talvez, mais inconteste e mais eficiente função do Direito Penal: a simbólica.

Na parte seguinte desse trabalho, com base na assunção do “Direito Penal dos vulneráveis” como expressão de uma luta de reconhecimento, se fará uma análise desse mesmo “Direito Penal dos vulneráveis” pelas lentes do próprio Direito Penal. Como se acomoda este Direito Penal, fundado em uma qualidade especial da vítima no bojo de um Direito Penal de constituição teórica universalista?

Trata-se de buscar enxergar a dimensão dos reclamos e das reivindicações dos chamados “grupos vulneráveis”, as quais são - ao mesmo tempo - expressões de uma luta por reconhecimento de especificidades e identidades e de uma luta por igualdade de direitos, e também, buscar mensurar o espaço e a importância que se tem atribuído ao Direito Penal

nesse contexto. Como questões de fundo, têm-se sempre presentes a indagação acerca do que é justo na tarefa de tratar cada indivíduo de forma equânime e a dúvida acerca de qual a função do Direito Penal, quando se vislumbra nele em última instância, um instrumento para promover a inclusão, onde há a exclusão, um recurso para promover direitos, onde há violação.

Enfrentar-se-á, por fim, o problema central que propulsou toda pesquisa ora apresentada: poderá o Direito Penal gerar reconhecimento?

As observações de Scheerer são muito importantes por registrarem o rumo que as mobilizações sociais contemporâneas - voltadas ao Direito Penal - têm tomado, e por instigarem o esforço crítico de fazer a separação entre a legitimidade das reivindicações, que servem de motivador das mobilizações, e as estratégias escolhidas para a consecução dos seus objetivos, o que, no contexto em que se observa, se traduz em uma escolha do Direito Penal como meio para o alcance de reconhecimento.

O reconhecimento, conforme desenvolvido por Hegel, por Taylor e por Honneth, tem profunda implicação com a ética; ele retrata a relação do homem com os valores éticos de seu tempo, e é dessa relação que surge a sua própria identidade. É também da experiência cognitiva do desrespeito que surge uma fundamentação moral para o conflito, e uma interpretação que o reconhece como necessário para aperfeiçoamento ético de uma sociedade.

De outro lado, Fraser chama a atenção para a multiplicidade de questões que condicionam ou que impedem a consecução de uma justiça, em outras palavras, as injustiças são de várias espécies, não necessariamente e exclusivamente de fundo cultural, e as medidas para bani-las devem conhecer essa realidade. Essas medidas devem ter caráter transformativo e serem capazes de atacar as causas do problema. O ponto central para distinguir as situações justas das injustas é a capacidade que tem cada um de participar, em igualdade, das esferas públicas de decisões, e a legitimidade das medidas advém da sua capacidade em promover tal objetivo.

O que se depreende desse confronto é que, talvez, a questão do reconhecimento tenha sido um ponto de partida para a admissão de um “Direito Penal dos vulneráveis”, mas não possa ser um ponto de chegada em razão das suas próprias limitações.

PARTE IV

DIREITO PENAL E RECONHECIMENTO

8 UMA ANÁLISE DO DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS

8.1 QUAL DIREITO PENAL?

Uma vez compreendido que o reconhecimento é realmente o fator motivador que propulsiona uma corrida pelo Direito Penal, cujo resultado é o aqui nominado “Direito Penal dos vulneráveis”, a questão é a de saber se este pode realmente ser o caminho que conduz aos tão almejados pleno reconhecimento e afirmação social, o que redundaria em perguntar se o Direito Penal é capaz de produzir os resultados esperados pelos atores sociais que o elegeram como medium para o reconhecimento. Trata-se também, e, sobretudo, de contrapor o “o que querem os vulneráveis” ao “o que pode o Direito Penal”.

Para atender a tal desafio, propõe-se olhar o “Direito Penal dos Vulneráveis” desde a perspectiva do próprio Direito Penal, enquanto sistema racionalmente construído, com vistas a verificar se o “Direito Penal dos Vulneráveis” é uma parte coerente do próprio Direito Penal, congruentemente fincada nas mesmas bases, ou é, antes, uma contradição ou corruptela. Trata-se, dessa forma, de responder se o “Direito Penal dos Vulneráveis”, de fato, é Direito Penal ou mera expansão penal irrefletida.

Parece, dessa maneira, possível acessar as características próprias que pode ter esse Direito Penal em busca do reconhecimento e assim, com base nelas, avaliar a sua potencialidade de sucesso nessa tarefa.

Antes de qualquer coisa, faz-se imprescindível determinar aqui o que se chama de “Direito Penal” para, só então, à luz de suas características e bases teórico-filosóficas, analisarmos o “Direito Penal dos vulneráveis”.

Quando se diz “Direito Penal”, quer-se aqui tratar de um sistema dotado de unicidade, cujas bases nos foram deixadas, por heranças da modernidade, com especial contribuição das tradições teóricas do iluminismo e do liberalismo, que tem sido descrito com um conjunto de princípios e prescrições normativas, cujo objetivo é alcançar o máximo grau de racionalidade e o mínimo grau de arbitrariedade, visando por via de consequência, a limitação do poder punitivo estatal e a proteção ao indivíduo (FERRAJOLLI, 2010).

Fala-se aqui, portanto, do Direito Penal enquanto sistema normativo e enquanto epistemologia para conhecimento do desvio, construído sobre as bases filosóficas da

valorização do indivíduo e de sua autonomia e racionalidade, desse modo, trata-se do Direito Penal descendente do pensamento iluminista do século XVIII, da Escola Clássica italiana do século XIX, de caráter empirista e garantista, correspondente à vertente, tendencialmente denominada de Direito Penal mínimo.

Uma vez assim definido, se impõe agora a exposição mínima de suas características fundamentais, de seus princípios basilares e suas bases teórico-filosóficas para, desse ponto de observação, mirar o “Direito Penal dos vulneráveis”, sem perder de vista a sua condição de ser produto dos conflitos sociais ligados à luta por reconhecimento.

8.1 O DIREITO PENAL GARANTISTA E SUAS CARACTERÍSTICAS

Descrever-se-á, nessa perspectiva, com base em Ferrajolli (2010), o Direito Penal como sendo aquele originado do pensamento liberal clássico e, que mais recentemente, após formulações e sistematizações teórico-filosóficas, tem recebido o adjetivo “garantista”.

Dessa forma, afirma-se que o Direito Penal em sua hodierna feição é, sobretudo, um produto da modernidade. Compreendido como a “carta magna do delinquente”, como um conjunto de garantias a frear a ação estatal da persecução criminal, surge nesse horizonte do ideário liberal e iluminista, de emancipação do homem e valorização do indivíduo. É, por assim dizer, mais uma das promessas dos tempos, anunciada na transição do mundo tradicional para o mundo moderno.

Esse complexo sistema, hoje denominado “Direito Penal”, é fruto de um lento processo de secularização do direito desenvolvido no século XVII e tem como substrato teórico doutrinas de matizes das mais diversas, tais como: as doutrinas jusnaturalistas, o ideário iluministas, as doutrinas de direito natural, as doutrinas contratualistas, a doutrina política da separação dos poderes e o próprio positivismo jurídico. Não obstante a heterogeneidade de suas fontes teóricas, o Direito Penal tem persistido como um sistema coerente e unitário ao longo dos tempos, tendo sido consolidado nas Constituições e codificações modernas.

A unidade e longevidade do Direito Penal devem-se ao fato de que os seus princípios constituam, antes de qualquer outra coisa, um esquema epistemológico voltado para a identificação do desvio penal. A construção desse sistema deu-se exatamente no horizonte teórico e político do liberalismo, paralelamente com o processo de formação do Estado que conduziu ao primeiro constitucionalismo.

Assim, com a modernidade, tomam corpo as idéias de valorização do indivíduo, de liberdade, igualdade e fraternidade que animaram o nascimento do Estado moderno, antagonista do Estado absolutista e da tradição, em que os poderes divinos do soberano eram infinitos. Emerge também deste contexto o Direito visto como uma realidade distinta da moral. Distinguem-se, neste momento, o Direito enquanto sistema de coerção e controle estatal e o Direito como ciência.

A separação direito / moral, ocorrida nesse momento, consiste em um verdadeiro divisor de águas, pois deu origem à separação entre o Direito - enquanto sistema de coerção estatal - e o Direito - enquanto ciência; e engendrou, não só o surgimento de um direito estatal e de uma ciência jurídica autônoma, mas também propiciou o terreno fértil para o surgimento de todo o sistema de asserções jurídicas e limitações do Direito Penal hoje chamado “garantista”.

A referida cisão entre direito e moral, desde uma perspectiva prescritiva, fixou em última instância os fins de tutela e prevenção do Direito Penal e os limites nos quais se justificam a sua intervenção. Assim fundamentado, pareceu claro ao Direito que este não possuía a tarefa de impor ou reforçar uma determinada moral e que os julgamentos não deveriam versar sobre caráter dos indivíduos, antes sobre suas condutas.

Essa divisão assumida como um princípio político do liberalismo ensejou a elaboração de toda uma racionalização do direito sendo, dessa forma, a semente de todo o direito positivo.

É com fundamento nesse ponto que o Direito estatal é considerado legítimo, porque é positivo ou positivado, isto é, produzido segundo as regras e procedimentos previamente estabelecidos para a produção das leis, e o Direito, por sua vez, é considerado ciência porque é despido de moralidades e subjetividades, não empiricamente apreensíveis. Neste contexto é que foi construído um Direito Penal, como uma epistemologia específica para o conhecimento e identificação do desvio penal. Consoante esclarece Ferrajoli:

Os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de Direito Penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, delimitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra arbitrariedade. (FERAJOLLI, 2010, p.38)

Este esquema epistemológico, ainda conforme Ferrajoli (2010) é fundado em dois princípios: o convencionalismo jurídico e o cognitivismo processual. O primeiro, de natureza substantiva, resulta do princípio da estrita legalidade e implica a determinação abstrata

daquilo que é punível. Apresenta como condições de sua aplicação um componente de caráter formal, traduzido no princípio da reserva legal, a determinar que o desvio punível seja formalmente indicado na lei como pressuposto para aplicação de uma pena e como componente de caráter fático ou empírico, a determinar que a definição formal do desvio punível se valha, não de referências subjetivas e menções a *status* dos indivíduos, mas de figuras objetivas de comportamento traduzíveis empiricamente. O segundo, de natureza processual, diz respeito à atividade judicial de conhecimento na determinação concreta do desvio punível. É necessário para que o Estado intervenha na vida de um cidadão, para punilo pela prática de um crime que o judiciário tenha conhecido a respeito do fato em um processo e que as afirmações a esse respeito sejam verificadas e expostas à refutação. Deriva desse princípio o modelo teórico normativo do processo penal.

Desses dois princípios descende toda uma família de asserções jurídicas⁸⁴ que, no Direito Penal, atuam como alicerces e balizas da atuação estatal. Estabelecendo os parâmetros para a definição do que é o injusto penal e como se dará o seu conhecimento por meio da atividade judicial. Tais princípios estão inseridos nas constituições modernas e nas codificações, desse modo, além de servir de instrumentos para um esquema epistemológico destinado ao conhecimento do injusto penal, esses mesmos princípios são a um só tempo, também garantias jurídicas da liberdade dos indivíduos.

Como consequências naturais deste sistema de conhecimento, têm-se a garantia de uma esfera intangível de liberdade dos indivíduos e a igualdade jurídica dos homens diante da lei. Já não predominam como critério para a censura e o castigo os parâmetros relacionados à honra ou ao *status* social do indivíduo, conforme acontecia na tradição do antigo regime.

⁸⁴ Ferrajoli (2010) não é o elaborador do garantismo, pois, como ele próprio argumenta em sua obra “Direito e Razão”, este é fruto de um processo paulatino de racionalização do Direito como um todo, e do Direito Penal consequentemente. Processo esse, ocorrido sob os auspícios da modernidade, entretanto o autor dedicou-se a apresentá-lo sistematizado, traduzido em um esquema de fundamentação filosófica do Direito Penal e também em um sistema técnico-normativo que orienta a sua aplicação e os limites da sua intervenção. Apresenta dessa forma os dez axiomas do Direito Penal: a) *Nulla poena sine crimine*; b) *Nullum crimen sine lege*; c) *Nulla lex (peonalis) sine necessitate*; d) *Nulla necessitate sine injuria*; e) *Nulla injuria sine actione*; f) *Nulla actio sine culpa*; g) *Nulla culpa sine iudicio*; h) *Nullum iudicium sine accusatione* i) *Nulla accusatio sine probatione*; j) *Nulla probatio sine defensione*. Esses axiomas exprimem garantias processuais e penais das quais descendem tantas outras e significam: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa (FERRAJOLI, 2010, p.91). Do ponto de vista axiológico, isto é, da busca de uma doutrina de justificação externa do Direito Penal, na visão de Ferrajoli, o Direito Penal deve perseguir dois objetivos: a prevenção geral dos delitos, a indicar o limite mínimo das penas e a refletir o interesse de uma maioria não desviante; e a prevenção geral das penas desnecessárias e desmedidas, a indicar o limite máximo da pena e a refletir os interesses de uma minoria desviante (FERAJOLLI, 2010, p.308).

A igualdade dos homens perante à lei e a preservação de uma parcela de liberdade intangível constituem, por si sós, todo um potencial revolucionário desse Direito Penal moderno: “a todos os homens uma mesma lei”, para significar o afastamento do arbítrio dos castigos fundamentados em critérios distintivos dos homens, radicados em seu prestígio ou honra estamental e não em seus atos.

O indivíduo moderno, dotado de autonomia, subjetividade e de razão, agora vê no Direito um lugar onde a razão instrumental atuará na busca de uma segurança jurídica. No Direito Penal, a razão desempenhará um papel ainda mais determinante: a promessa de segurança do indivíduo contra a atuação potencialmente arbitrária do Estado.

A razão, no Direito Penal, prestou-se assim a construir não só um método para o conhecimento do fato criminal, do injusto penal, das condutas merecedoras de reprimenda e da verdade processual a justificá-la, mas também, além disso, ergueu com seus princípios um muro de limitações ao poder estatal que não pode assim ultrapassar um determinado limite de intromissão na vida do homem.

Se a separação do direito da moral foi, como dito, a semente que ensejou a formação de um sistema de garantias substantivas e instrumentais, nascidas com o Direito Penal moderno, também ensejou que o Direito e o próprio Estado Democrático de Direito assumissem o ônus de sua justificação. Conforme ensina Ferrajolli, ao descrever uma das significações de expressão “garantismo”:

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou garantia constituem finalidade. Nesse último sentido o garantismo pressupõe uma doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo da valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda de legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2010, p. 787)

Assim, se considerações ético-políticas devem estar fora do Direito, por outro lado, elas o antecedem, constituindo sua justificação e determinando de fora quais fins de valores devem ser perseguidos pelo Direito, a fim de que este possa receber o adjetivo justo.

Para Ferrajolli, a justificação do Direito, portanto, os objetivos ético-políticos que devem ser perseguidos, consistem, justamente nos direitos fundamentais por ele descritos como “aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar a igualdade” (FERRAJOLI, 2010, p.836). Direito e Estado, portanto, somente se justificam como “meios” para a consecução do primado da dignidade da pessoa humana:

[...] identifiquei a principal conotação de “garantismo”, e ao mesmo tempo da “democracia substancial”, no primado axiológico daquilo que chamei de “ponto de vista externo”, correspondente ao “ponto de vista interno” do sistema político, ou seja, no caráter instrumental do direito e do Estado relativamente a finalidades, valores, necessidades, interesses e vontades extraestatais e metajurídicas. Então, identifiquei as técnicas institucionais por meio das quais o ponto de vista externo penetra no interior do direito positivo, nas formas do moderno “Estado de direito”, e precisamente, na incorporação das normas constitucionais dos direitos fundamentais dos cidadãos como vínculos funcionais que condicionam a validade jurídica da inteira atividade do Estado [...] é a análise metateórica do ponto de vista externo que pretendo desenvolver: ancorando-a, sobretudo aos direitos fundamentais [...] “Ponto de vista externo” ou “de baixo” quer dizer, sobretudo, ponto de vista das pessoas. O seu primado axiológico, conseqüentemente, equivale ao primado da pessoa como valor, ou seja, do valor das pessoas e, portanto, de todas as suas específicas e diversas identidades, assim como da variedade e pluralidade de pontos de vista externos por ela expressos. (FERRAJOLI, 2010, p.833-834)

Nessa perspectiva, adotada aqui com referência a indicar um modelo ou uma concepção de Direito Penal, a posição garantista, como sendo aquela proposta que, embora admita a existência de um setor do ordenamento jurídico dotado da violência da resposta penal, somente o entende legítimo e politicamente admitido a sua necessidade, quando este seja entendido como instrumento para a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, pode ser sintetizada pelo próprio Ferrajoli, que afirma:

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito Penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo igual para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o Direito Penal e próprio princípio majoritário. (FERRAJOLI, 2010, p.312).

Evidentemente não se ignora o caráter ideal do sistema garantista e a distância entre o prescrito na proposição teórica e a efetiva prática dos sistemas penais contemporâneos, entretanto, para aqueles que não aderiram a uma posição de absoluta deslegitimação do sistema penal em razão do não cumprimento por este de suas finalidades justificadoras (posição abolicionista), a posição garantista, - fundada em uma prevenção geral dos delitos e das reações informais da sociedade e na necessidade de reduzir o quanto possível, a atuação do sistema penal em satisfação ao primado da pessoa humana - parece ser a única que subsistiu.

Assim, aceitando essa proposta como o horizonte de Direito Penal admissível em uma sociedade contemporânea democrática é que se empreenderá a análise de um Direito Penal cada vez mais específico, em que os processos de criminalização são guiados pela defesa da necessidade de fortalecimento das singularidades das vítimas e de suas diferenças enquanto indivíduos, fundamentada essa demanda pelos atores sociais, na consideração de que estas mesmas diferenças determinam a necessidade de especial proteção, impossível de ser proporcionada por um Direito Penal que não as reconheça, e no acolhimento da hipótese de que o tradicional Direito Penal não seja capaz de conter ou retribuir à altura as peculiares formas de violência a que são submetidos.

