

Será que vale a pena?

Andréa Depieri de Albuquerque Reginato

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

MENDONÇA FILHO, M., and NOBRE, MT., orgs. *Política e afetividade: narrativas e trajetórias de pesquisa* [online]. Salvador: EDUFBA; São Cristóvão: EDUFES, 2009. 368 p. ISBN 978-85-232-0624-6. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial-ShareAlike 3.0 Unported.

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição - Uso Não Comercial - Partilha nos Mesmos Termos 3.0 Não adaptada.

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported.

Será que vale a pena?¹

Andréa Depieri de Albuquerque Reginato

Tenho enfrentado dificuldade para conversar com velhos amigos, vizinhos, familiares. O ponto de tensão, nos mais diversos contextos, se dá, via de regra, em torno da questão da punição. Como a questão criminal se faz absolutamente presente em nossos dias, pode não haver “um samba pra distrair”, mas haverá certamente “um crime pra comentar”²! Todos se sentem absolutamente à vontade para discutir a criminalidade. Em qualquer lugar, o assunto gera *frisson*: no salão de cabeleireiro, na padaria, no táxi, nas festinhas, nas manchetes midiáticas. A discussão, aparentemente, não é política, nem tampouco diz respeito a um programa político-criminal específico – ao qual corresponde uma determinada forma de intervenção na realidade. As inúmeras e inconformadas narrativas evidenciam a sensação subjetiva de insegurança das pessoas que, numa reação automática, clamam por mais justiça, lei, ordem e punição.

CENA 1

Há algumas semanas, fomos surpreendidos pela presença de um garoto (de aproximadamente 15 anos) sob a mesa, na minha casa. Assustado, afirmou que estava fugindo de alguém que queria matá-lo. Descobrimos depois, pelas pegadas, que ele entrara em nossa casa pelo muro do vizinho, o que era estranho, pois nossas casas, assim como todas as demais na vizinhança, estão fortificadas, “protegidas” por cercas elétricas e alarmes sonoros. Nos dias que se seguiram, meu vizinho foi

repetidamente furtado, levaram as bicicletas dos seus filhos e outros objetos que se encontravam na área externa da casa. Alertados pelo cão, ouvimos os gritos do vizinho, que havia, finalmente, pego o larápio. Logo reconhecemos o garoto como sendo o mesmo que havia estado em nossa casa.

Estabeleceu-se um silencioso (e desagradável) dissenso acerca de como deveríamos proceder. Não houve tempo para qualquer argumentação, já que o garoto, hábil, conseguiu fugir. Todavia, para a quase totalidade dos presentes parecia evidente a necessidade de aplicação de um (ou de muitos) castigo (físicos e de extremada violência). E essa foi a tônica das conversas na vizinhança nos dias que se seguiram: como é que nós deixamos que ele escapasse? Restauro, composição ou qualquer outra forma de procedimento não pareciam ser ideias razoáveis, sequer para balizar como deveríamos ter nos portado frente aos acontecimentos. Em verdade, isso nem foi cogitado.

Resignada, diante da falta de solução para o caso, a vizinha laconicamente comentou: “*eles não passam mesmo dos 20 anos...*”.

CENA 2

Já estava a escrever este texto quando tomo conhecimento da prisão “para recorrer” da proprietária da Daslu (loja que vende produtos importados de luxo, a preços exorbitantes, e tem como público-alvo socialites e celebridades), Eliana Tranchesi. Acusada de praticar crimes na gestão de seu negócio (importação fraudulenta e formação de quadrilha, dentre outros), a empresária foi condenada, em primeira instância, a uma pena de 94 anos e meio de prisão em regime fechado. As matérias destacaram que a empresária foi recolhida a uma penitenciária feminina na zona norte da capital paulista e que

“usou o uniforme obrigatório: camiseta branca e calça amarela”³ E este parece ser o ponto alto do acontecimento: imaginem, viver no/do mundo das marcas e acabar “em cana”. Dá mesmo para acreditar que o direito penal é igual para todos e que, finalmente, os ricos comerão a “xepa” da cadeia. Meus alunos no curso de Direito exultaram: enfim, Justiça!

— Viu, professora, que o Direito Penal não é seletivo, desigual, discriminatório e ilegítimo? Que o Governo Lula vai acabar com a impunidade?

Será que vai mesmo?

