



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



REGINA CÉLIA LOPES LUSTOSA RORIZ

**MULHER, DIREITO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA:
DA PROTEÇÃO SIMBÓLICA À POSSIBILIDADE DA RESTAURAÇÃO**

RECIFE
2010



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



REGINA CÉLIA LOPES LUSTOSA RORIZ

**MULHER, DIREITO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA:
DA PROTEÇÃO SIMBÓLICA À POSSIBILIDADE DA RESTAURAÇÃO**

RECIFE
2010

REGINA CÉLIA LOPES LUSTOSA RORIZ

**MULHER, DIREITO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA:
DA PROTEÇÃO SIMBÓLICA À POSSIBILIDADE DA RESTAURAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de pesquisa: Linguagem e Direito

Orientadora: Prof^a Doutora Anamaria Campos Tôrres

RECIFE

2010

Roriz, Regina Célia Lopes Lustosa

Mulher, direito penal e justiça restaurativa: da proteção simbólica revitimizante à possibilidade da restauração / Regina Célia Lopes Lustosa Roriz. – Recife : O Autor, 2010.

206 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Violência familiar contra a mulher - Sistema penal - Legislação - Brasil. 2. Direitos da mulher - Legislação - Brasil. 3. Direito penal simbólico - Ideologias. 4. Direitos humanos - Direito penal - Orientação. 5. Direitos e garantias individuais - Brasil. 6. Violência doméstica - Legislação - Brasil. 7. Vitimologia - Brasil. 8. Criminologia crítica feminista. 9. Justiça restaurativa - Sistema penal. 10. Brasil. [Lei Maria da Penha (2006)]. 11. Princípio da dignidade da pessoa humana - Brasil. Título.

343(81)
345.81

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2010-031

Regina Célia Lopes Lustosa Roriz

Mulher, Direito Penal e Justiça Restaurativa: da proteção simbólica à

possibilidade da restauração.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

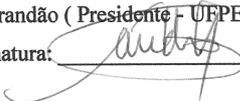
Área de concentração : Teoria e Dogmática do Direito.

Orientadora: Dr^a Anamaria Campos Torrês.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: aprovada

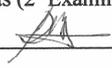
Professor Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (Presidente - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Professora Dr^a. Marília Montenegro Pessoa de Mello (1^a Examinadora - UNICAP)

Julgamento: aprovada Assinatura: 

Professor Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas (2^o Examinador - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Recife, 08 de abril de 2010.

Coordenador Prof.º Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Aos meus filhos, cujas existências edificam a
minha.

AGRADECIMENTOS

A Deus, porque dEle, por Ele e para Ele são todas as coisas;

Aos familiares, em especial ao meu companheiro Licínio, pelo amor demonstrado em forma de incentivo e de apoio sem limites;

À Prof^a Anamaria Campos Tôrres, querida orientadora, pela generosidade do crédito e pela apresentação à justiça restaurativa;

Ao Prof. Cláudio Brandão, antes e sobretudo, pelas primeiras e motivadoras lições nas ciências criminais;

Ao Prof. Luciano Oliveira, pela principal das luzes, entre as muitas necessárias à significação deste trabalho;

À Prof^a Marília Montenegro, pelas ideias, generosamente compartilhadas, e sobre as quais se sustenta muito do pensamento esboçado nesta dissertação.

Ao Prof. Ricardo de Brito, pelas obras que me permitiram as primeiras reflexões mais críticas sobre o direito penal;

Aos colegas da pós-graduação em direito da UFPE, em especial à amiga Érica Babini, pelas muitas partilhas de angústias e conquistas.

Aos amigos e colegas de profissão, em especial a Carlos Francisco, pelo apoio constante, que lhe renderá o título de “auxiliar de mestrando”.

Ao Centro de Ensino Superior do Vale do São Francisco- CESVASF e a Faculdade de Ciências Exatas e Humanas- FACESF, pelo relevante apoio durante o curso de mestrado.

Sou só um sertanejo, nessas altas ideias navego mal. Sou muito pobre coitado. Inveja pura de uns conforme o senhor, com toda leitura e suma doutoração.

(Riobaldo em Grande Sertão: Veredas de João Guimarães Rosa).

RESUMO

Esta dissertação trata do enfrentamento da violência familiar contra a mulher pelo sistema penal com o objetivo de demonstrar o excessivo simbolismo que envolve a proteção penal e de, ao mesmo tempo, sinalizar para a viabilidade da Justiça Restaurativa no deslinde desse tipo de conflito. Compõem o texto: uma exposição acerca do Direito Penal Simbólico, na qual se demonstram as características de um direito penal, preponderantemente, voltado à formação de ideologias; um estudo criminológico dirigido à violência familiar contra a mulher, no qual se busca, sobretudo, demonstrar a ausência de bases da Criminologia Crítica Feminista, na construção do discurso criminalizador dessa forma de violência; e, finalmente, uma reflexão sobre as perspectivas político-criminais que orientam o direito penal moderno, nas quais está inserido o modelo restaurativo de resolução de conflitos, o qual, defende-se neste trabalho, apresenta grande confluência com as expectativas das mulheres vítimas da violência familiar.