8.3 O DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS E SUAS CARACTERÍSTICAS

8.3.1 Recrudescimento da Resposta Penal

As reivindicações por criminalização de algumas condutas e o agravamento das já existentes, no que tange às condutas especificamente cometidas contra indivíduos pertencentes a grupos vulneráveis, inscrevem-se, como visto sem dúvida, no quadro das mobilizações empreendidas nas lutas por reconhecimento, travadas nas sociedades contemporâneas.

O não reconhecimento manifesta-se por meio de mecanismos de exclusão, seja ela material, seja cultural, ou mesmo as duas modalidades sobrepostas, como enfatiza Fraser (2007). O conflito penal, tipificado na produção legislativa dos vulneráveis, encerraria assim situações de não reconhecimento, ou de reconhecimento errôneo, que podem descambar para lesão a bens jurídicos dos ofendidos.

Lendo esse tipo de conflito pelas lentes fornecidas por Honneth (2003), é possível perceber que a criminalização de condutas perpetradas contra um determinado sujeito, por ostentar uma identidade ou pertencer a um grupo específico, tanto se insere na perspectiva do reconhecimento pelo Direito - no qual o que está em jogo é o autorrespeito - quanto, e muito mais enfaticamente, na esfera do reconhecimento pela solidariedade, cujo resultado consiste na autoestima.

Considera-se que a relação reconhecimento / Direito Penal concentra-se muito mais na terceira esfera ou padrão de reconhecimento de Honneth, qual seja aquela relacionada à

consideração social do indivíduo ou grupo porque, a rigor, no que pertine ao Direito Penal, a luta pelo reconhecimento jurídico já teria se completado, ao menos formalmente, com o advento do Direito Penal liberal moderno.

Considerando que o reconhecimento jurídico constitui-se na adjudicação pelos indivíduos de direitos universalmente reconhecidos a todos os implicados no pacto social que origina a estrutura estatal, pode-se afirmar que, com o advento do Direito Penal moderno, a todos os homens reconheceu-se o direito de ser protegido contra a arbitrariedade das proibições e punições, bem como o direito de ter os seus bens jurídicos (direitos fundamentais) protegidos pelo Estado, no caso de lesão.

Assim, a todos os homens foi reconhecido o direito de somente ter uma conduta criminalizada por uma lei prévia, e de somente ser julgado e condenado conforme os ditames de uma lei igual para todos. Da mesma forma, a todos os homens foi garantido pelo Estado que não mais precisariam empreender esforços para exercer a vingança privada, no caso de serem lesados em seus bens mais fundamentais, pois o Estado assumiu a função de exercer o *jus puniendi* sempre que forem lesionados os bens jurídicos titularizados pelos seus súditos.

Entretanto, muito embora completado o reconhecimento pelo Direito na esfera do Direito Penal - o que se pode dizer que ocorreu - malgrado as aporias e incompletudes do sistema penal; nos outros espaços do ordenamento jurídico, o reconhecimento de direitos, sobretudo dos chamados direitos sociais, deu-se ainda de forma bastante incompleta, muito mais próxima de um reconhecimento jurídico de caráter meramente formal, o que faz com que os conflitos gerados pelo não reconhecimento ou reconhecimento incompleto nas outras áreas acabem refluindo para o campo penal.

Admitindo que o reconhecimento pelo Direito consista justamente na definição daquelas propriedades que fazem de um ser humano uma pessoa, ou seja, no dizer de Honneth, na determinação dos atributos que tornam alguém capaz de estar em pé de igualdade em um procedimento de acordo racional - o que se materializou em uma ampliação sucessiva de pretensões jurídicas individuais - e, levando em conta ainda, que a assunção e a ampliação dos chamados direitos fundamentais dar-se-iam exatamente no cenário da luta pelo reconhecimento na esfera do Direito, é possível observar que esse movimento pela crescente ampliação - não só do conteúdo dos direitos básicos atribuídos a um ser humano, mas também da extensão de sua titularidade a grupos outrora excluídos - que caracteriza a dinâmica dos direitos fundamentais, vem acontecendo nos estados constitucionais contemporâneos, os quais

trazem em suas estruturas normativas um rol extenso de direitos fundamentais e os concedem em seu texto em uma perspectiva cada vez mais universalizante, quanto aos sujeitos.

Nesse sentido, para os grupos vulneráveis, cada um com seu percurso de reivindicações e com sua medida de sucesso nesta empreitada, a inclusão no catálogo de pessoas capazes de serem chamadas de sujeitos de direito ocorreu e vem ocorrendo progressivamente. Entretanto, em razão das dificuldades ostentadas por estes indivíduos por conta de sua condição de vulnerabilidade, estas conquistas tendem a se limitar ao plano formal. São dotadas de baixa efetividade, o que - em seus efeitos - equivale ao não reconhecimento, pois o indivíduo sente-se desrespeitado, uma vez que as suas pretensões jurídicas - as quais deveriam ser oponíveis a todos em razão de sua condição de pessoa - não surtem efeitos, sua voz não é ouvida.

Da experiência de ver frustrada a pretensão de vivenciar a condição de sujeito de direitos, eloquentemente alardeada pelo Direito Constitucional, surge uma descrença no Direito enquanto instância, capaz de garantir direitos e protegê-los de violações, o que, na interpretação dos movimentos sociais, só pode ser superada pela ação vingadora do mais coercitivo dos direitos: o Direito Penal.

As mobilizações são fundadas em um anseio genuíno por proteção e conduzem a um recrudescimento da resposta penal, destinada aos delitos cometidos contra indivíduos dos grupos vulneráveis, na medida em que os atores sociais entendem que a proteção às vítimas será tanto maior quanto maior for a severidade da punição do tratamento penal, destinado aos seus ofensores: quanto mais punição, mais proteção.

No Brasil, por exemplo, como já mencionado, a Lei 11.340/2006 privilegiou o aspecto punitivo retributivo ao tratar da chamada “violência doméstica de gênero”, que acomete milhares de mulheres, recorrendo ao mito da tutela penal, ao invés de buscar avançar admitindo novas formas e mecanismos alternativos para a resolução de um conflito repleto de peculiaridades, como é o conflito presente no cenário da violência doméstica / familiar / de gênero.

Identifica-se como um forte traço do “Direito Penal dos vulneráveis” a sua potencial tendência ao recrudescimento da resposta penal, fundada em uma lógica reativa eleita pelos movimentos sociais. É justamente nesse horizonte de reivindicações que ganham renovadas força propostas retributivas, revisitadas em nome da defesa das vítimas.

Como visto, a vulnerabilidade que acomete determinados atores sociais, tanto grupos quanto indivíduos, não só está relacionada à injusta distribuição de oportunidades - ou mesmo de bens materiais -, mas também está relacionada a padrões institucionalizados de cultura, que determinam que as características desses indivíduos ou grupos estejam excluídas do quadro de características vistas como positivas pela sociedade, o que implica em violências simbólicas (perpetradas por meio dos códigos, padrões de comunicação e modelos culturais), bem como violências reais produzidas e reproduzidas por meio desses paradigmas de desvalorização.

A crescente demanda de valorização de identidades, própria da pluralidade de nossos tempos, e a própria imposição de níveis cada vez maiores de participação, característica das democracias, propiciou a visibilidade das violações de direitos dos segmentos vulnerabilizados, notadamente das formas específicas de violências contra eles perpetradas em razão de suas características (discriminações, violências domésticas e familiares e etc.).

Isso fez com que se aproximassem os movimentos sociais relacionados a estes atores sociais vulnerabilizados e os movimentos de defesa de vítimas. Como já demonstrado, a confluência de uma vertente protetiva de Direitos Humanos por meio da punição de setores chamados de “realistas”, dentro da Criminologia Crítica, para quem o “crime deve ser levado a sério”, e dos reclamos de maior proteção para as vítimas é que dá ensejo a um “Direito Penal dos vulneráveis”.

Nota-se, além disso, que o crescimento da ênfase dada à proteção das vítimas tem sido aproveitado para renovar o fôlego de propostas retributivas, agora justificadas na necessidade de dissolver a dominação que o agente, injustamente, exerce contra a vítima em razão da prática criminosa ou mesmo em uma necessidade de reintegração da vítima à sociedade, condição que lhe fora retirada pelo delito.

Assim, registra Silva-Sanchez (2011), ao tempo em que interroga se a crescente demanda de importância requerida pela vítima tem lançado as bases de um novo modelo teórico para o Direito Penal contemporâneo:

A mesma orientação em direção à vítima deu lugar ao recente debate acerca da possibilidade de afirmar-se a existência de um “direito” da vítima à punição do agente. Debate, aliás, alimentado pelas provocadoras teses de REEMTSMA⁸⁵. Seu ponto de partida é a necessidade de ressocialização da vítima, que, em sua opinião, só pode ter lugar por meio da pena. Só a pena, excluindo o agente, poderia reinserir a vítima na sociedade, ao destaca quer o fato não foi atribuído à própria vítima, nem constituiu um mero acidente. Esta perspectiva se integrou ao âmbito de uma teoria geral da retribuição por parte de FLETCHER para quem só a pena pode dissolver a injustificada dominação do agente sobre a vítima.

⁸⁵ Interessante confronto entre as ideias de Hulsmann e Reemtsma pode ser encontrada em SCHEERER (1997).

Nesta concepção se encontram dois elementos diversos. Por um lado, o relativo á suposta insuficiência do juízo de culpabilidade e do pronunciamento da condenação para produzir a integração e reorientação da vítima efetiva (e também das vítimas potenciais). Sobre este ponto, mais geral, que tem relação com a necessidade da “dor penal”, isto é, do efetivo sofrimento da pena pelo réu, será preciso discorrer mais adiante. Por outro lado, contudo, aqui se apresenta a suposta necessidade de transformar o *jus puniendi* (direito de castigar) do Estado em um dever deste em face da vítima que seria autêntica titular do direito. No horizonte do debate aparece em primeiro plano, a questão dos “delitos de impunidade” como fenômeno jurídico-político, embora a questão obviamente transcenda a este. Mas é significativo que, ao final, a lógica do “dever de castigar” converta o Estado em “partícipe da lesão pública da justiça” como se sugere. [...] Mas a evolução dos acontecimentos não permite desprezar a proposição sucintamente exposta, que seguramente tenderá a desempenhar um papel importante na discussão futura, bastante marcada, como se disse, tanto pela relevância teórica do papel da vítima, quanto pela capacidade de pressão das organizações de vítimas. (SILVA-SANCHEZ, 2011, p.92-93).

A ideia de que a vítima precise da experiência da pena para se libertar das consequências emocionais do crime, nos induz a pensar que é possível que o Direito Penal, por meio do castigo, acabe por cumprir uma função de atendimento de determinadas necessidades de psicologia social - como já defenderam as investigações de psicanálise em suas teorias psicanalíticas da criminalidade⁸⁶ -, entretanto é preciso diferenciar as finalidades planejadas para o Direito Penal, que cumprem uma função legitimadora de sua intervenção e as eventuais funções por ele cumpridas quando observado em um plano descritivo, isto é, os seus efeitos manifestos na realidade de sua operacionalidade e as funções que efetivamente cumpre no desenho de uma determinada configuração social, os quais seriam os “efeitos sociais empíricos do Direito Penal que devem ficar fora de toda a teoria de sua legitimação” (FERRAJOLI, 1986. p.26).

⁸⁶ Fala-se aqui das teorias psicanalíticas da criminalidade, que já em torno dos anos de 1920 e 1930, observaram o crime sob um ângulo absolutamente diferente do que se havia feito até então, pois incluíam a sociedade (ainda que aistoricamente) pela primeira vez em meio ao esforço explicativo do delito. Um vertente importante dessa corrente de pensamento é aquela que desenvolve uma teoria psicanalítica da sociedade punitiva em que a função social que se atribui à reação punitiva permite interpretar como uma “mistificação racionalizante” as pretensas funções preventivas, defensivas e éticas sobre as quais se baseia a ideologia da defesa social. Segundo estas teorias a reação penal ao comportamento delituoso não tem a função de circunscrever ou eliminar a criminalidade, mas corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável na sociedade. Importante referência é Freud que em “Totem e Tabu” demonstra que a intervenção punitiva do grupo social se verificava somente em função subsidiária à punição espontânea, posto que todos os componentes do grupo se sentiam ameaçados pela violação do tabu e por isso se antecipam na punição do violador. Em seguida Theodor Reik oferece uma explicação psicanalítica a teoria retributiva da pena. Para este autor a pena serviria à satisfação da necessidade inconsciente de punição que impele a ação proibida e também satisfaz a necessidade de punição da sociedade, através de sua inconsciente identificação com o delinqüente. Nesse sentido, as teorias retributivas da pena encontrariam sua correspondência nas autopunições inconscientes que são encontradas nos neuróticos. Tomando esse ponto de vista, Theodor Reik, conclui que a teoria da retribuição tem uma consequencialidade psicológica, mas contradiz os progressos da cultura e da humanidade, pois para ele a retribuição como finalidade da pena é simplesmente a representação de um impulso, transformada em teoria (BARATTA, 2002, p.49-58)

Feita essa distinção, impõe-se concordar com Silva-Sanchez quando diz que o estudo das conotações psicossociais do castigo, “deveria ter como finalidade, mais que uma submissão a tais tendências, uma crítica a elas” (2011, p.462). Ainda que se admita a existência de efeitos psicossociais do castigo, isso por si só, não é suficiente para legitimar uma intervenção penal.

No contexto aqui tratado, a pena retratada como recurso psicológico da vítima para restauração de sua autonomia e segurança é uma grande armadilha para afastar o foco da discussão do ponto que é realmente importante.

No cenário das infrações penais “dos vulneráveis,” pressupõe o fato, uma situação de não reconhecimento: o indivíduo tem o seu direito violado devido ao desrespeito do outro, que em razão de padrões já cristalizados na cultura o enxerga equivocadamente como merecedor de menos estima e consideração social.

Dizer que por intermédio da punição a vítima recuperará autonomia e segurança para estar em sociedade, seria o mesmo que dizer que o Direito Penal - pela força do castigo - seria capaz de gerar reconhecimento, de fazer com que determinada identidade ou grupo seja colocada no quadro simbólico daquilo que é digno e valorizado na sociedade; e isso seria o mesmo que atribuir ao Direito Penal a função pedagógica, ou a função de estabilizar valores éticos.

Por ora é útil lembrar, com base em Fraser, que as injustiças que acometem os grupos vulneráveis somente podem ser extirpadas por meio de ações transformativas, que promovam melhor distribuição de bens materiais e de oportunidades e modifiquem padrões culturais que determinam a subalternização de indivíduos ou grupos, proporcionando-lhes a possibilidade de paridade participativa na sociedade. Nessa condição, não estariam mais em vulnerabilidade.

Não parece que o Direito Penal reúne as condições para auxiliar em nenhuma dessas estratégias. Basta reconhecer que o Direito Penal não existe para tornar o mundo mais justo, mas para que ele não seja tão injusto.

É natural que os movimentos sociais, compostos por indivíduos e grupos que trazem uma bagagem de injustiças, violências e invisibilidade social acabem por enxergar no Direito Penal um meio para aplicar “a técnica do judoca”⁸⁷, uma forma de reverter o passado de

⁸⁷ Expressão utilizada pelo Professor Carlos Alberto Menezes, em contribuição dada por ocasião do exame de qualificação da presente pesquisa, para significar que os movimentos sociais pretendem usar a força e a violência

violências, subalternizações e invisibilidades a que foram submetidos, agora não mais sendo os que sofrem a violência, mas os que manejam a violência. O que não se pode admitir é a ausência de crítica a essa posição meramente reativa, que acaba por ensejar, ao refluir para o campo da legislação penal, respostas penais de recrudescimento, carentes de racionalidade e de proporcionalidade.

A linguagem reativa significa uma renúncia ao protagonismo da interação. Quando se reage, assume-se a condição de proceder e agir na conformidade daquilo que foi proposto pelo primeiro interlocutor e se perde a oportunidade de transformar a realidade. Aquele que mimetiza é sempre dependente de seu modelo. A opção reativa acaba por gerar um encadeamento inconsequente de atos de violência, que somente expressam a dependência e a incapacidade de autocondução daquele que reagiu (VASCONCELOS, 2008).

Quando os atores sociais, no cenário aqui estudado, os movimentos de defesa de Direitos Humanos e movimentos de defesa de direitos de vítimas aderem à opção punitiva, inclusive, com discursos de defesa de recrudescimento que repercutem na nova produção legislativa por eles capitaneada, expressam um padrão comunicacional reativo, muito próprio do Direito Penal e acabam reproduzindo os valores e as práticas de dominação que pretendiam combater.

8.3.2 Hipertrofia da Função Simbólica

Ao mirar o “Direito Penal dos vulneráveis”, na perspectiva do reconhecimento pela solidariedade - o último padrão de reconhecimento honnethiano -, o que se observa é: se esta terceira esfera do reconhecimento diz respeito à estima social atribuída a indivíduos ou grupos em razão da maneira como são interpretadas as suas capacidades e especificidades ante o confronto com o quadro de valores da sociedade, operação que resulta em um saldo negativo no caso dos segmentos vulnerabilizados, que os mobilizam numa busca por inverter o vetor

do sistema penal no intuito de modificar a posição social em que vivem. Seria usar a força do opositor ao seu favor. Os vulneráveis seriam, ao longo do tempo, a figura do “outro” subalternizado e sufocado, com vistas à manutenção dos vetores de poder. Se reconhece-se a sociedade como espaço em que grupos conflitam por poder e admite-se que o Direito Penal é determinado por aqueles que tem poder, possuir o “seu Direito Penal” significa também ter poder, daí porque a interpretação dada pelos movimentos sociais, sobretudo os movimentos de defesa de Direitos Humanos e de vítimas, que inclusive admitem a utilização simbólica e ético-social do “Direito Penal promotor de Direitos Humanos”. Sobre defesa de Direito Penal como meio de afirmação de Direitos Humanos, ver texto de Singer (1998)

dessa valorização simbólica⁸⁸, nada mais plausível, em sua ótica, do que fazê-lo por um Direito Penal próprio.

Deste modo, os movimentos sociais buscam por meio dos instrumentos de controle do Direito Penal, na coerção pela ameaça da pena, ver seus valores e suas formas de vida valorizadas. As mobilizações fundam-se em anseios de visibilidade e de valorização social, frequentemente, considerações referentes à “efetividade” e “racionalidade” das legislações penais propostas são relegadas ao segundo plano, prevalecendo uma tendência clara de hipertrofia da função simbólica dessa produção penal.