CENA 3

Os famosos atores de telenovelas Luana Piovani e Dado Dolabella encontraram-se no Juizado de Violência Doméstica Familiar contra a Mulher “*Simone de Beauvoir*”, no Centro do Rio de Janeiro, para a audiência que deve apurar a denúncia acerca de violência⁴ sofrida por Piovani. Dolabella chegou a ser preso por descumprir a decisão judicial que o impedia de ficar a menos de 250 metros de sua ex-namorada. Encontraram-se, primeiro, em camarote do Carnaval e depois no “Bai-linho”, festas badaladas, com muita gente famosa. Dolabella, com uma fita métrica, “tripudiou” da Justiça e foi imediatamente preso, numa rápida e eficiente demonstração de força estatal. Assim, do caso Dado *versus* Luana fica a lição simbólica: não se pode bater⁵ em mulher, muito menos desacatar a “Justiça”. A questão suscita perguntas muito claras para mim: Luana é vítima por sua condição de gênero? Pergunto também (já de antemão sabendo a resposta) se a cadeia, de fato, é uma alternativa de controle social proporcional ao ocorrido. E há ainda, pelo menos, mais uma questão que me incomoda: algumas amigas acreditam que a Lei Maria da

Penha é só nossa, das mulheres, e que aplicá-la por analogia para proteger um homem, para, por exemplo, forçar uma mulher “destemperada” a manter distância de sua casa ou do seu ex-marido, é uma apropriação absurda.

CENA 4

Difícil também abordar a questão da punição (ou da anistia) daqueles que torturaram e mataram durante a ditadura militar. Parece evidente que afastar a “Lei da Anistia” para punir os militares é a coisa certa a ser feita neste momento. Não há margem para a discussão. Diante de qualquer questionamento, alguém prontamente questiona com perplexidade:

— Que é isso? “Tá endireitando”?

Ocorre que, em meados do ano passado, ganhou força o debate acerca dos “limites e possibilidades para a responsabilização jurídica dos agentes violadores de direitos humanos durante o Estado de exceção no Brasil”⁶. O eixo central da discussão situa-se na possibilidade de revisão da Lei de Anistia. Será possível, diante de nossa ordem jurídica, encontrar uma base legal que permita, agora, punir os militares pelos crimes cometidos nos “anos de chumbo” (1964-1985)?

Em breve, o Supremo Tribunal Federal deverá se manifestar, pois a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de seu Conselho Federal, propôs uma “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”⁷, requerendo que seja dada à Lei da Anistia (Lei 6683/70) uma interpretação conforme a Constituição — nos termos da tese defendida — para que o perdão concedido pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estenda aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o

regime militar, de forma que os torturadores possam ser, exemplarmente, punidos.

A questão nos remete, em primeira instância, ao difícil problema da *justiça de transição*⁸. Todos os regimes democráticos que sucedem governos totalitários precisam enfrentar essa questão: perdoar ou punir os crimes, os excessos e as violências ocorridas durante o período da ditadura. A justiça de transição pode ser definida como “um processo de julgamentos, depurações e reparações que se realizam após a mudança de um regime para o outro” (ELSTER *apud* DI-MOULIS, 2006, p. 11). Nos casos em que o regime ditatorial se apresenta formalmente como um Estado de Direito, a questão se torna ainda mais delicada: as pessoas que colaboraram com o regime, a exemplo dos torturadores, cometeram crimes contra a humanidade ou, de maneira enfática, cumpriram a lei?

Não há uma resposta-padrão para esta questão. Diferentes estratégias foram utilizadas em diferentes países e momentos históricos. Em algumas situações, os golpistas e colaboradores do regime ditatorial foram processados e julgados, as mais das vezes, por tribunais de exceção especialmente armados para esse fim. Em outros casos, como no recente processo de redemocratização brasileiro, a política de transição se deu com uma “anistia ampla, geral e irrevogável”. A anistia foi, dessa forma, o centro de uma estratégia política construída para a transição, no Brasil e em outros países latino-americanos.

Se, por um lado, pode-se argumentar que a opção pela anistia colabora com um esquecimento nada desejável dos fatos e das violações ocorridos durante o período totalitário, por outro é preciso notar que o resgate da verdade não depende fundamental e exclusivamente da ocorrência de punição. A proteção das vítimas e de seus familiares, os processos indenizatórios, a abertura dos arquivos da ditadura, o resgate

das ossadas das vítimas são exemplos de procedimentos reconciliatórios que garantem o direito à verdade e à memória.