RORIZ, Regina Célia Lopes Lustosa. **Mulher, direito penal e justiça restaurativa:** da proteção simbólica à possibilidade da restauração. 2010. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

Palavras-Chave: Violência familiar contra a Mulher - Direito Penal - Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

This dissertation deals with facing the family violence against women by the criminal justice with the aim of demonstrating the excessive symbolism that involves the law protection and at the same time to point out to the viability of restorative justice in disentangling this type of conflict. This text is composed by: an exhibition about the criminal law symbolic, in which demonstrates the characteristics of a criminal law, basically focused on the formation of ideologies; a criminological study for the domestic family violence against women, in which one seeks, above all, demonstrate the lack of bases of criminology feminist criticism in the construction of the discourse criminalizing this form of violence and finally a reflection on the criminal-political perspective that guide modern criminal law, in which is inserted the restorative model of conflict resolution which defends this work, present great confluence with the expectations of women victims of domestic family violence.

RORIZ, Regina Célia Lopes Lustosa. **Women, criminal and restorative justice: from the symbolic protection to the possibility of restoration.** 2010. 206 f. Dissertation (Master's Degree of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

Key words: Family violence against woman - Criminal law - Restorative justice.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| CAPÍTULO I - O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER. | 19 |
| 1. O(s) Sentido(s) do Simbólico sob Luzes Interdisciplinares..... | 19 |
| 1.1 Conceito de Direito Penal Simbólico: da crítica dos dogmáticos aos críticos da dogmática..... | 24 |
| 1.2 O Simbolismo da Proteção Penal à Mulher Vítima de Violência Familiar | 36 |
| 1.2.1 História da Criminalização da Violência contra a Mulher no Brasil..... | 37 |
| 1.2.2 Ratificando os Limites da Abordagem..... | 41 |
| 1.2.3 As Evidências do Simbolismo da Proteção Penal à Mulher Vítima da Violência Familiar..... | 43 |
| CAPÍTULO II – UM APORTE CRIMINOLÓGICO NA COMPREENSÃO DA VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER. | 48 |
| 2.1 O Porquê e os Parâmetros da Reflexão Criminológica | 49 |
| 2.2 A Gênese da Criminologia: entre o livre arbítrio e os determinismos bioantropológicos. | 53 |
| 2.3 Ideologia da Defesa Social: convergências entre clássicos e positivistas..... | 62 |
| 2.4 A Virada Sociológica da Criminologia: o começo do fim da ideologia da defesa social? | 63 |
| 2.4.1 Teorias Estrutural-funcionalistas: a anomia como causa do comportamento desviado..... | 64 |
| 2.4.1.2 Desvio Inovador: desproporção entre fins culturais e meios institucionais como causa do desvio..... | 67 |
| 2.4.2 Teoria das Subculturas Criminais: o desvio como resultado da obediência a um código moral..... | 71 |
| 2.4.3 Teoria do Vínculo Social ou do Controle: o rompimento do vínculo social como causa do desvio. | 74 |
| 2.4.4 Teoria da Aprendizagem: contatos como determinantes do comportamento delinquente..... | 75 |
| 2.5 <i>Labeling Approach</i> : a compreensão do desvio a partir da reação do social..... | 76 |
| 2.6 Teoria da Vergonha Reintegrativa..... | 81 |

| | |
|---|-----|
| 2.7 Criminologia Crítica: o sistema penal como produtor e reprodutor de desigualdades..... | 83 |
| 2.7.1 Reconhecendo vertentes, conceito e fundamentos..... | 83 |
| 2.7.2 Direito e Sistemas Penais sob as Lentes da Criminologia Crítica..... | 86 |
| 2.8 Vitimologia: a superação do paradoxo do protagonista sem direito à representação. | 88 |
| 2.9 Criminologia Feminista: desfazendo o engano da emancipação no controle do sistema penal. | 94 |
| 2.9.1 A desigualdade de gênero é mesmo a causa da violência intrafamiliar contra a mulher? | 95 |
| 2.9.2 “A violência doméstica não distingue classes sociais”: o que dizem as pesquisas criminológicas sobre isso. | 97 |
| 2.9.3 O que buscam as mulheres no sistema penal e o que ele pode oferecer..... | 100 |
| 2.10 Teorias Criminológicas e a Compreensão da Violência Familiar contra a Mulher: os sinais do ecletismo na criminologia feminista. | 102 |
| 2.10.1 Marcas do ecletismo na análise criminológica feministas. | 104 |
| CAPÍTULO III – A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A POSSIBILIDADE DE NOVAS LENTES PARA O DESLINDE DA VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER. | |
| | 109 |
| 3.1 Das observações criminológicas às opções político-criminais: entre o fato e a valoração..... | 110 |
| 3.2 Um Contexto Político-Criminal | 112 |
| 3.2.1 O Abolicionismo Penal como necessária utopia..... | 113 |
| 3.2.2 Minimalismos: entre o desejo de relegitimação do sistema penal e as estratégias para extingui-lo. | 118 |
| 3.2.2.1 A antítese do garantismo penal: fortalecer o que se quer diminuir..... | 119 |
| 3.2.2.2 Direitos humanos como orientação para uma máxima contração do direito penal. | 123 |
| 3.3 Justiça Restaurativa: um foco na autonomia, na responsabilidade e nas necessidades dos protagonistas do conflito..... | 138 |
| 3.3.1 Antecedentes e influências político-criminais. | 139 |
| 3.3.1.1 A justiça restaurativa e suas vinculações criminológicas e político-criminais. | 142 |
| 3.3.2 Valores, características e princípios: caminhando para um conceito..... | 145 |