No Brasil, recorde-se o processo que antecedeu a promulgação da Lei 7.716/89, a chamada “Lei de Racismo”. A bandeira naquele momento era elaborar uma legislação penal que desse ao racismo a conotação de crime e não mais de contravenção penal, em obediência ao preceito constitucional, uma vez que a Constituição de 1988 havia declarado a prática de racismo crime inafiançável, imprescritível, sujeito à reclusão, após importante debate promovido pelo movimento negro no curso da Assembléia Nacional Constituinte.

A legislação materializava a vitória do movimento negro brasileiro que havia conseguido que o Estado brasileiro não só reconhecesse a existência de racismo entre as práticas sociais, o que efetivamente já havia feito com a “Lei Afonso Arinos”, mas também reconhecesse que tal prática era digna de reprovação penal das mais severas. Era necessário que a lei efetivamente existisse, havia o risco de que o preceito constitucional ficasse sem regulamentação, esvaziando a significação da conquista.

Fez-se a lei reproduzindo a antiga legislação, “Lei Afonso Arinos”, com sua técnica extremamente casuística, descrevendo condutas que, nem à sua época, eram efetivamente reprimidas, porque o racismo no Brasil não se perpetrava, mesmo naquele tempo, de maneira tão explícita. Enfim, muitas modificações supervenientes tiveram que ser feitas à Lei 7.716/89, a fim de dotar-lhe de alguma efetividade, pois a sua primeira redação havia sido

⁸⁸ HONNETH (2003) acredita que “quanto mais os movimentos sociais conseguem chamar a atenção da esfera pública para a importância negligenciada das propriedades e das capacidades representadas por eles de modo coletivo, tanto mais existe para eles a possibilidade de elevar na sociedade o valor social, ou mais precisamente, a reputação de seus membros” (p.208). Esse raciocínio de chamar a atenção para a importância negligenciada de suas capacidades é apropriado pelos movimentos sociais que o interpreta como uma necessidade de Direito Penal, uma vez que, observam que nada pode ser mais importante do que aquilo que tem a capacidade de ser protegido pelo Direito Penal. Se o Direito Penal, com a sua característica aflitiva e coercitiva só deve ser a *ultima ratio*, conseguir que ele se ocupe de um determinado tema ou questão é reconhecer esse tema ou questão como de máxima importância. É nesse horizonte que as utilizações simbólicas de um “Direito Penal dos vulneráveis” são, não só admitidas, mas também desejadas.

elaborada apenas com a preocupação e o propósito de significar que, no Brasil, o racismo havia finalmente se tornado um crime.

Tudo isso pode demonstrar, como em razão da preocupação com o atendimento das múltiplas demandas de natureza política presentes nesse cenário de reivindicações, não é difícil que o “Direito Penal dos vulneráveis” se esgote num uso simbólico do Direito Penal, como também ocorreu com a Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, em que a maioria das condutas tipificadas reproduziu condutas já descritas no Código Penal, e muitas vezes a reprodução fez-se até com prejuízo técnico, nas hipóteses em que a redação do Código Penal apresentava-se melhor; nesse caso em específico, a criação de uma lei especial não significou efetiva proteção às pessoas idosas, por falta de apuro técnico e de preocupação com efetividade da proteção pretendida.

Importa lembrar que a exposição dos grupos vulneráveis a situações de desrespeito, violações de direitos e específicas formas de violência, está ligada à condição de “subordinação de status” - aproveitando o argumento de Fraser (2003) - a que estão submetidos. Estes grupos enquadram-se na descrição, que faz a autora, das “coletividades bivalentes”, grupos que sofrem tanto com a má-distribuição econômica quanto com o não reconhecimento cultural e legal.

Nessa perspectiva, a superação da injustiça a que estão submetidos deveria se dar em duas frentes: de um lado, as transformações de ordem político-econômica a eliminar a falta de acesso aos bens materiais necessários a uma vida digna que os aflige; e de outro, a desconstrução dos padrões culturais institucionalizados, que os impedem de atuar de forma igual, paritária, no centro das decisões políticas. Pelas suas contradições e limitações, acredita-se não se prestar o Direito Penal como instrumento de reconhecimento em nenhuma dessas abordagens.

No que concerne às transformações na ordem político-econômica, parece claro a impossibilidade de que o Direito Penal interfira, sobretudo para aqueles que defendem que o Direito Penal em verdade faz parte de uma superestrutura do sistema capitalista de produção e, portanto, teria como tarefa a produção e reprodução das relações de desigualdade que estão em sua base⁸⁹ (BARATTA, 2002), para os demais, evidentemente, se tratam de esferas distintas de atuação estatal que não se comunicam e não se interpenetram.

⁸⁹ Alessandro Baratta assim pensava e ressaltava em toda a sua obra de Criminologia Crítica o quanto o Direito Penal e seus processos de criminalização eram desiguais, o quanto se geravam “zonas de imunizações”

No que tange à desconstrução de padrões culturais institucionalizados, isso importaria em admitir a utilização do Direito Penal com uma conotação “educativa” ou “ético-social”, conforme considerações feitas com base no pensamento de Sebastian Scheerer acerca dos “novos gestores da moral pública”.

É fato que, ao longo dos tempos, mudam as formas de interação social e as formas de interpretação do mundo acabam, em alguma medida, por influenciar a configuração ética de uma dada sociedade, fala-se em *zeitgeist*, o “espírito de cada tempo”, como um conjunto de tendências não muito claras, mas seguidas pelas pessoas no influxo das mudanças; contudo, utilizar o Direito Penal como forma de fixar formas de pensar se apresenta como uma alternativa, no mínimo, perigosa.

A utilização ético-social do Direito Penal consiste na pretensão de utilizá-lo como meio para a configuração da consciência interna dos indivíduos, produzindo por meio da ameaça da pena os fenômenos da adesão e da fidelidade. Malgrado exista quem, a partir de observações empíricas, conteste a capacidade que tenha o Direito Penal de atuar como configurador de costumes⁹⁰, a maior parte dos autores detecta a sua existência como uma característica do Direito Penal contemporâneo. Para Silva-Sanchez, esse traço é teoricamente contestado, todavia, muitas vezes oportunamente aceito pelos detentores do poder, como asseverou:

De fato, o legislador contemporâneo sente, em algumas ocasiões, a necessidade de proteger determinados bens que ainda não foram assumidos pela sociedade como fundamentais. A incriminação, cuja eficácia em relação à proteção eficaz do bem é bastante questionável, desempenha aqui, portanto, em primeiro lugar, junto a algumas outras, uma função informativa e provavelmente também formadora, pedagógica. Noutras, palavras, o legislador ultrapassa aqui a sua tradição limitação aos bens socialmente consagrados como merecedores de tutela penal, para passar a desempenhar funções de promoção. [...] Trata-se, portanto, de uma “função promocional” do Direito Penal, teoricamente contestada, mas bem recebida pelo poder. (SILVA-SANCHEZ, 2011, p.455-456)

impedindo que adentrassem ao sistema aqueles indivíduos que eram funcionais para o sistema de produção capitalista e o quanto o sistema penal incidia negativamente no *status* social dos indivíduos pertencentes aos extratos sociais mais baixos com o intuito de impedir a sua ascensão social, mantendo assim intacta a escala vertical de organização social (BARATTA, 2002). Para ele o cárcere era “um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala social vertical da sociedade”. (2002, p.166).

⁹⁰ Silva-Sanchez cita estudo de Schumann em que este descreve diversos trabalhos de campo realizados desde os anos de 1960 dos quais se deduziria: a) que o recurso a consciência individual tem maior efeito quanto à configuração dos costumes que a cominação penal; b) a penalização não produz necessariamente o efeito de “moralização”; em verdade, pode-se constatar um efeito “bumerangue” segundo o qual a penalização faz diminuir a reprovação moral e a despenalização aumenta. Em linhas gerais a conclusão seria a de que a influência do Direito Penal sobre a moral da população está superdimensionada, portanto, é muito inferior do que se imagina (SILVA – SANCHEZ, 2011, p 453)

A questão relevante não é a de se saber se o Direito Penal tem essa capacidade de exercitar os cidadãos na fidelidade ao Direito, ou melhor, a valores plasmados na ordem jurídica, mas se é admissível em um Estado Democrático de Direito que o Direito Penal não só dite o comportamento externo dos cidadãos, mas também dite os limites do ético e do antiético.

Admitir que o Direito Penal seja utilizado como mecanismo de fixação ou estabilização de determinados valores significa permitir que este atue na esfera interna do indivíduo, para substituir uma ordem preexistente de valores por uma outra ordem “adequada” de valores que se configuraram no ordenamento jurídico, e isto, sem dúvida, é impróprio a um Direito Penal fundado num sistema de garantias. Não sem motivo, ao fixarmos as bases nas quais foi construído o pensamento penal garantista, mencionou-se a separação direito/moral e suas repercussões filosóficas e científicas.

O mesmo raciocínio “pedagógico” que permita lançar mão do Direito Penal para ensinar, por exemplo, que homofobia é uma conduta inaceitável, pode ser utilizado, em outra ocasião, para por meio do Direito Penal, fixar a homossexualidade como uma forma de ser negativa, criminalizando-a. De outro lado, o mesmo raciocínio que permita usar o Direito Penal para ensinar aos homens o respeito e a necessidade de não subalternização das mulheres, pode ser utilizado para reduzir a autonomia dessas mesmas mulheres, colocando-as como incapazes de decidir a respeito de suas próprias vidas quando titulares do direito de representação em ação penal em que figuram como vítimas.

Dessa forma, deve ser claro que se em algum momento se considerar legítimo que em um Estado pluralista, alguma instância estatal exerça uma função de promoção ético-social, esta não deve ser o Direito, muito menos o Direito Penal, que é condicionado por seu potencial aflitivo. Mas adequado parece que uma maturidade moral ou uma “consciência moral”, como disse Bobbio, seja construída dia a dia, em uma sociedade de homens livres, no curso das interações sociais, fora do âmbito da estrutura de coação estatal, na dinâmica da busca da paridade de participação e do respeito mútuo.

O uso ético-social ou pedagógico do Direito Penal se apresenta muito ligado também a um certo uso simbólico. Em verdade, uma função simbólica e uma função instrumental é algo que toda a legislação possui, não se tratando decerto de uma característica privativa da legislação penal, contudo, as repercussões desse uso simbólico no setor penal do ordenamento possuem peculiaridades bastante relevantes. Posto que, é nesse campo do ordenamento

jurídico que parece mais fácil oferecer uma resposta pronta e rápida aos questionamentos que podem ser melhor respondidos em outras áreas de atuação estatal

Sobre a utilização do Direito Penal como forma de adiar a solução de um problema difícil, bem diagnosticou Silva Sanchez:

Mas, além desta função de transformação da situação de partida, ou, o que é pior, em lugar dela, as leis podem desempenhar, por outro lado, uma função meramente simbólica, que não ocorre na realidade exterior (porque não se aplicam), mas na mente dos políticos e dos eleitores. Nos primeiros, produziria a satisfação de haver feito alguma coisa; nos segundos, a impressão de ter o problema sobre controle. [...] Em nosso concreto âmbito, esta função simbólica ou retórica das normas penais se caracteriza por permitir, mais que a solução direta do problema jurídico-penal (a proteção de bens jurídicos), a produção na opinião pública, da impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido. (SILVA – SANCHEZ, 2011, p.459)

No contexto temático do “Direito Penal dos vulneráveis”, esse uso simbólico pode se apresentar de duas maneiras: a) uma pretensão de, por meio da ameaça da pena, firmar a valorização das características da identidade ou grupo como características detentoras de um respeito e relevância social, o que consiste em uma utilização ético-pedagógica do Direito Penal, a respeito da qual já se tratou; b) a materialização de uma vitória política⁹¹, no eterno embate de forças conflituais presentes nas sociedades plurais contemporâneas, e, nesse caso, as considerações acerca da racionalidade, coerência, proporcionalidade e efetividade da produção penal, ficam relegadas a um segundo plano, como bem demonstrou Scheerer (1986).

Do ponto de vista técnico-jurídico, a aceitação natural da utilização simbólica e ético-pedagógica da legislação para a construção de um ambiente favorável ao respeito aos direitos das minorias subalternizadas, nas situações não incomuns, em que praticamente prevalecem somente essas funções retóricas das normas penais, trazem um duplo prejuízo: imediatamente porque imediatamente com tal uso se pretende o exercício de funções educativas do indivíduo, cujo espaço, conforme já salientado, não é o Direito Penal, muito menos um que se pretenda democrático; e mediatamente, isto é, em longo prazo, esse uso simbólico redundará em uma perda de legitimidade do conjunto do ordenamento, bloqueando as suas funções instrumentais, o que pode ainda gerar prejuízos do ponto de vista político-social,

⁹¹ A respeito de legislação simbólica ver também Neves (2010), já referido no presente trabalho. Sobre a legislação que representa a materialização de uma vitória política, o autor, ao reproduzir uma tipologia tricotômica de Kindermann, a situa como “legislação de confirmação de valores sociais”. Segundo esta classificação, nesses casos, grupos que se encontram em debate ou em lutas pela prevalência de seus valores vêem a “vitória legislativa” como uma forma de reconhecimento de sua “superioridade” ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei. Para uma análise do caráter simbólico da legislação em uma literatura penal ver Baratta (1991; 1994), Bianchini (2002); Franco (2000), Toron (1996) e Zafaronni (1991).

pois com o fracasso de uma determinada legislação na erradicação de uma dada forma de violência, pode-se verificar na interpretação reativa dos atores sociais, a necessidade de mais e mais Direito Penal, gerando uma espiral de criminalização e recrudescimento acerca de uma mesma questão jamais suplantada.

O caráter pernicioso da hipertrofia da função simbólica do Direito Penal se manifesta na sua ilegitimidade, pois, trata-se da manipulação do medo e da insegurança manejada pela reação desproporcional e até desnecessária, traduzida em disposições excepcionais ou impossíveis de serem cumpridas, o que, a médio prazo resulta no descrédito do ordenamento e no esvaziamento de seu poder intimidador (GARCIA –PABLOS, 1995).

Ainda do ponto de vista político-social, não é demais repisar que o maior prejuízo da convocação do Direito Penal, como protagonista das operações de “erradicação de vulnerabilidades”, é afastar as medidas do palco de operações em que seriam realmente eficazes, isto é, se afasta os problemas das verdadeiras políticas públicas de promoção de igualdade, das verdadeiras ações de promoção e afirmação de Direitos Humanos, fundadas no ataque às causas dos problemas, que foquem a questão da redistribuição igualitária e as questões relacionadas ao reconhecimento de identidades.

8.4 O “DIREITO PENAL DOS VULNERÁVEIS” E SUAS CONTRADIÇÕES

Ao se assumir serem as reivindicações por legislações penais específicas para a proteção de determinados grupos manifestação das chamadas lutas por reconhecimento fez-se necessário, também, observar que: essa produção penal apresenta forte tendência ao recrudescimento / endurecimento da resposta penal de forma irrefletida, por transferirem-se ao Direito Penal as expectativas de reconhecimento frustradas em outras esferas do Direito e em outras esferas políticas; e, que a necessidade de buscar visibilidade e de alcançar uma posição de não subalternização superando assim, a vulnerabilidade, impele os atores sociais a privilegiar, nas suas lutas, a ênfase da dimensão simbólica da produção penal aqui referida, relegando ao esquecimento, preocupações concernentes à racionalidade, efetividade e teleologia dessas leis.

Essas duas características acima tratadas, por si sós, já seriam suficientes para afastar a produção penal, fundada na necessidade de reconhecimento, da maneira como ela tem se apresentado, de um modelo que se aproxime do ideal de Direito Penal garantista.

No entanto, convém explicitar que tais características são sintomas, expressões da questão central, referentes à repercussão das demandas de reconhecimento no Direito Penal, operada pela introdução do conceito de vulnerabilidade a fundamentar algumas de suas legislações especiais: o Direito Penal não é o lugar apropriado para confluência das demandas de reconhecimento, por ser incapaz de imprimir qualquer modificação que seja, na realidade de subalternização e subordinação dos atores envolvidos no conflito penal de que se trata aqui.

Para demonstrar tal assertiva, serão problematizadas duas contradições fisiológicas do “Direito Penal dos vulneráveis”, que o fazem inapto a corresponder às expectativas que lhe tem sido atribuídas no contexto da expansão penal impulsionada pelas demandas de reconhecimento.

A primeira objeção que se poderia elaborar é de que, o “Direito Penal dos vulneráveis” - visto de dentro do próprio Direito Penal enquanto sistema racional de conhecimento do delito (FERRAJOLLI, 2010) - viola uma premissa básica, sobre a qual fora edificado o Direito Penal liberal iluminista do qual descende nossa cultura penal: o Direito Penal se funda na ideia de igualdade dos homens diante da lei e o seu potencial revolucionário radicou-se no fato de que passou a existir uma só lei, a ser aplicada a todos os homens potencialmente iguais diante dela; o que passou a determinar a punição foi a lesão ao bem jurídico. Já o “Direito Penal dos Vulneráveis” funda a necessidade de sua existência na distinção entre os homens.

As leis penais serviriam à proteção de todos os indivíduos igualmente merecedores de proteção, e a seleção da matéria a ser tratada nas leis penais se daria em razão dos bens jurídicos protegidos. Contrariamente, o Direito Penal especial motivado pelas demandas de reconhecimento de diferenças, muito frequentemente, redundaria na criminalização de condutas já criminalizadas, na proteção de bens jurídicos já tutelados, como já ocorreu, por exemplo, por ocasião da promulgação da Lei 10.741/2003, conforme já mencionado na primeira parte desse trabalho.

Ademais, a adoção de “um Direito Penal a cada homem, conforme a sua especial necessidade de proteção”, o que parece ser a premissa acolhida por um “Direito Penal dos vulneráveis”, pode conduzir a resultados flagrantemente antigarantistas, pois poderia determinar que um mesmo bem jurídico recebesse distinta proteção, a depender da

especificidade e do especial modo de ser do seu titular. Redundaria em decidir que vida merece ser mais protegida ou que integridade física deve ser melhor ou mais tutelada.