Em outubro de 2008, em um inédito “juízo de verdade”, o juiz da 23ª Vara Cível de São Paulo declarou o coronel Ustra, já reformado, responsável por torturar a família Teles durante a ditadura militar brasileira. Note-se que a decisão não previu responsabilidade criminal do agente, nem tampouco indenização às vítimas. Contudo, pela primeira vez, o Judiciário brasileiro reconheceu que houve tortura durante a ditadura, nomeando o torturador e identificando as vítimas (PERRUSO, 2008). Esta decisão é, por isso, considerada um marco na promoção do direito à verdade e à memória no Brasil.

Levanta-se, nessa direção, a questão: será que nos interessa, agora, rever a estratégia de transição adotada para punir criminalmente os torturadores? Largo setor da sociedade, especialmente da esquerda, acredita que sim. Mas, em que medida a punição colabora para o correto esclarecimento dos fatos? Não seriam os juízos de verdade suficientes?

É preciso atentar para o fato de que, no Brasil, a tortura apenas tornou-se crime em 1997. Antes dessa tipificação (inscrição da conduta específica em uma norma penal incriminadora), a prática da tortura era julgada como delito comum (abuso de autoridade, lesão corporal, lesão seguida de morte, homicídio). No caso da cassação dos efeitos da Lei da Anistia os agentes acusados da prática de tortura, desaparecimentos e execuções extrajudiciais não mais poderiam ser punidos em função da intercorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal dos crimes comuns então praticados.

Para que se possa rever a Lei da Anistia e punir os torturadores, será preciso enquadrá-los como tendo praticado “crime de tortura”, considerado imprescritível por constituir um crime contra a humanidade. Esta saída, contudo, abre perigoso precedente por implicar a retroação da norma penal in-

criminadora. A consequência é a evidente usurpação do célebre princípio iluminista que funda o direito penal: “não há crime sem lei **prévia** que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Será que o Supremo Tribunal Federal, paradoxalmente, em nome dos Direitos Humanos, vai sacrificar um de seus princípios mais caros? Provavelmente, sim.

Neste momento, a revisão das estratégias de transição, que optaram pela anistia, vem sendo incentivada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a adesão de importantes setores da sociedade civil, a exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação de Juízes pela Democracia⁹ e do Movimento Nacional de Direitos Humanos¹⁰. Acredita-se mesmo que, se o Brasil não vier a exercer sua jurisdição em face desses casos, o fará a ordem internacional (AJD, p. 01). Vale observar que não só em nosso país se retoma a questão da anistia concedida no processo de transição para a democracia. No Uruguai, por exemplo, será realizado um novo plebiscito (o tema já houvera sido objeto de consulta popular logo após o fim da ditadura uruguaia) para decidir se é, ou não, possível desconsiderar a chamada “Lei da Caducidade”, objetivando punir os agentes estatais envolvidos em ilegalidades durante a ditadura.

* * *

As situações narradas descrevem diferentes aspectos da conflitualidade humana para as quais, usualmente, tem-se articulado, como forma central de intervenção e resolução, uma estratégia pautada na punição. As imagens do senso-comum funcionam como lentes a naturalizar as estratégias punitivas; contudo, é preciso perguntar se essas estratégias nos interessam: Será que vale a “pena”?

A primeira situação retratada é daquelas que mais provoca manifestações favoráveis ao reforço da punição. A au-

sência de alternativas claras e de políticas públicas conduz a uma aceitação tácita do tratamento cruel que normalmente é dispensado aos adolescentes infratores e à naturalização do extermínio de toda uma geração de meninos e meninas excluídos socialmente.

Mesmo a justiça juvenil que, no Brasil, a partir do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, encontra fundamento nos princípios da proteção integral e prevenção geral tem, infelizmente, capitulado frente ao recrudescimento da punição, desconsiderando que crianças e adolescentes são pessoas humanas em especial condição de desenvolvimento.

Pires (2006, p. 623) levanta a tese de que a justiça juvenil tem sido progressivamente invadida pela lógica típica da justiça criminal dos adultos, com a introdução sistemática dos aparatos conceituais afeitos ao direito penal nos procedimentos que envolvem jovens em conflito com a lei. Youf (*apud* Pires, 2006, p. 624) observa que, diante da justiça de menores, o jovem delinquente não tem sido mais considerado como criança ou adolescente e, portanto, como alguém que deve se beneficiar de um tipo de responsabilidade muito particular — vinculada, sobretudo, a seu processo educativo —, mas antes, tem sido responsabilizado penalmente, como se fora “um adulto em miniatura”.