| | |
|--|-----|
| 3.3.3 Críticas à justiça restaurativa: entre equívocos e os problemas reais..... | 153 |
| 3.3.4 A relação entre a justiça restaurativa e o sistema penal. | 162 |
| 3.3.5 Delimitações Oficiais: entre os princípios básicos estabelecidos pelas Nações Unidas e a necessidade de regulação no Brasil..... | 168 |
| 3.3.6 Evidências do diálogo possível entre o paradigma restaurador e a gestão da violência familiar contra a mulher. | 172 |
| 3.3.6.1 Vantagens e possíveis inconvenientes da justiça restaurativa no controle da violência familiar..... | 174 |
| 3.3.7 A Lei Maria da Penha: novos enfoques e a (in) compatibilidade com a Justiça Restaurativa. | 179 |
| CONCLUSÃO | 185 |
| BIBLIOGRAFIA | 192 |

INTRODUÇÃO

Eu quase que nada sei. Mas desconfio de muita coisa¹.

Este trabalho nasce de desconfianças. Não só de desconfianças no dado, mas de desconfianças ante o novo. Não só de desconfianças de que há erros, mas de desconfianças de que se pode haver acertos e de desconfianças de que se necessário confiar.

Logo, deve-se afirmar que, como em qualquer outro trabalho de feição acadêmica, este nasce de questões controversas e por isso se justifica; pois, se adotado o princípio de que qualquer afirmação que se pretenda científica deve admitir a possibilidade de sua negação, ou mesmo de sua falseabilidade,² todo cientista, por mais consistente que sejam os fundamentos de suas considerações — ou talvez por isso mesmo — deve sempre desconfiar e estar sempre ciente das antíteses às suas teses e, portanto, das desconfianças que gera.

As ideias aqui expostas foram construídas e ora se apresentam, num contexto de pontos controversos das ciências criminais. Alguns já extremamente debatidos, mas ainda atuais, sobre os quais se assentam outros mais recentes e bem menos explorados, sendo estes últimos o cerne da reflexão.

O velho debate acerca das tão denunciadas crise do discurso penal e da deslegitimação do sistema que o concretiza³, assim como as paradoxais tendências minimalistas e expansionistas do direito penal são aqui trazidos à baila para fundamentar um debate mais recente sobre a criminalização da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, em especial, sob a égide dos dispositivos penais da lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha.

Precisamente, este trabalho parte de uma reflexão acerca da criminalização da violência familiar contra a mulher, na qual se busca: apontar o caráter, preponderantemente, simbólico da proteção estatal dirigida, especificamente, à mulher vítima de violência; destacar as peculiaridades criminológicas da violência

¹ ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. 19ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p.31.

² Cf POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**, 10. ed. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2003, p. 41.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 19.

intrafamiliar contra a mulher; identificar as influências político-criminais da criminalização desse tipo de conflito; analisar os efeitos da reação estatal, sobretudo, para a mulher, a quem se afirma querer proteger com a intervenção do sistema penal; e, finalmente, sinalizar para a viabilidade do enfrentamento dessa violência pela via do paradigma restaurador.

Como se pode verificar, ao longo do trabalho, os movimentos feministas, responsáveis pela denúncia da violência doméstica e familiar contra a mulher sempre atribuíram esse tipo de violência à desigualdade de gênero, isto é, aos papéis sociais antitéticos que são dados socialmente aos homens e às mulheres: dominadores e submetidas. No entanto, a despeito disso e das suas lutas históricas por liberdade, por democratização das relações entre homens e mulheres e por descriminalização de condutas tipificadas com fundamentos meramente sexistas, esses movimentos creditaram à criminalização da violência doméstica e familiar e ao tratamento diferenciado à mulher vitimada por essa violência familiar a condição, por excelência, para enfrentar essa forma de conflito social.

Essa busca por criminalização, conquistada, sobretudo, com a instituição da lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, cujos dispositivos penais e processuais penais visam a um endurecimento da resposta penal estatal à violência doméstica e à garantia da condição feminina diferenciada quando vítima, revela a aposta no direito penal como meio idôneo para difundir valores morais que reafirmem o respeito à mulher e a aposta no sistema penal como instância apta a favorecer a emancipação da mulher.