Uma ordem jurídica justa, com fundamento ético-político na defesa dos direitos fundamentais, é aquela capaz de proteger e garantir os direitos de todos os indivíduos, inclusive os mais vulneráveis. Isso, na seara penal, não implica necessariamente na criação de leis penais específicas.

Não por acaso, ao definirem-se os marcos teóricos de uma posição garantista, tomou-se por fundamento Ferrajoli, quando este salienta a separação operada pelo Direito Penal iluminista entre direito e moral para, a partir daí, lançar as bases de uma necessidade de justificação externa, isto é, análise de legitimidade, com base em valores extras-sistêmicos os quais, para ele, são os direitos fundamentais, principalmente o metadireito à igualdade em que se instala o valor primário da pessoa e a tolerância.

Um Direito Penal que se pretenda democrático não é um Direito Penal de ocasião, que se adequa ao discurso politicamente correto do momento e gera produtos legislativos conforme a demanda requerida, criando para cada uma das formas especiais de ser do gênero humano, uma proteção penal correspondente; pelo contrário, é um Direito Penal legitimado pelo compromisso com a proteção dos bens jurídicos⁹² de todos os homens e a proteção de todos esses homens contra o arbítrio e a violência desmedida, o que é feito, desde uma perspectiva valorativa fundada nos Direitos Humanos, como limitador do Direito Penal e não como multiplicador de “Direitos Penais”.

⁹² A exigência de que o Direito intervenha exclusivamente para proteger bens jurídicos, constitui uma garantia fundamental para o Direito Penal Moderno, nela confluem em uma dinâmica tensão os princípios da proporcionalidade, da fragmentariedade e da necessidade de intervenção mínima. Ferrajoli registra o quanto a doutrina do bem jurídico foi necessária na definição do moderno Estado de Direito e o quanto sofreu de esvaziamento de sentido. O autor fala em “parábola involutiva do bem jurídico” que deixou de significar a defesa dos bens fundamentais ao indivíduo para significar a tutela do Estado, registra ainda que, após a Segunda Guerra Mundial a doutrina do bem jurídico foi retomada graças ao trabalho de penalistas que restauraram a sua referência semântica às situações objetivas e a interesses prévios às normas jurídicas, devolveram-lhe a relevância crítica e uma função axiológica, “ainda que seja apenas como limite interno referido a valores e bens constitucionais” (2010, p.431).

Silva-Sanchez também registra as dificuldades porque passou a noção de bem jurídico, e salienta que o conceito contemporâneo deve conseguir aliar a noção de “lesividade social” e a necessidade de uma referência central ao indivíduo para preservar o seu potencial limitador e garantista (2011, p. 406-422).

Baratta identificou a legitimação simbólica da função punitiva e tecnocrática como afastamento da função principal das normas penais, que passariam a ser instrumento de representação de uma moral dominante, sendo este mais um dos desafios que se impõe a uma teoria do bem jurídico, dentre outros. Para ele, é preciso chamar a atenção para o fato de que a pretendida função instrumental do Direito Penal limitada pela noção de bem jurídico e na necessidade e utilidade da intervenção, na verdade, serviu para ocultar a extensão desses limites pela expansão das funções políticas e simbólicas do Direito Penal, o cuidado então, deve ser o de vigiar para que o Estado de Direito seja coerente com seus princípios garantistas, ao adotar uma dimensão da noção de bem jurídico-penal que, de fato, respeite os princípios de limitação da intervenção penal, os direitos das vítimas e os direitos dos imputados (BARATTA, 1994, p.5-23).

Concernente a essa objeção, pode-se replicar que o “Direito Penal dos vulneráveis” vem atender uma necessidade de diferenciação, com vistas à obtenção de uma igualdade efetiva, concretamente apreensível e argumentar que o ideal de igualdade formal encontra-se suplantado há muito no Direito, em que já se proclamou a necessidade de ampliação dessa noção de igualdade para uma igualdade material, a impulsionar a mobilização pela efetividade de normas constitucionais garantidoras de direitos e prestações sociais; e, mais que isso, inseriu-se na hermenêutica do princípio da igualdade jurídica um outro aspecto a ser considerado: “o direito ao reconhecimento da diferença” e a sua máxima expressão, a instrumentalização das chamadas “ações afirmativas” ou “discriminações positivas”, situações em que o princípio da igualdade é diferido inicialmente, com vistas à obtenção de uma igualdade ao final.

Trata-se de uma exceção jurídica ao princípio da igualdade, em sua acepção “igualdade diante da lei” ou “igualdade de tratamento”, fundada na busca da efetividade de direitos de certos indivíduos, cujo mecanismo é “desigualar no início para igualar ao final”. O “Direito Penal dos vulneráveis”, segundo tal linha de argumentação, seria assim uma ação afirmativa em matéria penal, buscando, dessa forma, alcançar por meios coercitivos, a igualdade dos indivíduos que têm subtraída a segurança, em razão de suas especificidades.

Tal réplica não é desarrazoada, visto que são argumentos coerentes, os quais desqualificariam a primeira contradição apresentada quanto ao “Direito Penal dos vulneráveis”, não fosse pelo fato de o Direito Penal não se prestar a ser uma discriminação positiva. É que discriminar positivamente significa permitir um tratamento diferenciado, como forma de alcançar uma igualdade inicialmente obstada a um indivíduo ou grupo, que tem negado o acesso a um direito concedido a todos. Uma ação positiva é um instrumento para superação de uma situação de desigualdade, é algo capaz de imprimir uma mudança real e positiva na vida dos sujeitos.

No caso dos grupos vulneráveis, as condutas de que são vítimas resultam de padrões culturais institucionalizados, que os colocam em situação de subalternização ante os demais indivíduos não vulneráveis; o fato de serem criminalizadas as condutas que os ofendem ou de terem as penalidades agravadas, não ataca a razão de ser dessas ofensas. A ação afirmativa aponta para o “empoderamento” do indivíduo ou grupo vulnerabilizado que, lançando mão do tratamento desigualmente positivo, supera as dificuldades iniciais e coloca-se em situação de autonomia e igualdade ante os demais.

Isso não acontece no Direito Penal, em que a vítima tem o seu conflito subtraído pelo Estado, que pouco se interessa por dar-lhe um retorno ou estabelecer um diálogo produtivo, suficiente para transformar o conflito inicial em algo capaz de gerar uma mudança em sua vida. Tudo isso sem falar da perspectiva do acusado, para quem o Direito Penal, como se sabe, tem uma atuação seletiva, discriminatória e arbitrariamente desigual. Em resumo: o Direito Penal não tem o condão de mudar a vida de alguém para melhor⁹³, muito pelo contrário; já foi apontado como injusta distribuição de dor sem nenhum outro resultado prático (CHRISTIE, 1981).

A segunda objeção diz respeito aos objetivos buscados no Direito Penal pelos segmentos vulnerabilizados, os quais o enxergam como grande organizador axiológico do mundo, que fundado na autoridade conferida pela coerção da pena, será capaz de extinguir discriminações, violências reais e simbólicas e toda a sorte de violações a que são submetidos os indivíduos em razão de suas especificidades. Desse modo, então, fará com que todos se respeitem mutuamente em uma universalização do reconhecimento recíproco, estando, assim, extirpadas da face da terra a subalternização, a injustiça e as desigualdades degradantes. Destarte, o Direito Penal geraria reconhecimento.

Trata-se aqui de uma contradição referente às expectativas de resultados efetivos, empiricamente apreensíveis na sociedade, atribuídos ao Direito Penal e, conseqüentemente, ao que aqui chamou-se de “Direito Penal dos vulneráveis”, o qual representa a opção pelo Direito Penal como meio para superação das situações de não reconhecimento a que estão submetidos determinados segmentos sociais.

Implica tal linha de pensamento, em última instância, em afirmar que o Direito Penal possa gerar efeitos positivos com sua intervenção, de tal sorte que possa propiciar aos indivíduos implicados uma ressignificação de suas relações, e aos segmentos protegidos a oportunidade de um novo status social frente aos demais atores sociais, a conquista de estima social e igual consideração.

⁹³ Já o processo penal, por sua natureza instrumental, por vezes se revela útil no caso das medidas cautelares, capazes de salvaguardar vida e integridades de vítimas, parece, portanto, que em algumas circunstâncias pode em certa medida ser um meio para retirada de uma pessoa da condição de desvantagem, conduzindo-a a uma condição melhor. Nessa perspectiva, é possível considerar o processo penal, um terreno mais adequado para medidas afirmativas, relacionadas às necessidades específicas de indivíduos e grupos, entretanto, no Direito Penal, o critério do “desigualar para ao final igualar” não se apresenta útil nem justo por ser incoerente com a finalidade anunciada.

A grande contradição é que essa posição é sustentada por aqueles que foram formados e alimentados teoricamente, em uma tradição crítica do Direito Penal⁹⁴, cuja maior contribuição é o estudo das funções reais do sistema penal e a denúncia dos seus efeitos deletérios, não só para os indivíduos, mas também para as comunidades.

Não é de agora que as características estruturais do Direito Penal são vastamente enunciadas como contrapostas aos fins normativos planejados para a sua intervenção; Zaffaroni, em estudo acerca da perda de legitimidade, escrito no final dos anos de 1980, observou:

Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais e comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (ZAFFARONI, 1991, p.15, grifo nosso).

Parece claro que, ao destruir as relações horizontais e comunitárias, o Direito Penal atua mais como fator impeditivo de uma condição de adequado reconhecimento intersubjetivo, que de promotor dessa condição.

Não são poucas as elaborações teóricas que apontam que o Direito Penal não só está longe de alcançar os fins que estão normativamente colocados como objetivos a serem perseguidos pela sua atuação, mas também tem entre seus reais resultados efeitos absolutamente desastrosos.

Como ilustração, a posição de Christie - que já no início de seu livro *Limits to pain* apresentou dúvidas acerca da evolução do Direito Penal para algo mais humano – e, a partir desse questionamento, o descreveu como um sistema encarregado, exclusivamente por produzir sofrimento e dor, em que a mudança se deu apenas na escolha das palavras e na forma de executar a punição:

Aqueles que olham para a história penal como estágios em andamento, podem argumentar que eu desisti muito rápido. Eles veriam as evoluções, uma diminuição gradual de dor, o que tornaria possível essa posição. Da descrição na abertura de

⁹⁴ Como já mencionado no presente trabalho, inclusive como observação constante no pensamento de Sebastian Scheerer já referido, relevante parcela dos defensores do “Direito Penal dos vulneráveis” são oriundos dos setores progressistas do pensamento criminal e social, quer seja da Criminologia Crítica, que sejam estudiosos e militantes de Direitos Humanos, a estes, mais contraditória se apresenta a “volúpia punitiva” que os seduz e conduz a este tipo de posição.

Foucault (1975) da horrível execução pública de Damiens, em 1757, até a invenção pelo Parlamento norueguês, em 1815, de uma tarifa para converter marcação e corte de membros em termos de prisão - 10 anos para uma mão – isso não exemplifica redução da dor? De escravidões e reformatórios com seus abusos descontrolados, para penitenciárias bem ordenadas, isso não é progresso? De chicotadas por desobediência à perda de privilégios? Desde os antigos castelos com cheiro de pedra para quartos individuais com água quente e fria, - isso não exemplifica a redução da dor? Eu simplesmente não sei. Cada forma teria de ser avaliada de acordo com seu próprio tempo, por aqueles que encaram a dor como parte de sua vida normal e da vida normal das outras pessoas, e à luz dos que viam a dor como seus pecados. Eu não vejo como uma escala pode ser estabelecida. [...] A seriedade do fenômeno central na lei penal é facilmente esquecida. [...] O Controle da criminalidade tornou-se uma limpa e higiênica operação. A dor e o sofrimento desapareceram dos livros-texto e das etiquetas aplicadas. Mas não, é claro, da experiência daqueles que são punidos. As metas para a ação penal são da mesma forma que costumavam ser: medo, vergonha, infelicidade. ⁹⁵(CHRISTIE, 1981, p.2-5, tradução nossa)

Destaca-se ainda a posição de Hulsmann, por quem o Direito Penal foi descrito com um incontrolável distribuidor de sofrimentos desnecessários, materialmente desigual e expropriador do direito de todos os envolvidos no conflito, especialmente a vítima:

O sistema penal, longe de resolver os problemas a que se propõe enfrentar, cria outros novos: é, de fato, um mal social. [...] O sistema penal é uma máquina burocrática cujas subestruturas, atuando cada uma por seu lado, produzem decisões irresponsáveis. O sistema penal menospreza as pessoas concretas, expropriando-as de seus problemas, já que trabalha sem elas e contra elas. (DE CELIS; HULSMANN, 2005, p.247-248)

As descrições do Direito Penal produzidas pela sua crítica apresentam-no como incapaz de produzir os resultados anunciados em seu discurso e, pior que isso, como gerador de outros problemas não descritos em suas finalidades anunciadas, o que é uma característica estrutural, insuperável.

Parece impossível neste terreno se cultivar igualdade, reconhecimento e justiça. Para o acusado, o Direito Penal como operacionalidade significa exclusão, estigma e infortúnio.

⁹⁵ “Those who look at penal history as stages in progress might argue that I refrain too fast. They would see developments, a gradual decrease in pain, which would make ranking possible. From Foucault's (1975) opening description of the gruesome public execution of Damiens in 1757, through the Norwegian Parliamentary invention in 1815 of a tariff converting branding and cutting off limbs into terms of imprisonment - ten years for a hand - does it not exemplify reduction in pain? From slaveries and workhouses with their uncontrolled abuses, to well-ordered penitentiaries, is that not progress? From whipping for disobedience to loss of privileges? From the old smelling stone castles to single rooms with hot and cold water, - does that not exemplify reduction in pain? I just do not know. Each form would have to be evaluated according to its own time, by those receiving the pain, in the framework of their usual life and other people's usual life, and in the light of what they saw as their sins. I do not see how a scale could be established.[...] The seriousness of the core phenomena within penal law is easily forgotten [...] Crime control has become a clean, hygienic operation. Pain and suffering have vanished from the text -books and from the applied labels. But of course not from the experience of those punished. The targets for penal action are just as they used to be: scared, ashamed, unhappy”

Para a vítima, da mesma forma, significa exclusão, esquecimento e insensibilidade, uma vez que a resposta punitiva não satisfaz às suas necessidades, que são prioritariamente de proteção e auxílio para a superação.

Da mesma forma que o Direito Penal não se presta a dar o incremento gerador de igualdade, característico das ações afirmativas, ele também não é capaz de gerar reconhecimento. Os conflitos gerados na seara do “Direito Penal dos vulneráveis”, dizem respeito a situações em que indivíduos ou grupos não foram devidamente reconhecidos em suas identidades e especificidades em razão de padrões culturais institucionalizados, e também de fatores de ordem distributiva. O reconhecimento é fenômeno que se dá no palco das interações sociais, de maneira intersubjetiva. O Direito Penal anula os indivíduos, subtrai-lhes o conflito, não oportuniza; portanto, que o não reconhecimento gerador do conflito seja suplantado.

A ideia de buscar igualdade e proteção por meio do Direito Penal funda-se em um equívoco, a própria associação crime / violação de Direitos Humanos, utilizada como justificador dos movimentos de criminalização, aqui chamado “Direito Penal dos vulneráveis”, carrega uma contradição: como defender os direitos mais fundamentais de cada homem, valendo-se do espaço de poder estatal autorizado a suprimir uma relevante parcela deles em nome da ameaça utilitarista da pena? Foi justamente por enxergar essa contradição que se afirmou que o Direito Penal é, essencialmente, violador de Direitos Humanos (ZAFFARONI, 1991), na medida em que cerceia liberdades e encarcera.

A estratégia dos movimentos sociais em busca de reconhecimento por meio do Direito Penal se apresenta como uma grande armadilha, pois ofusca o cerne das questões e acaba, com a sedução da punição, fazendo com que sejam esquecidos outros esforços na busca da consolidação de direitos dos grupos minoritários. Helena Singer assim observou a contradição, inerente à defesa de Direitos Humanos por meio da punição:

Se a demanda por punição é uma demanda fundamentalmente conservadora, é pouco coerente associá-la à luta pelos Direitos Humanos, sobretudo em um país como o Brasil, em que todas as forças humanitárias têm que se voltar para a sua transformação. Ao demandar punição, os militantes dos Direitos Humanos estão também eles se furtando às questões éticas, e restringindo-se aos aspectos pragmáticos: penalizando-se, inibem-se as condutas que atentam contra os princípios universais de liberdade, igualdade, solidariedade. A fragilidade da proposta é clara. Todos os homens são dotados de razão, nascem livres e têm direito à vida; entretanto, após um julgamento realizado em parâmetros bem definidos, ele pode ser considerado culpado. Uma vez considerado culpado, esse alguém deixa de ter direito à liberdade. Por quê? Talvez a única resposta adequada seja que ele deixou de ser

homem, não se conduziu sob os auspícios da razão e igualou-se aos animais. Ora, acontece que o homem que passa por um julgamento está respondendo por um delito definido socialmente. Desde os iluministas, que pretenderam ter superado a moral religiosa que dogmatiza a definição dos pecados, não se pretende definir de forma absoluta o que seja ou não delito, deixando-se tal atribuição para cada organização social. E então, emerge a grande fissura: em um nível metafísico, direitos são declarados como dados da natureza humana e esta é definida com base no atributo da racionalidade; no nível social, alguns atos são definidos como delitos e é atribuída a uma instância específica o poder de tirar os direitos dos homens acusados por algum desses delitos. Definitivamente os Direitos Humanos não combinam com o sistema penal, que individualiza as responsabilidades, volta-se para encontrar “culpados” e pune, a maior parte das vezes, com o encarceramento, que não restitui a “vítima” do suposto crime e muito menos a sociedade. A alternativa deveria ser buscada no tratamento dos conflitos pela via do eixo coletivo. Os esforços deveriam ser centrados para transformar os mecanismos sociais que engendram a discriminação étnica, sexual de qualquer outro tipo. (SINGER, 1998, p.18)

Existe, como exposto, uma contradição insuplantável em se pretender defender direitos por meio da punição e em almejar uma igualdade conquistada pelo Direito Penal. O “Direito Penal dos vulneráveis”, por ser uma resposta reativa dos grupos vulnerabilizados às violações de direitos a eles impostas, traduzida na eleição da linguagem punitiva como meio para alcançar reconhecimento, é incapaz de alcançar seus objetivos.