Não se pode deixar de considerar que as investidas, para que se estendam as garantias penais e processuais penais para os jovens submetidos à internação, visam à proteção, como reação à forma aviltante e violadora pela qual a medida de internação tem sido aplicada. Nesse contexto, introduzir garantias penais, para colocar sob controle o exercício da punição estatal, apresenta-se como algo extremamente vantajoso. Eu mesma já advoguei essa tese, não percebendo que o sistema de garantias traz consigo o conjunto da lógica penal. A afirmação de um direito penal juvenil coloca-se, à primeira vista, como um avanço em face do confinamento sem controle

ou critério, que tem sido praticado; todavia, implica o abandono da diferenciação no tratamento das infrações juvenis, num evidente retrocesso.

É preciso pensar se essa alternativa se apresenta como razoável; se o tratamento hostil típico da justiça criminal, centrada em meios exclusivamente negativos, deve prevalecer sobre outras estratégias que possam, ao tempo em que sinalizam ao jovem infrator a reprobabilidade de sua conduta, oferecer perspectivas positivas para o futuro.

No caso dos crimes de colarinho branco, revela-se claramente o jogo simbólico do direito penal. A prisão de empresários, políticos e *socialites* tem se transformado em um espetáculo público transmitido pelos telejornais, ainda que as prisões não se justifiquem do ponto de vista jurídico e sejam todos liberados no dia seguinte.

É evidente que a moralidade pública é desejável e que o dinheiro dos desvios deve ser devolvido aos cofres públicos, o que não se tem conseguido garantir pela ação penal. Nos crimes de colarinho branco, definitivamente, punição não significa o restauro da ordem. As teorias da pena (retribuição e dissuasão) do direito criminal clássico são aqui invocadas para justificar o controle punitivo. A pena de prisão serve para punir o infrator e principalmente para prevenir o delito, pela intimidação decorrente da exemplariedade do apenamento.

Edwin Sutherland (*apud* SHECAIRA, p. 193-203) que, na década de 30, cunha a expressão *white-collar crime*¹¹, acredita que o comportamento criminoso é aprendido segundo os princípios do comportamento operante e reforçado em face de relações humanas igualmente desviantes no entorno social. Significa dizer que, nos crimes de colarinho branco, os comportamentos ilícitos, naturalizados e percebidos como vantajosos, acabam por reforçar definições favoráveis à violação das normas. A pena dificilmente conseguirá alterar a percepção do grupo em torno das vantagens e até mesmo da

inexorabilidade da prática delituosa¹². Os criminosos de colarinho branco não se percebem, nem são percebidos como tal, o que, independentemente das penas previstas, reforça a ideia de impunidade.

Muito preocupantes são, para mim, as circunstâncias descritas nas cenas 3 e 4. Observa-se, nessas circunstâncias, que a lógica punitiva é defendida e articulada pelos setores mais progressistas da sociedade civil organizada, setores que deveriam, ou ao menos poderiam, questionar a enorme naturalidade e a pouca eficiência das estratégias punitivas e que, especialmente, deveriam resistir ao alargamento do estado punitivo. Paradoxalmente, o que hoje se observa é a formação do fenômeno que Maria Lúcia Karan denominou “esquerda punitiva”.

Embora um dos casos verse sobre “violência doméstica”, que se pode considerar um fato privado, e o outro sobre violência institucional, concebida como um fato público, em ambas as circunstâncias percebe-se que a reivindicação pela tutela penal é levada a efeito pela ação militante de grupos tradicionalmente envolvidos na luta por direitos humanos.

Durante a pesquisa para a dissertação de mestrado, já me chamava atenção o conservadorismo de setores tradicionalmente progressistas ao versar sobre direito penal (REGINATO, 2001). Curiosamente, a engajada pressão política por maior moralidade administrativa, pelo controle dos abusos cometidos na esfera econômica, para defesa do meio ambiente e pela ampliação das esferas de cidadania acabou redundando, a partir do final dos anos 1980, numa tendência à reivindicação de penas de prisão (mais) severas e/ou de oposição às sanções alternativas.