Entretanto, a compreensão criminológica desse fenômeno aponta para o reducionismo dessa percepção feminista e para os equívocos do enfrentamento dessa violência pela via penal. A realidade tem demonstrado flagrante contradição entre os discursos retóricos que envolvem a criminalização da violência familiar contra a mulher e as experiências vivenciadas pelas mulheres vitimadas. Em vez da proteção prometida pelo discurso que legitimou a criação das leis criminalizadoras dessa violência, as mulheres continuam sendo vítimas da violência de forma crescente. O que revela que o direito penal talvez não seja tão eficiente na formação de valores. Também, uma vez vitimadas as mulheres não experimentam a sensação de justiça e o *empoderamento*⁴, que fora tão festejado pelo discurso da militância

⁴ Esse vocábulo, cujo uso está consagrado no meio dos movimentos feministas e das minorias em geral, é uma tentativa de tradução do termo inglês *empowerment*. Pode ser entendido como o

feminista; antes experimentam o poder revitimizante do sistema que as faz se sentir impotentes.

Essas observações empíricas, maturadas por uma criminologia feminista de perfil crítico, apontam para a necessidade de se buscarem outros caminhos mais aptos a enfrentar a violência em estudo. E é a essa discussão que se propõe este trabalho.

Ressalte-se, desde logo, um recorte metodológico que orienta este trabalho. A lei 11.340/06 afirma em seu art.1º que “cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, do mesmo modo essa mesma lei afirma em seu art. 5º que entende essa violência “como qualquer ação ou omissão baseada no gênero”. Em seus demais artigos, no entanto, fica claro que a pretensão da tutela se restringe às mulheres, logo não alcança todas as condutas lesivas praticadas por discriminação de gênero, o que implicaria, por exemplo, incluir na proteção os homossexuais vítimas da homofobia. Logo, não se têm aqui como enfoque as formas de violência resultantes das relações de gênero, mas somente a violência cometida contra a mulher, na qual, não se nega, esteja a variável da desigualdade de gênero.

Outro recorte digno de nota refere-se ao fato de que, embora a multirreferida lei vise coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, este trabalho restringe suas análises e considerações somente aos casos, em que essa violência é cometida por familiares, que são, em regra, companheiros e maridos. O conceito de violência doméstica é mais amplo, abrange qualquer agressão que ocorra no espaço de convívio, independentemente de haver tipo de vínculo parental entre vítima e agressor. Para que a violência doméstica se configure, basta que os protagonistas integrem, territorial ou simbolicamente, o mesmo domicílio, nesse caso, podem, por exemplo, serem vítimas empregadas domésticas. Ressalte-se, pois, que as ideias que serão defendidas referem-se aos casos de violência cometida contra mulheres, que ocorram em relações de parentesco entre a vítima e o agressor, principalmente, entre cônjuges e companheiros.

Para fundamentar o posicionamento político-criminal adotado neste trabalho, percorre-se o caminho indicado nas linhas seguintes.

processo pelo qual o sujeito conquista autonomia pela participação ativa na construção de sua própria história. Apesar do uso comum nos movimentos mencionados, o termo permanece como um neologismo na língua portuguesa, visto que não há registro dele em dicionário.

Partindo da hipótese de que os dispositivos penais sobre a violência em estudo estejam marcados pelo excesso de simbolismo, no primeiro capítulo, cuja temática central é o direito penal simbólico, enfocam-se as peculiaridades que envolvem a criação de leis penais cujos objetivos não se refletem na realidade operacional do sistema. Também são enfocadas as consequências do uso do direito penal com o fim preponderante de promover valores morais ou ideologias de determinados grupos sociais.

No segundo capítulo, faz-se uma apreciação criminológica das especificidades da violência intrafamiliar contra a mulher e da criminalização dessa violência. Busca-se em teorias criminológicas diversas, contribuições para a reflexão em pauta, em especial, a partir da chamada virada sociológica da criminologia e do pensamento de Durkheim acerca da normalidade e da funcionalidade do crime, da inclusão da vítima como objeto da criminologia e da criminologia crítica feminista, na qual se destaca o pensamento de Alessandro Baratta, Elena Larrauri, Donna Coker e Vera Andrade.

As considerações criminológicas levam, inevitavelmente, a uma reflexão sobre as diversas tendências político-criminais que orientam o direito penal moderno. Essa reflexão, empreendida no terceiro e último capítulo, visa instituir um contexto e uma justificativa para um ponto central desse capítulo: a abordagem do modelo restaurativo. Assim, no início do terceiro capítulo, discutem-se desde as tendências maximalistas e eficientistas até os movimentos abolicionistas do sistema penal, assumindo-se a existência da multirreferida crise do discurso penal e da deslegitimação do sistema que o realiza. Essa assunção implica uma opção político-criminal minimalista de base interacionista,⁵ pautada numa afirmação dos direitos humanos, nos moldes propostos por Baratta e Zaffaroni.

Como consequência dessa opção, defende-se uma máxima contração do sistema penal e a busca da construção de alternativas para dirimir conflitos sociais, a fim de que se possa alcançar uma intervenção penal mínima que seja também comprometida com a contenção da violência estrutural e a garantia dos direitos humanos.

⁵ O termo qualifica aquilo que é próprio do ramo da sociologia norte-americana do interacionismo simbólico, produto da Escola de Chicago. A expressão interação simbólica designa as ações sociais reciprocamente influenciadas.