8.5 UM ALINHAMENTO DE EXPECTATIVAS EM BUSCA DE RECONHECIMENTO: O QUE CABE AOS DIREITOS HUMANOS E O QUE CABE AO DIREITO PENAL

Por tudo quanto já foi demonstrado, se apresenta clara a impossibilidade do Direito Penal propiciar reconhecimento e igualdade, como também é impossível a sua utilização, como promotor / efetivador de Direitos Humanos.

Se o reconhecimento é o ponto de partida ou o combustível para as mobilizações sociais em busca de igualdade, no curso das quais é chamado o “Direito Penal dos vulneráveis” como importante instrumento para a consecução dos fins almejados, por outro lado ele, não pode ser o ponto de chegada do Direito Penal, porque este é estruturalmente impossibilitado de alcançá-lo.

Viu-se que o reconhecimento consiste em fator imprescindível para a autorrealização dos indivíduos e que, por isso mesmo, estes indivíduos se animam a buscá-lo e persegui-lo, até mesmo por meio do conflito, posto que ele constitui, juntamente com a redistribuição, um dos pressupostos de uma situação de justiça.

O discurso do reconhecimento, tal como apresentado por Taylor (1994), se apresenta em dois níveis: o primeiro, na esfera íntima, em que a formação da identidade ou o reconhecimento intersubjetivo se dá por meio do diálogo e conflito permanente com os “outros - importantes” ou, dizendo de outra forma, com os valores culturalmente

estabelecidos na sociedade; e o segundo, na esfera pública, em que se faz necessário reconhecimento como atendimento dos pleitos por igualdade e justiça.

No nível individual, o Direito Penal é incapaz de gerar reconhecimento por muitas razões, dentre elas, a subtração do conflito. O conflito penal ensejador da aplicação do “Direito Penal dos vulneráveis” é aquele em que um indivíduo - por não reconhecer ou por reconhecer erroneamente um determinado grupo ou identidade, em razão de padrões culturais estabelecidos - termina por lesionar os direitos de outro indivíduo. Jamais poderá acontecer uma releitura dos fatos, uma oportunidade de reconhecimento entre estas pessoas, propiciada pelo Direito Penal, pois este ignora as pessoas e concentra-se em um fato congelado no passado. Ao autor, estigma e sofrimento em retribuição; à vítima, o solene esquecimento.

Na perspectiva de uma política de reconhecimento, o Direito Penal também não contribui em nada para a construção de uma sociedade em que se possa viver sem os conflitos e violações típicos do “Direito Penal dos vulneráveis”. Uma política de reconhecimento seria aquela que pudesse gerar mais consideração social e estima por um dado grupo, e que fosse capaz de fortalecer uma determinada identidade ou forma de ser, de maneira que ela não fosse mais alvo do ataque e do desrespeito por parte dos demais. Ao tratar a questão da violação dos direitos das minorias, elegendo uma lógica punitivo-retributiva, o Direito Penal apenas reafirma a cultura de dominação e violência que os vulneráveis pretendem extirpar, aprofundando um abismo constituído na violência, distância e desconfiança entre os segmentos vulneráveis e os demais.

A linguagem do Direito Penal é reativa e limitada. A opção pela reação expressa dependência e incapacidade de transformação. Não é emancipadora, pois escolhe o caminho da heteronomia, da coerção, da infelicidade e da punição, as próprias violações e lógicas que pretendem os grupos vulnerabilizados extirpar.

Ademais, os frutos até agora colhidos apontam para a temeridade de colocar o Direito Penal como meio para o reconhecimento ou como instrumento para a garantia de direitos. No Brasil, ao que parece, quando não resultam as criminalizações em legislações meramente simbólicas imbuídas de um caráter educativo, se apresentam como um incremento desarrazoado da resposta penal, com resultados até agora não suficientemente avaliados no que diz respeito à efetividade da pretendida proteção e às das consequências dessa escolha.

Em trabalho acerca do controle da violência e justiça criminal, nos Estados Unidos, Salvetsberg, ao observar o incremento punitivo propiciado pelas demandas dos grupos minoritários - notadamente delitos referentes à violência doméstica - como uma das vertentes da ampliação do controle penal naquele país, registrou:

[..] não surtiram efeitos diretos com relação à limitação do comportamento criminoso e violento. [As políticas punitivas] contribuíram para: a) a criminalização coletiva da subclasse urbana negra, b) o enfraquecimento da vida social e econômica das minorias, c) a diminuição do efeito simbólico da punição criminal entre as minorias, d) o abalo da legitimidade do sistema de justiça criminal e da cooperação das comunidades e, finalmente, e) o enfraquecimento da autoconfiança dos profissionais do sistema criminal (SAVELSBERG apud SINGER, 1998, p.14-15).

Trata-se acima do registro de que os efeitos reais da intervenção penal podem ser ainda mais desastrosos quando aplicados no contexto das minorias, pois além de não propiciar a proteção pretendida, traz a reboque também a maximização da vulnerabilidade pretensamente combatida.

Admitir que o “Direito Penal dos vulneráveis” aqui investigado não é capaz de propiciar reconhecimento significa dizer que ele não é capaz de atender as expectativas depositadas pelos movimentos sociais que o pleiteiam, ademais, conforme demonstrado, da maneira como tem sido manejado o recurso ao Direito Penal pelos segmentos vulnerabilizados, ele tem apresentado características, no mínimo confrontantes com uma posição garantista, ao se propor, ora a coercitivamente inculcar uma moral, ora a uma maximização penal de motivação retributiva.

Com isso, não se quer afirmar, a desnecessidade ou impossibilidade de existirem propostas de intervenção penal específicas voltadas a uma forma especial de violência perpetrada contra um determinado grupo, essa pode até ser uma direção tomada em conformidade com os critérios de política criminal escolhidos.

Em verdade, o que se quer significar é que a proteção de direitos fundamentais, o reconhecimento da igualdade e do respeito aos indivíduos em suas diferentes formas de ser, deve estar incluído naquele núcleo de valores que Ferrajoli descreveu como o centro de justificação externa do Direito Penal, e, em assim sendo, na medida em que estes valores sejam o norte e a substância das intervenções penais, as prescrições penais específicas fundadas na condição especial de vulnerabilidade da vítima se apresentam na maioria dos casos desnecessárias, uma vez que, um Direito Penal garantista, constitucionalmente fundado e vivido, deve ser capaz de tutelar os bens jurídicos de todos, inclusive os mais vulneráveis.

Ainda assim, se por ventura, realmente, se fizer necessário a elaboração de prescrições penais específicas fundadas na condição de vulnerabilidade, o que deve ser pela própria constituição do sistema penal garantista, uma exceção, isto deve se dar, com

propriedade, critério, presente a preocupação com a unicidade e coerência do sistema penal⁹⁶, e, sobretudo, somente se for entendido que uma prescrição penal especializada assim o é, por necessidade de se elaborar uma resposta penal também diferenciada, distante da simples, tradicional e conservadora aposta na punição e no encarceramento.

Nunca é demais ressaltar que as estratégias voltadas à visibilidade e ao “empoderamento” de cada um dos segmentos vulnerabilizados devem estar localizadas em outras esferas de decisões políticas e em outros palcos de interação social, distintos do setor penal, sob pena de gerar equívocos e reproduzir injustiças. Além de todas aquelas, tão íntimas e tão próximas da intervenção penal, pode haver ainda a injustiça de ver anseios legítimos, esforços e mobilizações sociais por transformação desperdiçados por terem sido colocados em um plano fadado ao fracasso.

Promover uma desmistificação do “Direito Penal dos vulneráveis” e de um certo desejo punitivo por parte dos defensores de Direitos Humanos e movimentos sociais representantes de demandas de segmentos vulneráveis, não é uma posição conservadora nem antidemocrática, é, sobretudo, uma posição humanista, que traduz a preocupação de que de fato as pessoas possam ser quem são autenticamente sem que isto lhes seja um fardo nem uma punição.

Para que se alcance esse objetivo são necessárias profundas mudanças de natureza cultural, social e de natureza econômico-redistributiva, que não serão jamais alcançadas pelo Direito Penal. A análise aqui apresentada é um chamamento a não empreender esforços inúteis, jamais uma negativa das injustiças que acometem os vulneráveis e das formas específicas de violência contra eles dirigidas. Trata-se de um compromisso com a transformação, presente em toda verdadeira posição crítica.

É preciso que se deixe ao Direito Penal a tarefa de proteger os bens jurídicos de todas as pessoas, com a restrição de buscar sempre uma intervenção mínima, determinada pela sua legitimação na defesa dos direitos fundamentais, e se busque em outros espaços - como a educação e os espaços público de decisão, onde se exerça participação política democrática e paritária, entre outros - desenvolver ações para as substanciais modificações sociais demandas pelos grupos vulneráveis e minorias.

Descrevendo os seus “princípios extrassistemáticos”, que legitimam e informam um Direito Penal limitado pelos direitos do homem, Baratta descreve bem o que é separar, como

⁹⁶ Diferentemente do que tem ocorrido em que a ribalta política tem prevalecido e inclusive prejudicando o rigor técnico, e, a precisão dogmática, para alguns, também uma das armas do garantismo tem ficado de lado.

se deve realinhar a relação Direito Penal/Direitos Humanos, locus onde estão colocadas as reivindicações pelo “Direito Penal dos vulneráveis:

Uma indicação política fundamental para uma estratégia alternativa do controle social. É basicamente a mudar cada vez mais a ênfase nas formas de controle reativo para as formas de controle pró-ativas. As primeiras consistem em respostas às expressões individuais de conflitos que se manifestam em ações (desviantes) dos indivíduos, as segundas, por outro lado, são aquelas que conseguem encontrar as situações complexas em que os conflitos ocorrem.

Neste sentido, a política de justiça social, o respeito aos Direitos Humanos, a satisfação das necessidades reais dos sujeitos em uma sociedade, são mais do que uma escolha política criminal: alternativa, são a verdadeira alternativa democrática à política criminal.

O sistema penal não está adequado para proporcionar a defesa mais eficaz dos Direitos Humanos, pelo fato de que seu discurso é estruturalmente limitado a uma resposta ao conflito, no modo e no lugar, do sistema social em que ocorrem: uma resposta aos sintomas e não as causas. Mas a análise sociológica nos ensina que o lugar onde os conflitos se manifestam pode ser, em sistemas sociais complexos, diferentes e distantes de onde eles realmente ocorrem.⁹⁷. (BARATTA, 1985, p.98, tradução nossa)

Baratta ainda descreve a articulação autônoma dos conflitos e das necessidades das pessoas, cada uma com suas especificidades, necessidades e peculiaridades, como algo a ser conquistado por meio da participação popular e do protagonismo político dos atores comprometidos com a proteção e efetivação de Direitos. Assim conclui:

O sistema de justiça criminal tradicionalmente é um aspecto da expropriação ideológica dos portadores necessidades e dos Direitos Humanos, a respeito de sua percepção dos conflitos em que estão inseridos. Nenhuma mudança substancial na política de controle social será possível, se a maioria dos portadores de necessidades (vulneráveis) e dos detentores de direitos não conseguem tornar-se, de sujeitos passivos que são de uma gestão institucional e burocrática de controle social, em sujeitos ativos na construção do dito controle.

A articulação autônoma da própria consciência dos conflitos e de suas necessidades de direitos em uma comunicação livre de poder, a idéia de democracia e soberania popular é a ideia-guia a orientar a transformação do Estado, não só para o modelo formal do Estado de Direito, mas para Estado modelo substancial do Estado de Direitos Humanos. , É esta também, a ideia-guia para a transformação e superação

⁹⁷ “[...]una indicación política fundamental para una estrategia alternativa del control social. Se trata, básicamente, de desplazar cada vez más el acento de formas de control reactivo a formas de control proactivo. El primero está constituido por respuestas a expresiones individuales de los conflictos que se manifiestan en acciones (desviadas) de los individuos; el segundo, por el contrario es el que puede encontrar las situaciones complejas en las que los conflictos se producen.

En este sentido, la política de justicia social, el respeto de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los sujetos en una sociedad, son algo más que una política criminal alternativa: son la verdadera alternativa democrática e la política criminal

“El sistema penal no está adecuado para proporcionar la más eficaz defensa de los Derechos Humanos, por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a una respuesta a los conflictos, en el modo en el lugar, del sistema social en el que se manifiestan: una respuesta a los síntomas y no a las causas. Pero el análisis sociológico no enseña que el lugar donde se manifiestan los conflictos puede ser, en los sistemas sociales complejos, distintos e lejanos de donde ellos se producen efectivamente”

do sistema penal tradicional, para um sistema de defesa e garantia dos Direitos Humanos.(tradução livre)⁹⁸ (BARATTA, 1985, p.98-99, tradução nossa)

Nesse sentido, conforme ilustrado, visualizar a impossibilidade de gerar reconhecimento intersubjetivo por meio do Direito Penal é uma reorganização das expectativas e estratégias com vistas à superação da vulnerabilidade que paralisa, cala e diminui numerosas parcelas das sociedades contemporâneas que têm buscado reverter a invisibilidade social e descaso com que são tratadas e transformar em efetiva fruição as conquistas já formalmente conquistadas, as quais, entretanto, nesse mover-se, sucumbiram à tentação de enxergar na força e violência do Direito Penal o caminho mais curto.

9 UMA CHANCE DE SUPERAÇÃO DAS CONTRADIÇÕES: UM MODELO RESTAURATIVO FUNDADO NOS ESTADOS DE PAZ

A percepção de como a luta pelo reconhecimento é o propulsor das mobilizações por Direito Penal de certos grupos e de como o conflito instalado nesse contexto nasce de uma falha de reconhecimento entre indivíduos ou grupos nos permite alçar novos vãos nesse percurso de reflexões.

Se de um lado está claro a “ausência de reconhecimento” como o germe do conflito penal aqui observado, de outro também está demonstrado que o Direito Penal é absolutamente incapaz de gerar ou suscitar reconhecimento, dizendo em outras palavras: o Direito Penal é inapto a modificar positivamente a vida de alguém fazendo com a sua aplicação que ele seja mais respeitado ou estimado por seus pares, e é incapaz de promover que estes indivíduos se enxerguem e se relacionem em condições de não adversariedade e respeito.

⁹⁸ “[..] El sistema penal tradicionalmente es un aspecto de la expropiación ideológica de los portadores de necesidades y de los Derechos Humanos, con respecto a su percepción de los conflictos en los que se encuentran insertos. Ningún cambio sustancial en la política de control social será posible, si las mayorías de los portadores de necesidades y derechos no logran en convertirse, de sujetos pasivos que son de un manejo institucional y burocrático del control social, en sujetos activos en la construcción de dicho control. La articulación autónoma de la propia conciencia de los conflictos y de sus necesidades de derechos en una comunicación libre del poder, la idea de democracia y la de soberanía populares la idea guía para la transformación del Estado, no solo hacia el modelo formal del Estado de Derecho, sino hacia el modelo sustancial del Estado de los Derechos Humanos. Es, ésta, también, la idea guía para la transformación y la superación del sistema penal tradicional, hacia un sistema de defensa y garantía de los derechos humanos “

No entanto, a observação da luta pelo reconhecimento, como base para emergência de conflito, inclusive conflito penal, se apresenta como um achado relevante a desafiar a reflexão e a mobilizar novas formas de interpretação desse mesmo conflito.

Ao tratar das matrizes teóricas do reconhecimento, buscando bases para a reflexão aqui empreendida, uma das elaborações destoava das demais por se afastar de uma tradição filosófica política e se aproximar de uma teoria especulativa do reconhecimento, todavia, sem ignorar a discrepância de sua contribuição frente às demais em que se buscou fundamentar esse trabalho, analisou-se a obra “O percurso do Reconhecimento” de Paul Ricoeur por identificar que a sua visão diferenciada a respeito do reconhecimento e da conflitualidade nele fundada pudesse alicerçar uma nova leitura da relação Direito Penal e reconhecimento.

Como visto, Paul Ricoeur busca em *ágape*, isto é, na noção de amor sem obrigação de reciprocidade e exatidão, e na mutualidade do dom, a referência para fundamentar a sua filosofia do reconhecimento fincada no modelo dos estados de paz e não na gramática do conflito.

Para ele, o modelo conflitual deve ser abandonado na busca do reconhecimento, as metas deve ser os estados de paz; o paradigma é o estado de reconhecimento em que um homem reconhece o outro homem por enxergá-lo capaz de fazer e desejar as mesmas coisas. Não se trata de reciprocidade (benefício e contra-benefício), que pode ser facilmente convertida em retribuição (malefício e contra-malefício), porém de mutualidade.

O reconhecimento para Ricoeur tem a dinâmica da mutualidade, em que o homem age para com o outro por esperar e acreditar que o outro com ele agiria da mesma maneira, ele busca encontrar um modelo de reconhecimento em que este não é o pressuposto da justiça, é a própria justiça livre do fardo da retribuição, determinado pela obrigação de justiça e exatidão, porque reconciliada com o amor.

O reconhecimento radicaria em uma dialética tensão entre a mutualidade e alteridade, “o caráter festivo” dos estados de paz - expressado na figura do dom, que advém justamente da celebração da mutualidade - que subsiste mesmo sem suplantar a alteridade.

A disparidade da filosofia de Ricoeur frente aos autores tradicionalmente referenciados nos estudos a respeito do reconhecimento intersubjetivo, quando situado no contexto da afirmação de direitos de minorias e grupos vulnerabilizados, ao invés de representar um incômodo, expressa um rico desafio no exercício de repensar a relação Direito Penal / reconhecimento.

Se estiver claro que a base do conflito é o reconhecimento, e que o Direito Penal como se nos apresenta não traz uma resposta adequada a esta questão, parece-se razoável imaginar que uma resposta penal que faça sentido dentro desse contexto deve se afastar do onipresente paradigma retributivo e perseguir o reconhecimento intersubjetivo por meio de uma responsabilização propiciada pela implicação entre as partes.