Na tentativa de melhor compreender e dimensionar esse fenômeno, pode-se analisar, exemplificativamente, o processo de criação da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”. A lei brasileira recebeu

esse nome como ato político de reparação simbólica à Maria da Penha Maia Fernandes, nos termos do Relatório nº54 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Maria da Penha acionou o sistema interamericano de direitos humanos, denunciando a falta de punição de seu ex-marido, que atentara contra sua vida enquanto dormia, desferindo-lhe um tiro que a deixou paraplégica. Como resultado dessa denúncia, a Comissão publicou o Relatório nº54, que responsabiliza o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando medidas específicas para o caso Maria da Penha e a revisão das políticas públicas de prevenção, com destaque para a implementação de medidas de cunho penal. Essa legislação é, portanto, resultante direta da pressão exercida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pelo movimento feminista brasileiro, em um trabalho articulado com os poderes legislativo, executivo e judiciário (CFEMEA, 2007) no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

A nova legislação, a despeito de ter estabelecido alguns importantes mecanismos de proteção, ficou conhecida e ganhou notoriedade¹³, sobretudo, em razão da opção política pelo reforço da orientação repressiva, em consonância com as recomendações provenientes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Lei Maria da Penha tipificou e definiu a violência doméstica; elevou a pena máxima cominada abstratamente para o crime; retirou dos Juizados Especiais Criminais a competência para julgar quaisquer crimes praticados contra a mulher; alterou o código de processo penal para possibilitar a prisão preventiva do agressor na iminência de risco à integridade da mulher. Ademais, proibiu a aplicação de penas pecuniárias; modificou o código penal criando um novo agravante e novas causas de aumento de pena para as circunstâncias em que haja violência contra a mulher e circunscreveu o direito à

renúncia à representação nas ações penais públicas condicionadas à fase judicial do processo.

A Lei Maria da Penha é um exemplo absolutamente consistente do fenômeno descrito: foi aprovada como resultado dos esforços do movimento de mulheres e feminista para o enfrentamento da violência doméstica (que é um fato social realmente grave), numa estratégia de reforço da punição (de novo a crença nas teorias práticas da pena!), em consonância com as recomendações do organismo internacional de defesa de direitos humanos para as Américas. Neste ponto, podemos perceber que essa não é uma simples questão local, posto que essa legislação corporifica uma forma específica de pensar a relação direitos humanos/direito penal, presente em todo o mundo. O debate decorrente de sua aprovação é intenso. De um lado, discute-se sua pertinência e até mesmo sua constitucionalidade; de outro, a fim de tentar garantir sua eficácia normativa, promovem-se eventos, cursos, publicam-se cartilhas, sempre com destaque para o incremento dos mecanismos repressivos.

Por seu turno, muitas delegadas de polícia (das Delegacias da Mulher) e alguns juízes estão reticentes em aplicar a nova lei, não porque sejam “a favor dos homens”¹⁴, mas porque as mulheres, vítimas, procuram a polícia, mas não desejam realmente uma intervenção estatal do tipo penal (PEREIRA, 2006). Uma situação que não deixa de ter paralelo com o problema da incriminação da prostituição estudada por Colette Parent (2002): há trabalhadoras do sexo lutando pela legalização dessa atividade e representantes do movimento feminista (e dos direitos humanos) se opondo a essas reivindicações, dizendo que são a expressão da “alienação” dessas mulheres.

Este não é um debate propriamente novo na criminologia. A partir dos anos 1980, o direito penal passa a ser reivindicado como um instrumento para proteger interesses difusos e

coletivos e para castigar a violação de direitos humanos. Para Larrauri (1990, p. 219) foi o movimento feminista que mais suscitou a importância estratégica da utilização do direito penal, especialmente por sua “função simbólica”¹⁵.

O termo “simbólico” parece aqui quase inapropriado, num momento em que os movimentos sociais clamam por “repressão concreta” e não simplesmente por “condenação simbólica”. Os argumentos a favor do aumento da repressão concreta consideram que a falta de penas severas relega a mulher a uma condição inferior, uma vez que as graves agressões sofridas aparecem como “bobagens”, que dispensam um tratamento repressivo sério. Como consequência, as mulheres se encontram submetidas pelo mais forte, normalmente o marido. A recusa da intervenção estatal corresponderia, portanto, à manutenção das desiguais relações de poder entre homens e mulheres. Por fim, argumentam não haver como escapar da função simbólica do direito penal, já que a não criminalização dos atos de violência praticados contra a mulher significaria, simbolicamente, a convivência com essas práticas. Confunde-se aqui, como se pode ver, a *incriminação* da conduta, que é uma coisa, com a *repressão das sanções* (teorias da pena), que é outra.