Finalmente, passa-se a tratar da justiça restaurativa, abordando seus valores, suas influências político-criminais, sua relação com o sistema penal e, ainda, enfrentando as críticas mais frequentes a esse paradigma, as quais, não raro, decorrem de equívocos. Para essa abordagem adotam-se como principais referências teóricas Howard Zehr e John Braitwaite.

Mais conclusivamente, busca-se analisar a adequação desse modelo de gestão de conflitos ao enfrentamento da violência familiar contra a mulher e ao ideal emancipador dos movimentos feministas. Decerto, se a apropriação do conflito pelo Estado afasta da mulher a possibilidade de intervenção no processo, retirando dela qualquer protagonismo na resolução do conflito, na justiça restaurativa, a mulher vítima de agressão pode experimentar a sensação de *empoderamento* ao participar do deslinde do conflito, buscando uma solução que respeite os seus sentimentos e sua percepção do justo.

Destaque-se, desde logo, a ciência quanto ao caráter ruptor de se buscar na justiça restaurativa eficácia para enfrentar a violência familiar contra a mulher. Não há dúvidas de que se esteja na contramão do que historicamente tem sido defendido para combater essa forma de violência e também na contramão das tendências político-criminais mais conclamadas pelas massas, quais sejam: as políticas de lei e ordem, pelas quais se pede mais penas e mais rigor na aplicação delas.

O trabalho está permeado de citações breves da fala do personagem Riobaldo da obra *Grande Sertão: Veredas*, de João Guimarães Rosa, as quais são aqui usadas como epígrafes. Mais que pretender dar tons literários a este texto, essas citações resultam da percepção de uma convergência entre, pelo menos, um aspecto da obra literária e a temática aqui recortada, a qual se deixa para evidenciar na conclusão.

Tais pinceladas literárias não afastam do trabalho a pretensão da objetividade, própria dos textos do domínio científico. Deve-se, todavia, esclarecer que objetividade aqui perseguida não se confunde com neutralidade. Antes, é vista na perspectiva da *objetividade entre parênteses*, expressão usada por Maturana para distinguir a noção de objetividade pela qual se acredita que os seres e objetos são apreendidos pela razão humana independente do observador — *objetividade sem parênteses* — da objetividade decorrente da percepção que o observador

constrói da realidade, a qual não se alcança sem a presença do observador, sem a presença do sujeito.⁶

Portanto, o que ora se apresenta é uma percepção do problema do enfrentamento penal da violência familiar contra a mulher que, a despeito do rigor da investigação realizada, está situada e marcada pela historicidade do pesquisador.

Acerca do método investigativo utilizado, não se pode afirmar a exclusividade do indutivo ou do dedutivo. Entende-se, em verdade, que, como adverte Jeffrey Alexander, a idéia de observações de particularidades para generalização *a posteriori* ou a idéia de teorização *a priori* para corroborações posteriores pela observação dos fatos são equivocadas.⁷ Assim, optou-se pelo método defendido por Karl Popper, o hipotético-dedutivo, pois partiu-se de uma idéia formulada conjecturalmente, mas ainda não enfrentada ou justificada, para poder se extrair conclusões por deduções lógicas.⁸

Nos termos do próprio trabalho, havia conjecturas acerca da inadequação do sistema penal no trato da violência familiar contra a mulher. Assim, construiu-se a hipótese de que os princípios e os objetivos da justiça restaurativa mantinham alguma compatibilidade com as pretensões femininas de emancipação e superação da cultura de violência familiar contra a mulher. Então da aproximação dessas ideias ou conjecturas que, pelo menos que se conhecesse, nunca haviam sido trabalhadas conjuntamente, chegou-se às conclusões apresentadas pelo processo de inferências lógicas.

Há ciência de que as idéias aqui defendidas não estão protegidas pelo manto da “verdade científica”, o que as torna, em verdade, científicas, uma vez que não têm a pretensão de se apresentarem como dogmas. Antes foram, e continuam sendo, susceptíveis à falseabilidade — critério de demarcação popperiano — segundo o qual “um enunciado científico é tanto maior, em razão de seu caráter lógico, quanto mais conflitos gerem com possíveis enunciados singulares”.⁹

Destaca-se que a opção pelo método hipotético-dedutivo, ou mesmo o fato de se admitir a suscetibilidade deste trabalho ao critério de falseabilidade, não

⁶ MATURANA, Humberto R. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 32–33.

⁷ ALEXANDER, Jeffrey C. **Las teorías sociológicas desde la Segunda Guerra Mundial**. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 14-15.

⁸ POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 16. ed. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 33.