O ambiente metodológico dos modelos restaurativos de justiça se apresenta mais apropriado a permitir que indivíduos que não se enxergam, ou que se enxergam a partir das visões de há muito arraigadas em sua cultura e em seu modo viver, por padrões reproduzidos irrefletidamente ao longo do tempo, possam encontrar no conflito penal, desde que tratado em outra perspectiva, a oportunidade de se ressignificarem mutuamente e de construírem novas práticas individuais e coletivas pautadas na autonomia e no comprometimento

Quando se diz “modelos restaurativos” trata-se das propostas que admitem uma intervenção penal que se afaste da ideia de culpa e de retribuição e trabalham com a perspectiva da responsabilização e obrigação de corrigir assumida pelo agressor, que assim, deixa de ser um “criminoso” estigmatizado para ser um protagonista. Também a vítima tem a sua voz recuperada, pois o ponto de partida de toda a intervenção nessa perspectiva passa a ser o das suas necessidades, e a comunidade é chamada a intervir nos processos restaurativos que, de forma inovadora, elegem como objetivos não a punição como um fim em si mesmo, mas a reparação dos danos, a admissão do mal causado, a restauração das relações, a reorganização dos envolvidos e o fortalecimento da comunidade⁹⁹ (ZEHR, 2008).

Evidentemente, esta perspectiva se afasta do fluxo que vem tomando as reivindicações por Direito Penal, feitas no contexto de direito de grupos, uma vez que o poder simbólico da força retributiva penal, exerce fascínio mesmo sobre aqueles que tradicionalmente têm sido eleitos ao longo da história como os destinatários de seu poder seletivo e anulador. A “técnica do judoca”, de usar contra o adversário a sua própria força, parece ter sido eleita pelos movimentos sociais.

Somente com o esforço em que se traduz o rompimento com um paradigma, cuja deslegitimação não é novidade, será possível enxergar que somente haverá o rompimento de uma espiral de dor e crueldade que o sistema penal tem produzido ao longo de sua história, quando o ponto de chegada não for mais a aparente superação do conflito pelo subjugamento

⁹⁹ Ainda sobre justiça restaurativa, ver as obras inaugurais e já canônicas na temática, de Howard Zehr (2008;2012), ainda rica coletânea organizada por Slakmon; De Vitto e Pinto (2005) e Paul Lederach (2012) e Vasconcelos (2008).

de um dos contendores, mas a transformação desse conflito em algo positivo pela mão e pelo esforço de seus próprios protagonistas, vivenciando uma transformação do conflito, na forma descrita por Jonh Paul Lederach:

Transformação de conflitos e visualizar e reagir às enchentes e vazantes do conflito social como oportunidades vivificantes de criar processos de mudança construtivos, que reduzam a violência e aumentem a justiça nas interações diretas e nas estruturas sociais, e que respondam aos problemas da vida real. (LEDERACH, 2012,p.27)

Trata-se de romper com um modelo de heteronomia e infelicidade, do Direito Penal retributivo, fundado na autoridade, poder e coerção, cuja finalidade é a distribuição de dor pela pena e instaurar um modelo de autonomia e felicidade, que não visa distribuição da dor, mas a sua superação e minimização.

Não obstante, essas conclusões tenham emergido de uma reflexão no campo do “Direito Penal dos vulneráveis”, na qual as diversas aplicações da teoria do reconhecimento se apresentam mais evidentes, uma leitura do fenômeno penal pelas lentes do reconhecimento não se restringe a esse campo.

Aproveitando de Honneth, a constatação de que a necessidade de reconhecimento intersubjetivo é a base de todas as interações sociais, cuja gramática é o conflito, e, associando-lhe ,não como argumento contraposto, mas como ideia complementar a tese de Ricoeur, para quem a luta no processo de reconhecimento tem que ser buscada nas experiências dos estados de paz , conclui-se como caminho, a reconstrução dos mecanismos para lidar com aquilo que se tem chamado de “conflito penal” Talvez a chave desse enigma não esteja na forma de lidar com aquilo que se chama “crime ou conflito penal”, esteja na redescoberta pelo homem de sua original identidade, de ser que pensa, de ser que sente, e cuja identidade se revela no estar junto ao outro.

CONCLUSÃO

Com base na pesquisa desenvolvida e materializada ao longo desse trabalho, lograram-se alguns apontamentos conclusivos acerca da problemática que norteou todos os capítulos sob diferentes enfoques: a questão da utilização do recurso ao Direito Penal como meio para a superação de vulnerabilidades e a necessária rediscussão da relação Direito Penal / reconhecimento. As conclusões extraídas são, portanto, as seguintes:

1. Tomando como ponto de partida a observação do fenômeno contemporâneo da expansão penal, conforme delineado por Silva Sanchez, e a constatação de que, em seu bojo, estaria inserida uma vertente, relacionada à confluência para o Direito Penal das reivindicações de grupos e à criminalização como forma de afirmação social e política dos segmentos subalternizados - o aqui denominado “Direito Penal dos vulneráveis” - apresentou-se o problema central dessa obra observado sempre desde o horizonte que determina o surgimento dessas produções legislativas penais. Buscou-se identificar as suas justificações, as suas motivações e, sobretudo, a sua potencialidade de atender às expectativas que lhes foram confiadas por amplos setores da sociedade.

2. Com essa perspectiva, desenvolveu-se a análise dos processos de elaboração no Brasil da Lei 7716/89 – Lei de Racismo, Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso e Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha; além de analisar os processos legislativos ainda em curso, que visam criminalizar as condutas homofóbicas (PL 122/2006) e condutas perpetradas contra pessoas com deficiência (PL 7799/2006). Concluiu-se daí que esses processos legislativos somente ocorreram com o início do processo de redemocratização do país, quando tiveram impulso as reivindicações por igualdade e afirmação de diferenças, capitaneadas, principalmente, pelo movimento negro e movimento de mulheres, e que os reclamos por efetiva fruição de direitos, maior visibilidade e participação política desses segmentos deram-se no influxo de fenômenos da mesma natureza, já detectados na ordem internacional a partir do maior reconhecimento no discurso de Direitos Humanos e nos próprios atos e documentos da ONU, dos direitos do homem especificamente considerado.

3. Ainda da análise dos processos de elaboração das legislações representantes do “Direito Penal dos vulneráveis” no Brasil, verificou-se que todas elas tinham em comum o fato de terem sido antecedidas por mobilizações dos segmentos interessados, que denunciavam o fato de viverem em situação de desigualdade e de serem submetidos a formas

específicas de violência, dirigidas às pessoas de seu segmento ou grupo. Justificava-se a necessidade do Direito Penal, em razão de uma situação de “vulnerabilidade”, e cultivava-se a crença no Direito Penal como instrumento para a modificação desse estado de coisas.

4. No que concerne às modificações trazidas ao ordenamento pela superveniência dessas legislações, na medida do observado com base na análise dos três casos tomados de amostra da realidade brasileira, percebeu-se que muitas vezes elas podem se apresentar apenas com uma função simbólica muito exacerbada, demonstrando pouca preocupação de seus elaboradores com efetividade e racionalidade, ou pode apresentar-se com uma forte tendência ao reforço da resposta punitivo-repressiva.

5. Fez-se necessário, diante dessas indicações preliminares colhidas do cenário brasileiro, compreender a dimensão da “vulnerabilidade” que serve de justificativa à existência dessas legislações penais específicas e entender o que é ser vulnerável, quem são os vulneráveis e de que forma essa noção se aproxima e repercute no setor penal do ordenamento, a ponto de determinar toda uma nova produção legislativa. Concluiu-se, com base em literatura de Direitos Humanos, e também de Ciências Sociais, que os vulneráveis são todos os indivíduos ou grupos colocados em posição de subalternização no desenho da distribuição de poder na sociedade, e que são, em razão disso, vítimas de violência e violação de direitos.

6. Também se buscou reconstituir a formação da noção de vulnerabilidade e a sua ampliação de significações, como parte integrante do próprio processo histórico de construção e afirmação dos direitos do homem; Contribuiu para essa empreitada, inicialmente, a literatura de Direitos Humanos, que descreve a sua formação, sobretudo aquelas elaborações que descrevem o processo em “ondas” ou “gerações”, de onde se colheu o suporte de Bobbio, Bonavides e Tosi - dentre outros -, e em seguida as formulações da teoria social acerca da exclusão, dos quais se destacam Xiberras e Souza Santos, e as elaborações dos estudiosos do desenvolvimento na América Latina, como Moser e Busso.

Foi possível concluir que a noção de vulnerabilidade consiste na maior suscetibilidade de violação de direitos, a qual determinados indivíduos e grupos ostentam em razão de complexas variáveis sociais, relacionadas a mecanismos de exclusão e anulação como racismo, machismos e sexismo, e que, a sua emergência advém do próprio processo de consolidação / efetivação de Direitos Humanos, por meio da constatação de que, nessa dinâmica de ampliação de direitos, determinados segmentos encontravam dificuldades relevantes para terem seus direitos reconhecidos e avancarem na conquista da cidadania e do respeito social.

Isto porque, muito embora a dinâmica do processo de afirmação e constituição de direitos do homem tenha sido registrada sempre como ampliativa, e muito embora, nesse contexto, tenha se buscado conferir direitos aos homens em suas diferentes formas de ser, para alguns - como, por exemplo, as mulheres e os negros -, as “ondas” não avançavam, as “gerações” não se sucediam, ou o processo não se completava com a substancial fruição dos direitos, em razão de situações de exclusão, determinadas por complexos padrões de interação social, sendo justamente essa precariedade e fragilidade da condição desses sujeitos no processo de ampliação de direitos que determina a noção inicial de vulnerabilidade.

Do contexto dos estudos sobre o desenvolvimento humano, consolida-se a expressão “vulnerabilidade”, agora vista em uma perspectiva ampliada, em que passou a ser descrita como o resultado negativo da relação entre recursos materiais ou simbólicos dos atores e o acesso às oportunidades sociais, o que se traduz em desvantagens para o seu desempenho ou mobilidade social, e enfatizada como fenômeno complexo, cujas repercussões não só dizem respeito à negativa de oportunidade de acessos a bens materiais, mas também à negativa de autoestima e de autorrealização.

7. Inicialmente pertencente ao repertório vocabular dos Direitos Humanos, a noção de vulnerabilidade imiscuiu-se na Criminologia Crítica por meio da assunção dos Direitos Humanos como norte de seu programa de intervenção, em certa medida, renovando-lhe a legitimidade e concedendo-lhe fundamento para construção de um projeto pós-crise; e na Vitimologia, afastando-a do enfoque administrativo positivista e fundamentando um projeto de resgate e defesa das vítimas.

Da análise de algumas das proposições da Criminologia Social observou-se que, de certa forma, a silhueta de uma noção de vulnerabilidade já se encontrava presente nas interpretações do delito naquele momento desenvolvidas, todavia, servia à identificação dos sujeitos que adentrariam ao sistema penal como destinatários das incriminações, diferentemente do que hoje ocorre, quando a noção de vulnerabilidade se presta a definir que sujeitos serão dignos de uma proteção penal específica capaz de engendrar uma produção legislativa diferenciada, e da leitura acerca de um momento de “crise” da Criminologia Crítica constatou-se que esta abraçou os Direitos Humanos como “bote salva-vidas”, a livrá-la de uma perda de identidade e de um esvaziamento de potencial crítico.

Alguns adotaram os Direitos Humanos como programa limitador do Direito Penal como fizeram Baratta, Zafaronni, Anyar de Castro; outros o entenderam como fator determinante de Direito Penal e sustentaram que os crimes cometidos contra os vulneráveis

eram verdadeiras violações de Direitos Humanos, que deveriam ser criminalizados, para tal era preciso “levar o crime a sério”, como vaticinou Jonh Lea.

Na Vitimologia, por sua vez, a noção de vulnerabilidade, tal como é conhecida, também foi introduzida pela aliança com os Direitos Humanos, sobretudo no contexto dos estudos de macrovitimização e nos movimentos em defesa das vítimas. Nesse contexto de acolhimento pela Criminologia Crítica e pela Vitimologia, a noção de vulnerabilidade encontra as suas portas de entrada ao Direito Penal, servindo de justificação à elaboração de legislações penais específicas a criminalizar condutas cometidas contra os sujeitos vulnerabilizados, fundamentadas no objetivo de proteção dos Direitos Humanos desses mesmos sujeitos e na crença de que a resposta punitiva é um instrumento eficaz para a erradicação das violações e discriminações.

8. Uma vez compreendida a vulnerabilidade e identificada a sua entrada ao espaço do Direito Penal como justificativa ao “Direito Penal dos vulneráveis”, passou-se a tentar compreender que espécie de mobilização e, antes disso, que espécie de motivação poderia determinar a escolha do Direito Penal como estratégia para a superação de desigualdades e injustiças que sofrem os grupos vulneráveis. Daí adveio o estudo da categoria “reconhecimento”, cuja significação exprime a maneira a partir da qual nossa subjetividade somente se torna plenamente desenvolvida, fundada na experiência com o outro, por identificar que os discursos do reconhecimento, tal como a convocação do “Direito Penal dos vulneráveis”, se dá no cenário da mediação da tensão entre igualdades e diferenças nas modernas sociedades no qual se estabelecem os reclamos por igualdade e justiça.

Foram colhidas das formulações de Honneth, Fraser e Taylor, bases para uma leitura do “Direito Penal dos vulneráveis” pelas lentes do reconhecimento que resultou na constatação de que a “corrida pelo Direito Penal,” identificada no ‘Direito Penal dos vulneráveis,’ coincide com as lutas pelo reconhecimento, e que, independentemente de ser ele encarado como meio para alcançar a plenitude de desenvolvimento subjetivo, fundado em uma relação dialógica com um pano de fundo ético, ou pressuposto de uma concretização de “justiça”, a sua ausência ou privação constitui-se um obstáculo ao acesso a uma dignidade humana, o que impele aquele que tem negado o reconhecimento a buscar mecanismo que lhe permita alcançá-lo.

9. Conclui-se, então que, muito embora o reconhecimento seja um requisito para a autorrealização do homem, como prescrevem os autores de matriz hegeliana, as suas repercussões se dão na esfera pública, pois ele está presente em todas as interações humanas. Daí porque, como explicitou Taylor, as reivindicações por reconhecimento podem chegar até

nós em diferentes níveis: um individual - referente ao diálogo íntimo do indivíduo com a compreensão cultural de seu tempo, o que lhe determina a identidade e, a partir dela, todas as suas interações com os demais -; e um público – na qual se dão os pleitos por políticas de reconhecimento de igualdade, que propiciem a todos terem a possibilidade de ser quem são sem por isso serem excluídos.

Também nesse sentido, é que Honneth descreveu as lutas pelo reconhecimento, em que a experiência do desrespeito se presta de acesso à cognição de uma situação injusta, que serve de mobilizador para a conquista do reconhecimento negado. Confrontando tais asserções com a noção de vulnerabilidade, que diz respeito à negativa de direitos de forma ampla, compreendendo, não só, o não acesso a bens materiais, mas também negativas de outra natureza, tais como invisibilidade social, discriminação e baixa estima social, inferiu-se que o “Direito Penal dos vulneráveis”, inscrito no quadro das lutas pelo reconhecimento, constitui-se uma estratégia, uma escolha dos movimentos sociais, em que se articulam os segmentos vulnerabilizados, com vistas à conquista do reconhecimento que se materialize em maior visibilidade e aceitação de suas especificidades e maior proteção de seus interesses.

10. A escolha do Direito Penal pelos segmentos vulnerabilizados, como instrumento para consecução de uma finalidade, qual seja, a superação da vulnerabilidade e a conquista do reconhecimento, nasce do histórico de violências e exclusões que fazem parte do cotidiano e da história dos indivíduos e grupos que apresentam como característica a vulnerabilidade social. Aparece implícito nessa escolha um raciocínio reativo, em que se espera que a violência e a coerção, próprias do Direito Penal, sejam capazes de neutralizar a violência e a subalternização impostas a esses atores sociais.

Ancorado em Scheerer e suas observações acerca dos “gestores atípicos da moral pública”, o esforço crítico de fazer a separação entre a legitimidade das reivindicações, que servem de motivador das mobilizações, e as estratégias escolhidas para a consecução dos seus objetivos, emergiu determinante e se fez necessário o questionamento acerca da viabilidade de recrutar a força penal para superação da condição de vulnerabilidade, que em outras palavras, significa utilizar o Direito Penal como meio para o reconhecimento.

11. Buscou-se responder a estes questionamentos por meio da análise das características do “Direito Penal dos vulneráveis” e o seu confronto com uma posição garantista na leitura do fenômeno penal, e concluiu-se que o “Direito Penal dos vulneráveis”, pela lógica que lhe é aplicada em sua condição de mecanismo da luta pelo reconhecimento, acaba tendo como características a hipertrofia de sua função simbólica calcada em uma

finalidade ético-pedagógica, e a potencial tendência ao recrudescimento da resposta penal como afirmação da lógica reativa desenvolvida pelos atores sociais que o pleiteiam.

No caso da primeira característica, uma vez colocado como meio para a consecução do tipo de reconhecimento, ao qual Honneth chamou de “reconhecimento pela solidariedade”, os atores sociais intentam pela ameaça da pena inscrever as características de seu grupo ou segmento dentre aquelas que usufruem de respeito e consideração social, para assim, saírem da condição de invisibilidade e desprezo social que se apresenta como uma das características do grupo vulnerável ou segmento não reconhecido. Trata-se de uma inversão da valorização simbólica desses grupos, de negativa à positiva, tendo como meio o Direito Penal. Ter “a sua lei”, na ótica do atores sociais que dão movimento à luta pelo reconhecimento, significa ser respeitado, pois, considerando o Direito Penal o mais violento instrumento de controle social, acionado como último recurso, apenas aqueles dotados de grande importância têm o condão de manejá-lo em seu interesse.

É nessa perspectiva que a elaboração de legislações penais específicas para proteger determinados segmentos é encarada como vitória política e as considerações referentes à racionalidade, coerência e efetividade são relegadas a um segundo plano, privilegiando desse modo, a ideia de educar pela ameaça, ou mesmo a simples demonstração de força.

Já no que concerne à tendência à maximização da resposta penal ou o seu recrudescimento no contexto do “Direito Penal dos vulneráveis”, esta se deve à confluência para o Direito Penal das frustrações vivenciadas pelos segmentos vulnerabilizados no que diz respeito à efetivação de seus direitos fundamentais, generosamente enunciados no plano constitucional, contudo pouco concretizados.