Os contra-argumentos consideram que se pode esperar pouca proteção real ou simbólica do sistema penal, pois toda sua estrutura é fundamentalmente patriarcal. Mais do que não poder esperar nenhuma ajuda concreta do direito penal, canalizar as esperanças de resolução dos conflitos para essa via acaba por desviar esforços que poderiam estar mobilizados na construção de soluções mais radicais e eficazes. Aca-ba-se, em verdade, promovendo a relegitimação do direito penal e o enfraquecimento de outras formas alternativas para resolução de conflitos, alternativas que reforcem a autonomia e a auto-organização das mulheres (LARRAURI, 1990, p. 219/221).

A despeito do debate, fato é que não se pode precisar o quanto (e se) estavam claros esses diferentes pontos de vista no processo de elaboração da Lei Maria da Penha. O mesmo se pode dizer com relação às demais circunstâncias tratadas aqui. Quando a OAB, por seu Conselho Federal, decide promover uma ação judicial de forma a garantir a punição dos torturadores, em nenhum momento são avaliadas as consequências desse precedente para o direito penal. Quando o UNICEF, por seus consultores, defende a tese da necessidade de implantação de um direito penal juvenil, para estender aos jovens as garantias penais e processuais presentes no processo-crime dos adultos, não percebe que acaba por reforçar a ideia de que adolescentes devem ser apenados (procedimento hostil, que cause dor). Quando a luta pela moralidade política e administrativa leva a ações midiáticas espetaculares, com a extrapolação dos poderes de polícia (uso indiscriminado de algemas, escutas telefônicas etc.) não estamos diante de soluções, mas, antes, temos um novo problema. Minha suspeita é a de que, em todos esses casos, a solução penal apareceu “naturalmente”, independentemente de qualquer debate teórico, decorrente da própria racionalidade penal moderna que se reafirma.

Pires (2004), em trabalho publicado na revista *Novos Estudos do CEBRAP*, analisou e procurou explicar a paradoxal situação que se estabelece quando setores progressistas da sociedade, organizados, propõem rígidos modelos punitivos como forma de concretizar e garantir seus direitos. De tal sorte que a defesa de direitos humanos, especialmente capitaneada por grupos vulneráveis, acaba, por via transversa, a recrudescer o funcionamento do sistema penal e a construir obstáculos a mudanças humanistas internas ao direito penal (PIRES, 1999).

As primeiras hipóteses capazes de explicar esse movimento dão conta de um fenômeno de reativação¹⁶ da racionalidade

dade penal moderna (teorias modernas da pena) estimulado por apelos públicos e participação crescente de setores sociais “sem teoria” (LUHMANN *apud* PIRES, 2004) sobre o direito penal. Como consequência dessa escalada repressiva, a percepção do conceito de *justiça* se reaproxima da ideia de “infligir sofrimento” e de excluir socialmente, dificultando, às vezes, impedindo, a ocorrência de inovações no direito penal.

Pires (1998, 2004), apoiado de um lado na teoria dos sistemas sociais de Luhmann e de outro na ideia de “sistemas de pensamento” burilada por Foucault, desenvolveu o conceito de “racionalidade penal moderna”, passando a analisar o direito penal moderno como um subsistema jurídico que possui identidade própria, construída por ele na segunda metade do século XVIII e durante o século XIX, e que produz um “ponto de vista” para justificar a forma específica que assume.

Um dos efeitos da “racionalidade penal moderna” será o de naturalizar a estrutura punitiva, de forma que as penas afitivas - especialmente a prisão - assumirão “o lugar dominante no autorretrato identitário do sistema penal” (PIRES, 2004, p. 41). Com efeito, fica bastante difícil pensar o crime e o sistema penal “fora” das categorias de pensamento típicas da própria racionalidade penal moderna, que acaba por se colocar como um obstáculo epistemológico tanto ao conhecimento como à transformação do direito penal. Decorre daí, a dificuldade na legitimação de soluções alternativas - diferentes do binômio crime/castigo - para situações usualmente tuteladas pelo direito penal, bem como para a proteção de novos bens jurídicos (PIRES 1998, 2004).