⁹ POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 16. ed. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 43.

implica a absolutização do pensamento popperiano. Em verdade, não se pode negar algumas críticas aos pressupostos em que Popper fundamenta suas teorias, como por exemplo, a ideia de progresso na ciência, que, para esse epistemólogo, é inerente à aprendizagem por tentativa e erro. Para Popper, ao contrário do que, comumente, imagina-se, tentar e errar não são inimigos do conhecer, mas elementos impulsionadores do conhecimento e provocadores de um movimento de progresso na ciência.¹⁰ Esse progresso é negado por Thomas Kuhn, por exemplo, que refuta essa ideia de progresso científico, afirmando que todo conhecimento científico é produzido em um determinado momento histórico e está intrinsecamente relacionado às crenças e ideologias desse momento.¹¹

Não sendo oportuna essa discussão para este trabalho, apenas se deve ressaltar que a despeito dessa divergência, Popper e Kuhn convergem no aspecto da superação do positivismo lógico, a qual também é inspiradora da construção desta dissertação. O positivismo representou o apogeu da dogmatização da ciência, que era compreendida como um modo privilegiado de representação do mundo.¹² Esse privilégio decorria da ilusão de que a ciência era construída com absoluta objetividade, com linguagem unívoca e com conceitos derivados da experiência, sendo a verificabilidade o critério de demarcação.

Pelas considerações estabelecidas acerca dos pressupostos metodológicos sobre os quais se construiu a pesquisa ora apresentada, pode-se concluir que as pretensões deste trabalho vão pouco além da provocação e do questionamento. Em outras palavras, pode-se afirmar que a maior pretensão aqui é contrária à do monge Francisco de Assis, pois aqui se quer levar dúvida para onde há certeza.

O objeto da pesquisa, de caráter eminentemente criminológico, foi investigado de modo interdisciplinar, isto é, estabelecendo conexões com o direito penal e a política criminal. Essa opção se deu em conformidade com o processo de flexibilização dos limites das áreas do saber, o que é desejável e necessário para o pesquisador de qualquer dos campos do conhecimento, não sendo diferente nas ciências criminais.

¹⁰ POPPER, Karl. **El desarrollo del conocimiento científico**: conjeturas y refutaciones. Buenos Aires: Paidós, 1983, p. 265.

¹¹ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, pp. 20-22.

¹² SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós moderna**. 4 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 22-23.

A técnica utilizada na construção da investigação foi a da pesquisa bibliográfica em obras nacionais e estrangeiras indicadas na bibliografia. No caso das últimas, as traduções são de responsabilidade da autora. Além de livros, artigos científicos e outros impressos, serviram de fonte artigos e ensaios virtualmente publicados.

CAPÍTULO I - O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER.

*Querer o bem com demais força, de incerto jeito, pode já estar sendo se querendo mal, por principiar.*¹³

A resposta penal à violência familiar contra a mulher, embora encontre no senso comum grande entusiasmo, tem encontrado críticas, em especial, da criminologia feminista, que, entre outros problemas, vê nessa criminalização preponderante caráter simbólico.

A adjetivação “simbólico” para o direito penal constitui-se mesmo como um desvalor, cuja evidência mais superficial ou tangível é o apelo midiático sensacionalista que antecede os processos de criminalização, como ocorreu no caso da violência doméstica. Esse apelo, com o qual a sociedade se sensibilizou e ao qual os legisladores não deixaram de atender, teve como maior resposta a Lei Maria da Penha, que culminou o simbolismo penal contra essa violência.

Destaque-se, porém, que a configuração de um direito penal simbólico não se verifica apenas nessa evidência da relação da criminalização com a mídia. De fato, no mais das vezes, o direito penal simbólico pode ser identificado apenas pela promessa não cumprida de segurança jurídica que está subjacente à criação de dispositivos penais, conforme se passa a demonstrar.

Sendo a crítica ao abuso do simbolismo penal um dos pilares das idéias defendidas neste trabalho, busca-se a princípio, com o auxílio de saberes diversos das ciências criminais, uma compreensão mais apurada de símbolo e simbólico, visando a uma maior percepção do alcance dessas terminologias.

1. O(s) Sentido(s) do Simbólico sob Luzes Interdisciplinares.

A pretensão de estabelecer um sentido unívoco para esse termo configurar-se-ia uma negação de que língua é um fato social¹⁴ e, como tal, sujeito a variações sincrônicas e diacrônicas. O signo linguístico, que estabelece a combinação entre

¹³ ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. 19ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p.32.

¹⁴ Afirmar o caráter social de uma língua implica não só lhe reconhecer a constante variação, mas também a necessária estabilidade.

um conceito e uma imagem acústica ou física, isto é, entre significado e significante, além de arbitrário ou imotivado, é mutável.

Sobre o signo e seus sentidos, Wittgenstein fez a seguinte reflexão: “Talvez tenhamos de dizer que a expressão ‘interpretação de signos’ é enganosa e, em vez dela, devêssemos dizer ‘o uso dos signos’”¹⁵. Decerto, refere-se o filósofo ao fato de que um signo só significa em situações reais de comunicação, isto é, em uso. No mesmo sentido afirma Saussure que “uma língua é radicalmente incapaz de se defender dos fatores que deslocam, de minuto a minuto, a relação entre significado e significante”.¹⁶ Ambos, enfatizam, pois, que é na prática que se constroem os sentidos de um signo, é na enunciação que se estabelece a significação de um enunciado.