Deposita-se no Direito Penal a esperança dissipada em outras áreas, além disso, na base dessa característica do “Direito Penal dos vulneráveis” está uma lógica reativa, fortalecida pelos movimentos de defesa de vítimas que entendem ser uma necessidade psicossocial a punição e uma condição para autonomia / superação, em verdade, aderindo a uma opção punitiva que, engrossada com discursos de recrudescimento, repercutem na nova produção legislativa, expressando uma linguagem de retribuição, muito própria do Direito Penal, e reproduzindo os valores e as práticas de dominação que os próprios atores sociais - protagonistas das reivindicações por Direito Penal - pretendiam combater.

12 Há ainda relevantes contradições que se põem entre o “Direito Penal dos vulneráveis” e um modelo ideal de Direito Penal garantista, dentre elas a contradição quanto à

igualdade enquanto fundamento do Direito Penal: um Direito Penal garantista se funda na igualdade de todos os homens diante da lei, de igual maneira protegidos contra os arbítrios do estado e de igual maneira titulares de bens que, se considerados de relevância jurídico-penal, ensejarão a intervenção penal no caso de serem lesionados – “uma só lei para todos os homens”-; Já o “Direito Penal dos vulneráveis” se baseia na diferenciação como forma de alcançar uma igualdade ao final.

Também a igualdade está na base de segunda contradição, que diz respeito à finalidade atribuída ao “Direito Penal dos vulneráveis”, qual seja, promover reconhecimento, o que acaba coincidindo com promover Direitos Humanos, em última instância, promover igualdade. Tais finalidades apresentam-se absolutamente incompatíveis de serem alcançadas por meio do Direito Penal, uma vez que este, por suas características estruturais, é essencialmente violador de direitos e não promotor de direitos; essencialmente desigual, e não igualitário. Daí se explica a necessidade de diuturnamente perseguir a sua limitação e fortalecimento de garantias ao indivíduo.

Também no que tange à possível associação entre Direito Penal e ações afirmativas, que se coloca como resposta à contradição levantada quanto à igualdade como fundamento do Direito Penal e do aqui analisado “Direito Penal dos vulneráveis”, se apresenta clara a impossibilidade de se colocar em paralelo o Direito Penal e ação afirmativa, uma vez que esse não possui a capacidade de mudar para melhor a vida dos indivíduos ou os grupos por ele tocados - quer seja como autores, quer seja como vítimas.

13. Aporta-se, por fim, à conclusão de que o Direito Penal não é capaz, por suas limitações estruturais, por sua natureza e pelas características dos efeitos reais de sua operatividade, de promover reconhecimento. Pelo contrário, ele pode ser um óbice ao reconhecimento, na medida em que, reproduz uma cultura de retribuição, de afastamento e desconfiança entre os segmentos sociais, além de esgarçar as relações comunitárias e de solidariedade. Em uma perspectiva macro, o uso do Direito Penal como estratégia para afirmação de direitos e para alcançar reconhecimento representa um sério prejuízo, porque este reforça a lógica de dominação que sustenta a situação de não reconhecimento e de vulnerabilidade e, principalmente, porque afasta os atores sociais do cerne da questão que passa por mudanças profundas da estrutura das sociedades contemporâneas, as quais devem se apresentar, tanto como modificações de ordem redistributiva, quanto como transformações de padrões culturais há muito arraigados, tudo isso por meio da participação e do protagonismo político.

Em perspectiva individual, não é demais lembrar que o Direito Penal reafirma a subalternização das vítimas quando lhes nega autonomia e lhes subtrai o conflito, ao mesmo tempo em que estigmatiza e anula o agressor. Os conflitos penais que dizem respeito ao “Direito Penal dos vulneráveis” têm como motivo uma situação de não reconhecimento - um indivíduo não enxergou o outro como este espera ser visto e merece ser enxergado. O Direito Penal não enseja esse reconhecimento entre os indivíduos, antes promove o afastamento pela culpa e pela dor.

14. Portanto, o “Direito Penal dos vulneráveis” não só é incapaz de atender às expectativas nele depositadas, mas também mimetiza todos os defeitos deletérios do Direito Penal, o que, no horizonte da vulnerabilidade, se apresenta ainda mais pernicioso, uma vez que se está tratando com aqueles segmentos sociais que, no embate de forças pelo poder nas conflituais sociedades modernas, sempre suportaram o peso de ser “o outro”, à custa de violência e anulação.

Proceder ao desnudamento crítico do “Direito Penal dos vulneráveis” e desqualificá-lo enquanto arma para a luta pelo reconhecimento, não significa desmerecer as legítimas reivindicações por igualdade e justiça encabeçadas pelos vulneráveis, nem muito menos negar a realidade de violências reais e simbólicas em que estão diuturnamente inseridos. Trata-se de um esforço e de um comprometimento com a transformação que somente poderá se dar com o realinhamento das expectativas depositadas no Direito Penal e com o deslocamento da energia política e do foco das reivindicações para conquistas que ostentem, verdadeiramente, o potencial emancipatório que falta ao Direito Penal.

15. Em um Estado Democrático de Direito, com um Direito Penal constitucionalmente embasado e legitimado pelo compromisso de defesa dos direitos fundamentais do homem, somente se justificam as legislações penais específicas fundadas na vulnerabilidade e nas formas de violência que podem dela derivar, se for entendido que uma prescrição penal especializada assim o é, por necessidade de se elaborar uma resposta penal também diferenciada, distante da simples, tradicional e conservadora aposta na punição e no encarceramento.

Ademais, ainda assim, no caso de se reconhecer a necessidade de intervenção penal diferenciada, é preciso, sobretudo, a vinculação com as garantias fundamentais, o respeito à coerência do sistema penal e a preocupação com a racionalidade e efetividade / necessidade da nova legislação. Acredita-se ser suficiente na maioria esmagadora dos casos, o Direito

Penal fundado em critérios de proteção da universalidade dos homens, mesmo existindo as especificidades.

16. Respondida a questão central da presente pesquisa - muito embora se tenha claramente determinado que o espaço viável para a conquista do reconhecimento não seria o Direito Penal - ainda vislumbrou-se do estudo do reconhecimento, conforme elaborou Paul Ricoeur, confrontado com a clara incapacidade do Direito Penal em seu modelo tradicional retributivo propiciar reconhecimento intersubjetivo, a única hipótese em que o Direito Penal pudesse propiciar reconhecimento como sendo a sua operacionalização em um modelo restaurativo, o qual proporcionasse o diálogo entre os indivíduos, lhes devolvesse o conflito e lhes estimulasse a autonomia, retirando o fardo da culpa e a obrigação da retribuição e transformando em responsabilização e superação do fato criminal rumo ao futuro, e não mais preso ao passado.

Evidentemente esse espaço metodológico diferenciado demandaria uma mudança de paradigma no Direito Penal, ou ao menos a convivência paralela entre o paradigma da retribuição e o restaurativo, se, e como isso ocorreria, é algo que por si só desafia a uma nova investigação ante a incipiência, no Brasil, dos debates acerca da justiça como restauração. Entretanto, cabe aqui o registro da possibilidade do encontro Direito Penal / Reconhecimento se dar no espaço metodológico da justiça restaurativa, o que guarda grande identidade com os conflitos do “Direito Penal dos vulneráveis”, todos propiciados pelo não reconhecimento.

No caso do “Direito Penal dos vulneráveis” - da maneira como este hoje se apresenta - o reconhecimento serve como propulsor das mobilizações; Todavia, seguramente, não é possível que seja alcançado como objetivo. Contudo, o reconhecimento - visto aqui como a necessidade que têm o homem de ser visto e compreendido na plenitude do que ele é - não é um estranho ao Direito Penal, pois este é, apesar de ser o mais violento e mais coercitivo dos espaços estatais, o mais “humano” dos direitos. Que outro espaço pode ser mais afeto às características do indivíduo, do ser humano, que o terreno do erro, da imperfeição e do desencontro como é o Direito Penal? Em que outro lugar se faz necessário conhecer o homem, com suas histórias, suas vicissitudes e as ausências que lhe foram impostas pela vida, sejam ausências de amor, de direitos ou de solidariedade?

Decerto a aliança Direito Penal / reconhecimento não se dá com a sua ampliação ou recrudescimento, mas pelo compromisso com a defesa do pequeno indivíduo frente ao gigante Estado e com a transformação da sua operacionalidade em algo menos cruel. Talvez admitir a

possibilidade de um Direito Penal de paradigma restaurativo seja reconhecer uma qualidade essencial do ser humano: a sua capacidade e desejo de dialogar e de se mostrar ao outro como ser capaz de pensar e de sentir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Míriam. **Violência e Vulnerabilidade social na América Latina: desafios para as políticas públicas**. Brasília: UNESCO, BID, 2002.

AKERMARK, Athanasia Spiliopoulou. **Justification of minority protection in international Law**. London: Kluwer Law International, 1996.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II, parágrafo único, da Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha)**. Revista Brasileira de Direito de Família, n.39, p.131-153, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, dez - jan.2007.

AMARTIA, Sen. **A ideia de Justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desigualdade Reexaminada**. Tradução: Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

AMICO, Carla Campos; CÂMARA, Rodrigo Martins da. **Aplicação do procedimento da Lei nº 9.099/95 aos crimes invocados no artigo 94 do Estatuto do Idoso**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 10.01.2005

ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. **Direitos Humanos: delinquentes e vítimas, todos vítimas**. In: INSTITUTO CARIOCA DE CRIMINOLOGIA. **Discursos sediciosos**. Relume: Dumará, 2007.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sistema Penal e violência de gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06. Sociedade e Estado, Brasília: v. 23, nº1. Janeiro/abril de 2008. p.113-135. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v23/n1/a05v23n1.pdf>> . Acesso em: 09 de janeiro de 2013.**

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CELMER, Elisa Girotti. **Violência de Gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei 11.340/2006**. Boletim IBCCRIM, n.170, p.15-17, jan.2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Política penal Alternativa**. In: Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, n.23, p.7-21, julho/dezembro, 1978.

_____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Defesa dos Direitos Humanos e política criminal. Discursos sediciosos**, p. 57-69, 1997.

_____. **Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**. In: Capítulo Criminológico, Maracaibo, n.13, p.81-99, 1985.

_____. **Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**. In: Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v.6, n.2, p.44-61, abril/maio/junho, 1993.

_____. **Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano2, nº- jan-mar, p.6-23, 1991.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Branco e negro em São Paulo**. São Paulo: Cia Editorial Nacional, 1971.

BAYLÃO, Raul di Sergi. **Um conceito operacional de minorias**. Revista Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília. V.17, p. 209-

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos da sociologia do desvio**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BERGALLI, Roberto. **Sistema Penal y Exclusion Social**. In: Iter criminis: Revista de Ciencias Penales. Numero 12. 2ª época. Barcelona: Instituto de Ciencias Penales. Ano? P.37-57.

BERINSTAIN, Antonio. **A vitimologia criadora de novos Direitos Humanos**. In: Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v.5, n.4. p. 3-23, out / nov / dez , 1992.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLTANSKY, Luc; THEVENOT, Laurent. **De La justificacion: Les éconimis de La grandeur**. Paris: Gallimard,1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORDIUEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de janeiro: Bertrand do Brasil, 2002.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 1.390**, de 3 de julho de 1951. Lei Afonso Arinos. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor. Portal de Pesquisa de legislação da Câmara dos Deputados. Disponível em <

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1390-3-julho-1951-361802-norma-pl.html>> Acesso em 17 de junho de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 10741**, de 01 de outubro de 2003b. Estatuto do Idoso. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. Portal de Pesquisa de legislação da Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10741-1-outubro-2003-497511-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em 15 de março de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 11.340**, de 07 de agosto de 2006a. Lei Maria da Penha. Cria mecanismos para coibir violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do parágrafo 8º, do artigo 226, da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; Dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Portal de Pesquisa de Legislação da Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11340-7-agosto-2006-545133-publicacaooriginal-57150-pl.html>> Acesso em 10 de outubro de 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 12.288**, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; Altera as Leis nº 7716, de 5 de janeiro de 1989, 9029, de 13 de Abril de 1995, 7447, de 24 de julho de 1985, e 10778, de 24 de novembro de 2003. Portal de Pesquisa de Legislação da Câmara dos Deputados. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2010/lei-12288-20-julho-2010-607324-publicacaooriginal-128190-pl.html>> Acesso em 15 de março de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 12.735**, de 30 de novembro de 2010. Lei Azeredo. Altera o Decreto-Lei nº 2848, de 7 de setembro de 1940 – Código Penal, o Decreto-Lei n 1001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, e a Lei 7716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante o uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados ou similares; e dá outras providências. Portal de Pesquisa de Legislação da Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12735-30-novembro-2012-774689-publicacaooriginal-138237-pl.html>> Acesso em 15 de março de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 7437**, de 20 de dezembro de 1985. Lei Caó. Inclui, entre as contravenções penais, a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação a lei 1390, de 3 de julho de 1951 – Lei Afonso Arinos. Portal de Pesquisa de legislação da Câmara dos Deputados. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7437-20-dezembro-1985-356204-norma-pl.html>>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7437.htm> Acesso em 17 de junho de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 7716**, de 05 de janeiro de 1989b. Texto original. Define os crimes de resultantes de preconceito de raça ou de cor. Portal de atividade. Pesquisa de Legislação da Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1989/lei-7716-5-janeiro-1989-356354-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em 15 de março de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 8081**, de 21 de setembro de 1990. Estabelece os

crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou publicação de qualquer natureza. Portal de Pesquisa de Legislação da Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8081-21-setembro-1990-365095-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em 15 de março de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 8882**, de 03 de junho de 1994. Acrescenta parágrafo ao artigo 20º da lei 7716, de 5 de janeiro de 1989, que “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Portal de Pesquisa de Legislação da Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8882-3-junho-1994-372596-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em 15 de março de 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 9459**, de 13 de maio de 1997a. Altera os artigos 1º e 20º da Lei nº 7716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes de resultantes de preconceito de raça ou de cor e acrescenta parágrafo ao artigo 140 do decreto-lei 2848, de 7 de setembro de 1940. Portal de pesquisa de legislação da Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8882-3-junho-1994-372596-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em 20/04/2013.

BRASIL. **Mensagem nº09/1989** de 05 de janeiro de 1989. Veto ao PL 668/1988. Diário do Congresso Nacional. Ano XLIV, nº020. Brasília: Gráfica do Congresso Nacional, 05 de abril de 1989a. Disponível em http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&Datain=05/04/1989&txpagina=904&altura=700&largura=800 Acesso em 03 de janeiro de 2012.

BRASIL. **Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania** de 06 de dezembro de 2005. Projeto de lei 4559/2004. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal. Portal de Pesquisa de atividade Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=362054&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+4559/2004 em dezembro de 2005> Acesso em 04 de abril de 2013.

BRASIL. **Parecer do Relator na Comissão Especial e substitutivo** de 06 de dezembro de 2006b. Projeto de Lei 3638/2000. Institui o Estatuto do Portador de Necessidades Especiais e dá outras providências. Portal de Pesquisa de atividade Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=428712&filename=PRL+1+PL363800+%3D%3E+PL+3638/2000> Acesso em 04 de abril de 2013.

BRASIL. **Parecer do Relator na Constituição de Justiça e Cidadania. Projeto de Lei 3561/1997**, de 29 de agosto de 2002. Dispõe sobre o estatuto do Idoso e dá outras providências. Portal de Pesquisa de Atividade Legislativa Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=24431&filename=PRL+1+PL356197+%3D%3E+PL+3561/1997> Acesso em 20/04/2011.

BRASIL. **Projeto de Lei 006/2003 do Senado Federal**, de 18 de fevereiro de 2003a. Institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências. Portal de Atividade Legislativa do Senado Federal, Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/Consulta.asp?Tipocons=6&ordeby=0&Flag=1&RAD-TIP=outros>>. Acesso em 08 de março de 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei 122/2006 do Senado Federal**, de 12 de dezembro de 2006c. Altera a Lei 7716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao parágrafo 3º do artigo 140 do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de setembro de 1940 – Código Penal, e ao artigo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Portal de Atividade Legislativa do Senado Federal, Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/Consulta.asp?Tipocons=6&ordeby=0&Flag=1&RAD-TIP=outros>>. Acesso em 08 de março de 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei 3219**, de 24 de março de 2004a. Dispõe sobre o Estatuto dos Portadores de Necessidades Especiais. Portal de Pesquisa de atividade Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=204962&filename=PL+3219/2004> Acesso em 17 de janeiro de 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei 3638**, de 09 de outubro de 2000. Institui o Estatuto do Portador de Necessidades Especiais e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**, ANO LV, Nº173, Brasília-DF, 18 de outubro de 2000. Portal de Pesquisa de atividade Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em < <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18OUT2000.pdf#page=220>> Acesso em 10 de outubro de 2012.

BRASIL. **Projeto de Lei 4559**, de 03 de dezembro de 2004b. Cria mecanismos para coibir a violência familiar contra a mulher, nos termos do parágrafo 8º, do artigo 226, da Constituição Federal, e dá outras providências. Portal de Pesquisa de atividade Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256085&filename=PL+4559/2004>. Acesso em 04 de abril de 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei 5439**, de 26 de setembro de 2001b. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília-DF, ano LVI, Nº144, 28 de setembro de 2001 b, p.46659. Portal de Pesquisa de atividade Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em meio digital em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29SET2001.pdf#page=12>> Acesso em 17 de janeiro de 2013.

BRASIL. **Projeto de lei 668**, de 08 de agosto de 1988. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Leitura da Matéria e justificativa. **Diário do Congresso Nacional**. Ano XLIII, nº054. Brasília: Gráfica do Congresso Nacional, 1988b Disponível em meio eletrônico em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15JUN1988.pdf#page=4>> Acesso em 04 de abril de 2013.

BRASIL. **Proposição da Matéria.** Projeto de Lei 668, de 08 de agosto de 1988a. Diário do Congresso Nacional. Ano XLIII, nº039. Brasília: Gráfica do Congresso Nacional, 1988a Disponível em meio eletrônico em < imagem. camara.gov.br/Imagem/d\pdf\DCD12MAI1988.pdf#page=28> Acesso em 04 de abril de 2013.