As situações aqui descritas podem ser compreendidas globalmente por intermédio do conceito de “fatos inconvenientes” que Pires empresta de Max Weber (1919, p. 174). Trata-se de fatos que podem se revelar desconfortáveis para um observador que adere a um ponto de vista que ele considera, em princípio, como justo e bom coletivamente. Assim,

para esse observador, pode-se tornar um “fato inconveniente”, e um verdadeiro paradoxo, o fato de se dar conta que outros simpatizantes dos direitos humanos (da Comissão da Anistia, do movimento feminista, do UNICEF, por exemplo) estão reivindicando a exclusão social de outros cidadãos para promover suas causas.

As relações contemporâneas entre a promoção de direitos humanos, particularmente por movimentos sociais progressistas, e o reforço da punição é questão que assume crescente importância, porque não há dúvida que é preciso garantir os direitos das mulheres; das crianças e adolescentes; promover a moralidade pública; reforçar os valores democráticos, combater a prática da tortura, preservar o direito à verdade e à memória. A questão é **como** fazê-lo. A resposta penal surge automaticamente. A insuficiência, inadequação e incapacidade do direito penal para, de forma eficaz, tutelar direitos humanos se dilui nas justificativas típicas da “racionalidade penal moderna”. Para que se possa pensar outras formas de composição para os conflitos humanos (situações-problema) é preciso antes desnaturalizar a pena (aflictiva) como resposta-padrão para as situações definidas como crime.

NOTAS

¹ Este pequeno ensaio, que ora se publica, retrata algumas situações em torno da questão da punição e foi escrito com a colaboração de Marcel Reginato, que fez importantes ajustes no momento da revisão. É uma versão modificada do projeto de doutorado que apresentei ao CNPq, em 2008, e que contou com sugestões dos professores Álvaro Pires e Colette Parent da Universidade de Ottawa, a quem, desde logo, agradeço. Preciso agradecer também aos colegas Teresa Nobre e Manoel Mendonça que carinhosamente me incentivaram a publicá-lo, especialmente a Teresa por suas sugestões e enorme paciência.

² Referência ao verso de Chico Buarque:

³ “Dona da Daslu usou uniforme e rezou com presas em penitenciária de SP”. Disponível em <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1063727-5605,00.html>>. Acesso em junho de 2009.

⁴ Notícias falam em agressão, empurrão...

⁵ Nem empurrar

⁶ Nome do Seminário realizado em 31 de julho de 2008, sob o patrocínio do Ministério da Justiça, Comissão da Anistia e outros

⁷ ADPF 153 -6/800, protocolada em 21/10/2008

⁸ Ver DIMOULIS, D. (1964). *O Caso dos Denunciantes Invejosos: introdução prática ‘as relações entre direito, moral e justiça*. São Paulo: RT, 2006.

⁹ Conforme se vê na Nota Pública, veiculada no Boletim AJD 46/2008, bem como pelo ingresso na ADPF 153, proposta pela OAB.

¹⁰ Cynthia Maria Pinto da Luz, coordenadora nacional do MNDH, ao manifestar-se acerca da criação do Grupo de Trabalho do Ministério da Defesa para identificar os corpos de militares e guerrilheiros mortos no Araguaia, declarou: “Não basta encontrar os corpos, é preciso que os responsáveis sejam punidos, respondam criminalmente e que o Governo brasileiro enfrente, por fim, esta questão como deve e como exige a sociedade brasileira”. Newsletter do MNDH recebida em 11 de maio de 2009. Disponível em <<http://www.mndh.org.br>>. Acesso em 11 de maio de 2009.

¹¹ O crime de colarinho branco é aquele cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social, geralmente no âmbito do seu exercício profissional (SHECAIRA, 2004, p. 198)

¹² Assim, nos casos em que a compra de votos parece inerente ao processo eleitoral; quando a fraude à licitação é vista como a forma evidente de dar agilidade à compra de materiais ou à contratação de serviço pelos órgãos públicos; quando sonegar informações do Fisco é a **única** forma de resistir à excessiva carga tributária.

¹³ A canção interpretada por Alcione, com letra de Paulinho Resende e Evandro Lima, nos revela, com precisão, como a nova legislação foi recebida e percebida pela população brasileira:

“Não pague pra ver

Porque vai ficar quente a chapa...

Você não vai ter sossego na vida, seu moço

*Se me der um tapa
Da dona “Maria da Penha”
Você não escapa
O bicho pegou, não tem mais a banca
De dar cesta básica, amor
Vacilou, tá na tranca” (grifo meu).*

¹⁴ Expressão usual das mulheres nas atividades realizadas durante os “16 dias de ativismo pelo fim da violência contra as mulheres”, em Aracaju, Sergipe, nos meses de novembro e dezembro de 2007, para criticar os modelos de Justiça Restaurativa.