A percepção da importância da pragmática para a semântica é, inclusive, já assente, no domínio da hermenêutica jurídica, Lênio Streck, por exemplo, reconhece que “o elo que ‘vinculava’ significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem linguística¹⁷ ocorrida no campo da filosofia”.¹⁸

Logo, parte-se da certeza da impossibilidade de se apresentar um conceito único para o termo simbólico, já que somente nas situações reais de uso os sentidos afloram. Porém, acredita-se que, a despeito da mutabilidade dos significados, é possível encontrar algo de estável nos signos. Então, passa-se a analisar o conceito de simbólico em alguns domínios distintos do saber, buscando, tanto evidenciar as variações de sentido sofridas pelo termo, como, sobretudo, destacar-lhe os pontos de aproximação e estabilidade conceitual.

Opta-se, nessa digressão, por verificar o conceito de simbólico em pensadores cujas influências ou abordagens possuem fundamentações diversas, que passam pelo estruturalismo de Saussure, pelo marxismo de Erich Fromm e Mikhail Bakhtin e pelos modelos mais complexos de Edgar Morim.

¹⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observações filosóficas**. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 54.

¹⁶ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 90.

¹⁷ Viragem linguística, virada linguística, giro lingüístico ou, ainda, *linguistic turn* é a expressão cunhada por Richard Rorty no livro homônimo para designar um movimento na filosofia pós-moderna, no qual se rompe com a visão representacionista da linguagem, em favor de uma radicalização pragmática, assim, passa a interessar o que a língua faz e não o que descreve. Habermas denomina ainda o movimento de virada pragmática.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 91.

Do ponto de vista da linguística, ou numa perspectiva mais ampla da semiótica¹⁹, Saussure distingue os símbolos dos signos, porque entende que enquanto estes são arbitrários, ou seja, não mantêm um vínculo natural entre o significante e o significado, aqueles mantêm um rudimento de vínculo entre o conceito e o suporte do conceito.²⁰

Embora o posicionamento de Saussure não represente uma unanimidade no domínio semiótico,²¹ considera-se mais clara essa distinção entre signo e símbolo, o que permite explorar melhor o conceito ora estudado.

Desse modo, pode-se afirmar que, para a linguística saussuriana, o símbolo sempre resguarda algo do conteúdo que sintetiza. Ele não é estabelecido num vazio, o que permite afirmar, por conseguinte, que simbólico é a designação do que remete algo, do que substitui algo por uma razão de similitude ou de raciocínio metonímico.

No olhar psicanalítico de Erich Fromm, o simbólico só pode ser considerado como representação no mundo exterior do que se é no mundo interior, das almas e das mentes.²² Para ele, os símbolos podem ser convencionais, acidentais e universais. Como símbolos convencionais, são identificados aqueles de caráter arbitrário, como as palavras, ou, mesmo, bandeiras, que têm mera função informativa, resultantes de uma convenção social. Já os acidentais e, sobretudo, os universais teriam sentido mais amplo e profundo, pois remeteriam às experiências sensoriais.

O símbolo acidental, apesar de, como o convencional, não manter uma relação intrínseca com o simbolizado, distingue-se deste, porque remete a experiências anteriores que se projetam nos sentidos. Para caracterizar esse símbolo, Erich Fromm cita o caso de lugares, por exemplo, uma cidade visitada, que ganham o poder de simbolizar emoções vividas ali.

O símbolo universal é aquele em que há uma relação intrínseca entre o que é simbolizado e o que o simboliza. Trata-se de um símbolo cujo conteúdo é

¹⁹ Os estudos de lógica e linguística apontaram, tanto para Saussure como para Peirce, a necessidade de uma nova ciência. O primeiro propôs que essa ciência integraria a psicologia social e chamar-se-ia semiologia, numa evidente valorização da língua. Pierce, porém, tratou da semiótica, concebendo-a como a ciência de toda e qualquer forma de simbolização.

²⁰ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 82.

²¹ O próprio Saussure destaca que esse entendimento de símbolo demarca um posicionamento distinto daqueles para quem o símbolo seria a designação do significante, isto é, o suporte do significado.

²² FROMM, Erich. **A linguagem esquecida**: uma introdução ao entendimento dos sonhos, contos de fadas e mitos. Rio de Janeiro: Zahar, 1962, p. 18.

compartilhado socialmente. A relação simbólica, nesse caso, não é arbitrária, tem raízes nas experiências sensoriais, nasce dos sentidos e da mente de todos os homens e, por isso, somente com esse tipo de símbolo, pode-se falar em linguagem simbólica.

Certamente, sob a ótica da psicanálise, esses últimos tipos de símbolos parecem mais complexos, pois envolvem experiências, individuais ou compartilhadas, mais evidentes. Destaque-se, porém, que na perspectiva da linguística e da semiótica, por exemplo, os símbolos convencionais ou arbitrários, identificados por Saussure como signos, são extremamente fecundos para reflexão, quer na perspectiva da imanência, quer no *jogo da linguagem*²³, a que se referia Wittgenstein.