CARNEIRO, Sueli. Estratégias legais para promover a justiça social. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio & HUNTLEY, Lynn (orgs). **Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CATALDO NETO, Alfredo; DEGANI, Eliane Peres. Em busca da igualdade prometida: redescobrimo a criminalização do preconceito no Brasil. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.) **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II.** Porto Alegre: EdiPUCRS, 2001.

CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre a mulher e violência. In: FRANCHETTO, Bruna; CAVALCANTI, Maria Laura; HEILBORN, Maria Luiz (org.). **Perspectivas Antropológicas da Mulher.** São Paulo: Zahar,1985.

CICCONELLO, Alexandre. **O desafio de eliminar o racismo no Brasil: a nova institucionalidade no combate à desigualdade racial.** Disponível em <http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/artigos/Racismo%20%20texto%20do%20Peck.pdf>

COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, audiências públicas e o nascimento de uma nova ordem. In: ARAÚJO, José Cordeiro de; AZEVEDO, Débora Bithiah de; BACKES, Ana Luísa (org). **Audiências Públicas na Assembléia Nacional Constituinte: A sociedade na Tribuna.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

COSTA PINTO, Luís. Aguiar. **O negro no Rio de Janeiro: relações de raça em uma sociedade em mudança.** Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1998.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é cidadania.** São Paulo: Brasiliense, 1991.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha** (Lei 11340/2006) Comentada artigo por artigo. São Paulo: RT, 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: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Dilma diz que o governo não fará “propaganda de opções sexuais”. **Folha de São Paulo.** São Paulo, 26 mai. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/921243-dilma-diz-que-o-governo-nao-fara-propaganda-de-opcoes-sexuais.shtml> > Acesso em: 03.03.2012.

Dilma suspende “kit-gay” após protesto da bancada evangélica. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 25 mai. 2011. Disponível em:< [http://www1.folha.uol.com.br/poder/920653- dilma-suspende--kit-gay- após -protesto-da-bancada-evangelica.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/poder/920653-dilma-suspende--kit-gay- após -protesto-da-bancada-evangelica.shtml)>, Acesso em: 03.03.2012.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 3ª ed, São Paulo: Nacional, 2007.

FACHINI, Regina; FRANÇA, Isadora Lins. **De cores matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro**. *Sexualidad, Salud y Sociedad*. Revista Latinoamericana. N. 3, p.54-81.

FEGHALI, Jandira. **Violência contra a mulher: um ponto final. Projeto de Lei 4.559/2004**. Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, Brasília, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994, p. 11.

FILGUEIRAS, Carlos H. **Estructura de oportunidades e vulnerabilidad social: aproximaciones conceptuales recientes**. Seminário “Las Diferentes expresiones de Vulnerabilidad em América Latine y el Caribe”, Santiago de Chile: CEPAL 2001. Disponível em meio eletrônico em <<http://www.cepal .cl/publicaciones/xml/3/8283/GBusso.pdf> > Acesso em 10. 11. 2012.

FRANCO, Alberto Silva Franco. **Crimes Hediondos**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na era pós-socialista. IN: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed. UNB, 2001. p..245-282

_____. Reconhecimento sem ética? **Lua Nova** - Revista de Cultura Política, São Paulo, nº 70, p. 101-138, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452007000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 junho de 2013..

_____. Reenquadrando a justiça em mundo globalizado. **Lua Nova**. São Paulo, nº 77, ano 2009 p.11-39 Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/ln/n50/a08n50.pdf> > Acesso em: 09 de abril 2012.

_____. Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation.. The Tanner Lectures on Human Values. San Francisco: Stanford University, 1996. Disponível em

<<http://www.intelligenceispower.com/Tanner%20Lectures/Social%20Justice%20in%20the%20Age%20of%20Identity%20Politics.pdf>> Acesso em 09-04-2012

FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. IN: FRASER, Nancy; HONNET, Axel. **Retribution or recognition? A political –philosophical Exchange**. London/New York::Verso, 2003.

FRASER, Nancy; HONNET, Axel. **Retribution or recognition? A political –philosophical Exchange**. London/New York::Verso, 2003.

FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O odio notas Atras Das: Da Construção Social da discriminação POR Orientação sexual à criminalização da homofobia. **Sexo Salud Sociedad**, Rio de Janeiro, n.12, dezembro de 2012. Disponível a partir do <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198464872012000600003&lng=en&nrm=iso>. acesso em 16 de abril de 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S1984-64872012000600003>

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e Senzala**: a formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal. 13ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 1966.

GARCÍA-PABLOS, Antonio; GOMES, Luís Flávio **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Antonio. **Derecho Penal**. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

GIDDENS, Anthony. **Em defesa da sociologia: ensaios interpretações e réplicas**. São Paulo: UNESP, 2001.

_____. **Modernidade e identidade**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas: em estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Classes, raças e democracia**. São Paulo: Editora 34, 2002.

_____. Preconceito de cor e racismo no Brasil. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 47, n. 1, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003477012004000100001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 de maio de 2013.

GUSTAVO, Busso. **Vulnerabilidad Social: nociones e implicâncias de políticas para latinoamerica a inícios del siglo XXI**. Seminário “Las Diferentes expresiones de Vulnerabilidad em América Latine y el Caribe”, Santiago de Chile: CEPAL 2001. Disponível em <<http://www.cepal.cl/publicaciones/xml/3/8283/GBusso.pdf>> Acesso em 10. 11. 2012.

HABERMAS, Jürgen. Lutas por reconhecimento no Estado Democrático Nacional. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: Examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Edições Piaget, 1994.

HASENBALG, Carlos. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HONNET, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa; Apresentação de Marcos Nobre. São Paulo: Ed. 34, 2003.

INWOOD, Michel. **Dicionário Hegel**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

IZUMINO, Wânia Pasinato; SANTOS, Cecília MacDowell. **Violência contra as mulheres e violência de gênero: Notas sobre estudos feministas no Brasil**. Revista I. E.I.A.L Estudos Interdisciplinares de América Latina y El Caribe, Vol. 16, nº1, 2005 Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&q=IZUMINO%2C+W%3%A2nia+Pasinato%3B+SANTOS.+Cec%3%ADlia+MacDowell.+Viol%3%AAncia+contra+as+mulheres+e+viol%3%AAncia+de+g%3%AAnero%3A+Notas+sobre+estudos+feministas+no+Brasil.&btnG=&lr=>> Acesso em 20.05.2013.

JOPPERT, Alexandre Couto. **Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso)**. Disponível em: www.ibccrim.org.br, Acesso em: 07.05.2004

KIMLICKA, WILL. **Filosofia Política contemporânea**. São Paulo: Martins Editora, 2006.

KIRCHHOFF, Gerad Ferdinand. Vitimologia: um empreendimento supérfluo? In: KOSOVSKI, Ester. PIEDADE JUNIOR, Heitor e MAYR, Eduardo. **Vitimologia em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.155-182.

KOSOVSKI, Ester & SÉGUIN, Élica. **Temas de Vitimologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

KOSOVSKI, Ester. Victimizacion de las minorias. In: **Capítulo Criminológico**, Maracaibo, n.18-19, p.85-95, 1991.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia e Direito Humanos. In: KOSOVSKI, Ester; ZAFFARARONI, Eugenio Raúl (org). **Estudos em Homenagem ao Prof. João Marcelino de Araújo Junior**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.173-185.

“Kit Gay” era optativo e só para escolas que lidavam com bullying. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 25 mai. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/920763-kit-gay-era-optativo-e-so-para-escolas-que-lidavam-com-bullying.shtml>, Acesso em: 29.02.2012.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEDERACH, Jonh Paul. **Transformação de Conflitos**. Teoria e Prática. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Lisboa: Edições 70, 2011.

LOPES, José Rogério. Processos sociais de exclusão e políticas públicas de enfrentamento à pobreza. **Caderno CNH**, v 21, nº53, maio/agosto de 2008. P. 349-369. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v21.n53/a11v21n53.pdf>>. Acesso em: 13 de janeiro 2012

MAGGIE, Yvonne. Pela igualdade. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 16, n. 3, dez. 2008, Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 16 abr. 2013.

MARSHAL, Thomas Humphey. **Cidadania, Classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

MAYR, Eduardo. **Vitimologia e Direitos Humanos**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 37, ano 10, p.235-239, Jan- março 2002.

MELO, Carolina de Campos. Reconhecimento/Redistribuição: Por uma nova Teoria da Justiça. In: **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELO, Rezende Eduardo. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato C. P. e PINTO, Renato S. G. (orgs.). **Justiça Restaurativa**. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustica_restaurativa.pdf. Acesso em 12.04.2012

MERTON, Robert K. Social structure and anomie. In: **American Sociological Review**. v 3, nº5, October, p.672-682, 1938. Disponível em meio eletrônico em <<http://links.jstor.org/sici?=00031224%28193810%3A5%3C672%3ASSAA%3E2.0CO%3B2>> Acesso em 11.06.2011.

MONTEIRO, Fabiano Dias. **Discursos raciais e leis antirracismo no Brasil: retornando à questão da ambiguidade**. Campos, nº12, 2011, p.9-24. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2.2.4/index.php/campos/article/view/30617/19788> EM 1104-2013>

_____. Entre o certo e o duvidoso: uma análise do caráter ambíguo do antirracismo criminal no Brasil. *Vivência Revista de Antropologia*, nº40, 2012, p.53-66, disponível em <<http://periodicos.ufrn.br/index.php/vivencia/article/view/3383/2731>>

MOSER, Caroline. **A conceptual framework for violence reduction**. Washington D.C.: Worl Bank, 1999b. Disponível em meio eletrônico em <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/11/19/000094946_99110405534914/Rendered/PDF/multi_page.pdf> Acesso em 03.12.2013.

_____. **The asset vulnerability frame work: reassign urban poverty reduction strategies**. Washington D.C.: Worl Bank, 1998. Disponível em meio eletrônico em <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X97100158>> Acesso em 03.12.2013.

_____. **Urban briefing note: transport water and urban development department.** Washington D.C.: Worl Bank, 1996. Disponível em meio eletrônico em <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X97100158>> Acesso em 03.12.2013.

_____. **Violence and social capital.** Washington D.C.: Worl Bank, 1999c. Disponível em meio eletrônico em <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/11/19/000094946_99110405534914/Rendered/PDF/multi_page.pdf> Acesso em 03.12.2013.

_____. **Youth violence in latin America and the Caribbean: cost, causes and interventions.** Washington D.C.: World Bank, 1999a. Disponível em <http://www.wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/11/19/000094946_99110405534915/Rendered/PDF/multi_page.pdf> Acesso em 03.12.2013.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Paulo Sérgio da Costa. **Luta anti-racista: entre reconhecimento e redistribuição.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol.20. n.50.ano 2005.p.81-168. Disponível em<<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n59/a06v2059.pdf>>. Acesso em 09 de abril de 2012.

NINA RODRIGUES, Raimundo. **Os Africanos no Brasil.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimitt. **A vítima e o Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Plano de Ação Internacional para o envelhecimento.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

PAULA, Áureo Natal de. **Caleidoscópio (Sobre o Estatuto do Idoso).** Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 21.11.2003

PELLEGRINO, Laercio. **Vitimologia: História, Teoria. Prática. Jurisprudência.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PIEIDADE JUNIOR, Heitor, **Reflexões sobre Vitimologia e Direitos Humanos.** In: KOSOVSKI, Ester & SÉGUIN, Élida. Temas de Vitimologia. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

_____. **Vitimologia: evolução no tempo e no espaço.** Rio de janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PIMENTEL, Sílvia. O monitoramento do Comitê CEDAW e a violência contra a mulher. In KATO, Shelma Lombardi de (coord.). **Manual de Capacitação Multidisciplinar.** Tribunal de Justiça do Mato Grosso, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos desafios à ordem constitucional contemporânea.** Cadernos de Direitos Constitucionais, EMAGIS, p.21-23, 2006.

PRADO, Geraldo. **Justiça Penal Consensual.** In: ZAFFARONI, Eugenio Raul e KOSOVSKI, Ester (org.). Estudos em homenagem a João Marcello de Araújo Jr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RALF, Darendorf. Out of utopia: toward a reorientation of sociological analysis. In: **The American Journal of Sociology**. v . LXIV, nº 2, September, 1958. Disponível em < <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2773681?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21102326217067> > Acesso em 27.12.2011.

RAMOS, Silvia. Respostas do movimento GLBT à homofobia e a agenda da segurança Pública. In: POCAHY, Fernando (org). **Políticas de Enfrentamento ao Heterossexismo: corpo e prazer**. Porto Alegre: Nuances, 2010.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____ **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Editora, 2008.

RICOEUR, Paul. **Percursos do reconhecimento**. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2004

RONALD, Dworking. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SAAVEDRA, Giovanni A; SOBOTTKA, Emil A. Discursos filosóficos do reconhecimento. **Civitas**, Porto Alegre, v.6, n.3, p.386-401, set-dez 2009.<Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n59/a06v2059.pdf>> Acesso em: 09-04-2012.

SAFFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. Petrópolis: Vozes, 1979.

_____ **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2004.

_____ **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987

SAFFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani; ALMEIDA, Sueli de Souza. **Violência de Gênero. Poder e impotência**. Rio de Janeiro: Revinter, 1996.

SANDEL, Michel. **Liberalism and the limits of justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**. São Paulo: Cortez, 2006

SANTOS, Gevanilda Gomes; SILVA, Maria Palmira da. (org). **Racismo no Brasil: percepções da discriminação e do preconceito racial no século XXI**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

SANTOS, Karla Cristina dos. **Injúrias raciais: práticas discriminatórias por meio de atos de linguagem**. Anais do SETA, 2009, nº 10, p.548-558 disponível em< <http://www.cedae.iel.unicamp.br/revista/index.php/seta/article/view/603> > acesso em 20 de janeiro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang de Oliveira. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 1998.

SCHEERER, Sebastian. **L'entrepreneur moral atypique**. Deviance et société, Gêneve, 1985, vol 9. Nº 3, p.267-289

SCHEERER, Sebastian. Um desafio para o abolicionismo. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva, São Paulo Ibccrim 1997.

SCHWENDINGER, Júlia. Defensores da Ordem ou Guardiães dos Direitos Humanos? In: TAYLOR, Ian;WALTON, Paul e YOUNG, Jock. **Criminologia Crítica**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980. p.135-176.

SÉGUIN, Élide. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Vitimologia no Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Tradução Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desigualdade Reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Infrações de menor potencial ofensivo no Estatuto do Idoso. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em 24.09.4004.

SILVA, Jr, Hédio. **As mulheres e a legislação contra o racismo**. Rio de Janeiro: CEPIA, 2001.

SILVA-SANCHEZ, Jesus-María. **Aproximação ao Direito Penal contemporâneo**. Trdução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Rditora Revista dos Tribunais, 2011

_____. Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SINGER, Helena. Direitos Humanos e Volúpia Punitiva. **Revista USP**. São Paulo, nº37, p.10-19, jan-mar, 1998

SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato C. P. e PINTO, Renato S. G. (orgs.). **Justiça Restaurativa**(Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), 2005. Disponível em http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf

SOUZA, Jessé. Uma teoria Crítica do reconhecimento. **Lua Nova**. nº50. ano 2000. p.133-241, Disponível em: < - <http://www.scielo.br/pdf/ln/n50/a08n50.pdf> > .Acesso em: 09 de abril 2012

SWAANINGEN, René Van. Controle do crime no século XXI: analisando uma nova realidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** São Paulo, v 42 ,Ano 11, p.103-119, Janeiro/março, 2003.

_____. Justicia social em La criminología crítica del nuevo milenio : **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid,, nº10, 2ª época, p.265-291, 2002.

_____. Reinvidicando a La criminología crítica: justicia social e tradición europea. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** Ano 08. Outubro-dezembro de 2000. Vol 32. P.103-119. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SWAANINGEN, René Van. TAYLOR, Ian. Ripensando la criminologia critica. **Dei delitti e delle pene**. 1993, nº3. p.197-203.

TAYLOR, Charles. **As fontes do Self.: a construção da identidade moderna**. 2ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. **Multiculturalismo**: Examinado a Política de Reconhecimento. Lisboa: Edições Piaget, 1994.

TAYLOR, Ian; WALTON; Paul; YOUNG, Jock.. Acriminologia C´ritica na Inglaterra: retrospect and perspectiva. *In*: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul e YOUNG, Jock. **Criminologia Crítica**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980. p.1-72.

TEBCHERANI, Marizete Mazurek. Paradigmas do Consenso e do Conflito. *In*: Oliveira, Rita de Cássia Silva. **Sociologia: Consensos e conflitos**. Ponta Grossa: UEPG, 2001, p.49-76.

TELLES, Eric. **Racismo à brasileira**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, 1996.

TOSI, Giuseppe; História e atualidade dos direitos do homem. *In*: NEVES, Paulo Sérgio da Costa (org.) **Polícia e democracia: desafios à educação em Direitos Humanos**. Recife: Gajop; Bagaço, 2002. p. 25 - 48.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Record, 2011.

VIGNOLI, J.R. **Vulnerabilidad y grupos vulnerables: um marco de referencia conceptual murando a los jóvenes**. Santiago de Chile. CEPAL, 2001.

VITA, Álvaro de. **Liberalismo igualitário e multiculturalismo** (sobre Brian Berry, Culture and Equality). *In*: Lua Nova – Revista de Cultura Política, n.55, p.5-27, 2002.

_____, Álvaro de. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____, Álvaro. **Justiça Igualitária e seus críticos.** São Paulo: Editora Unesp, 2000.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça:** uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões; São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção Internacional em prol da Democracia.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

XIBERRAS, Martine. **As teorias da exclusão:** para uma construção do imaginário do desvio. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

YOUNG, Iris Marion Representação Política, Identidade e Minorias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, de 2006. Disponível a partir do <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452006000200006&lng=en&nrm=iso>. acesso em 04 de junho de 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452006000200006>.

YOUNG, Jock. Criminologia da Classe Trabalhadora. *In:* TAYLOR, Ian; WALTON, Paul e YOUNG, Jock. **Criminologia Crítica.** Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980. P.73-112.

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

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. SP: Palas Athena, 2008.

_____, **Justiça Restaurativa.** Teoria e Prática. Tradução de Tônia Van Acker. SP: Palas Athena, 2012.