¹⁵ Embora a função simbólica do direito penal tenha sido inicialmente apresentada em um contexto crítico, por impor uma determinada cosmovisão e por se opor ao direito penal de matriz liberal, objetivamente limitado pela proteção de bens jurídicos, nos anos 1980, essa função simbólica vai ser reivindicada como uma função positiva que o direito penal deve cumprir, colaborando para a difusão de uma “nova moral” (EDWARDS e VAN SWAANINGEN *apud* LARRAURI, 1990).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMO, Zilah Wendel. 20 anos: anistia não é esquecimento. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.7, n.82, set. 1999, p. 3-4.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal: Introdução à Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- _____. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BRASIL. Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. *Diário Oficial [da] República Federativa* Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em 12 dez. 2006.
- DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Álvaro P. *Lês savoirs sur le crime et la peine: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. v.2. Bruxelles: De Boeck Université, 1998.
- _____; _____. ; LABADIE, Jean-Michel; PIRES, Álvaro P. *Les savoirs sur le crime et a peine: Des savoirs diffus au cri-*

minel-né (1701-1876). vol.1. Bruxelles: De Boeck Université, 1995.

DELMAR, Rosalind. What is feminism? In: HERREMANN, Anne e STEWART, Abigail (orgs). *Theorizing Feminism: Parallel Trends in the Humanities and Social Sciences*, Westview Press, Boulder/Oxford, 1994.

DIMOULIS, Dimitri. O caso dos denunciados invejados. *Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: RT, 2006

CFEMEA – CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. *Lei Maria da Penha: do papel para a vida*. Comentários à Lei 11.340/2006 e sua inclusão no ciclo orçamentário. Brasília: CECIP, 2007.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (OEA). Relatório nº 54/01 [referente ao caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes], de 4 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 18 de fev. 2008.

HULSMAN, Louk e BERNAT DE CELIS, B. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1992.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI, 1991.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1983.

_____. *Social Systems*. Califórnia: Stanford University Press, 1995.

PARENT, Colette. Face à l'insoutenable de la violence contre les conjointes: les femmes comme actrices sociales”, dans C. Debuyss, F. Digneffe, D. Kaminski et C. Parent (sous la dir.), *Essais sur le tragique et la rationalité pénale*. Bruxelles: De Boeck, 2002.

_____. CODERRE, Cécile. Paradoxes des théories féministes sur la violence contre les conjointes, *La revue nouvelle*, Belgi-

que, n° 11, 2004, p. 36-45.

_____. DIGNEFFE, Françoise. A Feminist Contribution to Ethics in Criminal Justice Intervention, dans T. O'Reilly-Fleming (sous la dir.), *Post Critical Criminology*, Scarborough, Prentice Hall, 1996. p. 201-215.

PIRES, Álvaro P. (1999). Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Sociologias* (Porto Alegre), 1, (1), p. 64-95.

_____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, 2004, p. 39-60.

_____. Responsabilizar ou punir? A justiça juvenil em perigo. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra R.; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Brasília: Ministério da Justiça – Secretária da Reforma do Judiciário, p. 621-641, 2006.

PERRUSO, Camila Akemi. Vitória a todos nós! *Boletim IBC-CRIM*, São Paulo, ano 16, dez. 2008.

PEREIRA, Maria Teresa Lisboa Nobre. *Resistências Femininas e a ação policial: (Re) pensando a função social das delegacias da mulher*. 2006, 278 f. Tese (Doutorado em Sociologia). Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

REGINATO, Andréa D. A. *Sistema Penal e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica das práticas punitivas e da sua justificação*. 2001. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

SINGER, Helena. Os direitos humanos na encruzilhada dos ideais democráticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n° 23, 1998, p. 217-230.

SHECAIRA, Sérgio S. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.

SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra R.; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Novas Direções na Governança da Justiça e*

da Segurança. Brasília: Ministério da Justiça – Secretária da Reforma do Judiciário, 2006.

WEBER, M. (1919). A Ciência como Vocação. In H. Gerth & C. Wright Mills (Eds.), Max Weber. *Ensaio de sociologia* (p. 154-183). Rio de Janeiro: Zahar Editores.

ZAFFARONI, Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.