Bakhtin aborda a problemática do símbolo, ao tratar do signo. Embora não explicitamente, parece identificar ambos na perspectiva saussuriana, para a qual a distinção entre o primeiro e o segundo se dá apenas pela arbitrariedade que caracteriza o signo. Porém o caráter ideológico, o foco das observações desse filósofo, é atribuído a tudo o que significa, logo tanto se refere ao signo como ao símbolo.

Segundo Bakhtin, “tudo que é ideológico possui um significado e remete a algo fora de si mesmo”.²⁴ Nessa perspectiva, signo e símbolo são condições para existência da ideologia. Para ilustrar, afirma que um corpo físico tem valor em si mesmo, ele não significa, porque coincide inteiramente com sua natureza. Porém esse corpo pode se tornar um símbolo, por exemplo, do princípio da inércia, assim já passa a ter caráter ideológico, pois ultrapassa sua realidade material para refletir, em certa medida, uma outra realidade que lhe é exterior.²⁵

Bakhtin destaca a importância dos signos e símbolos para a consciência individual. De acordo com ele, a consciência não pode construir ou explicar o ideológico, porque ela é que é construída e explicada a partir das relações sociais mediadas pelos signos e símbolos carregados de ideologias. “A consciência

²³ Expressão usada por Wittgenstein para designar a complexidade do contexto em que os enunciados ganham sentido.

²⁴ BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. Trad. de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 1999, p. 31.

²⁵ BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. Trad. de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 1999, p.31.

individual é um fato sócio-ideológico”,²⁶ “[...] não é o arquiteto dessa superestrutura ideológica, mas apenas um inquilino do edifício social dos signos ideológicos”.²⁷

Assim, a contribuição bakhtiniana para a presente reflexão, pode ser sintetizada na ideia de que o simbólico, assim como tudo o que tem função de significar, é a essência da ideologia, pois aponta para uma realidade exterior ao físico, construindo, no processo de interação social, as consciências individuais.

No domínio da sociologia, o estudo do simbólico, como se verificará, aproxima mais esta reflexão da proposta geral do trabalho. O sociólogo Edgar Morin coloca como problema preliminar, ao tratar do tema, a possibilidade de se refletir sobre o simbólico a partir do pensamento empírico-racional. Esse problema, segundo ele, tem a seguinte razão: “Este (o pensamento empírico-racional) no primeiro movimento crítico, só viu no símbolo a evocação poética, no mito, ilusão e puerilidade, na magia superstição ou o logro”.²⁸

Para Morin, no entanto, o alargamento do pensamento crítico, porém, permitiu que se percebesse a obscuridade da relação entre o *mythos* e *logos*, quando se identificam não apenas seus antagonismos, mas também as suas interferências e complementaridades.²⁹

Destaque-se que essa compreensão e valorização do simbólico como uma forma legítima de produção de saber tão aceitável quanto os saberes racionais e empíricos caracteriza o pensamento que se designa pós-moderno, pois sinaliza para a possibilidade da ilusão também no racional.

A percepção das imbricações entre o pensamento racional e o simbólico, o qual se constrói, segundo Morin, com bases mitológicas e mágicas, embora ponha nuances sobre a dicotomia entre ambos, em verdade também reafirma a diferença entre os seus fundamentos. De fato, a citação de Morin tanto deixa implícita a ideia de que o símbolo comporta mais que o visto, como que o visto, isto é, o mito ou ilusão, também está no símbolo.

²⁶ BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. Trad. de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 1999, p. 35.

²⁷ BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. Trad. de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 1999, p. 36.

²⁸ MORIN, Edgar. **O método III. O conhecimento do conhecimento/1**. 2.Ed. Trad. Maria G. de Bragança. Sintra: Europa-América, 1996, p. 146.

²⁹ MORIN, Edgar. **O método III. O conhecimento do conhecimento/1**. 2.Ed. Trad. Maria G. de Bragança. Sintra: Europa-América, 1996, p. 146.

Finalmente, pode-se afirmar, tanto com base em Morin, como nos demais pensadores, que o conceito de simbólico apresenta como ponto estável a qualificação do que é significado, ou seja, do que representa uma realidade outra. Importa, pois, destacar que o simbólico, a despeito das valorações diversas, adjetiva aquilo que não é o próprio ser, mas o que o evoca. Inexoravelmente, é, pois, sempre associado à representação e, não raro, à ilusão.

1.1 Conceito de Direito Penal Simbólico: da crítica dos dogmáticos aos críticos da dogmática

A compreensão do simbólico no direito penal não prescinde dos sentidos mencionados no tópico anterior, tampouco decorre diretamente deles. Cada domínio de saber constrói seus próprios signos, atribuindo-lhes cargas ideológicas distintas, logo, é no âmbito das práticas discursivas das ciências criminais que se deve buscar o sentido de simbólico para o direito penal.

Também os efeitos dessa função simbólica devem ser compreendidos, analisados e criticados na perspectiva dessas ciências, tendo em vista, sobretudo, as funções legitimadoras e limitadoras do *jus puniendi* estatal.

Na versão, historicamente, denominada como direito penal liberal, isto é, como um direito penal caracterizado pela preocupação em fundamentar o direito de punir estatal, consagrou-se a afirmação de que o direito penal encontra fundamento em sua função de proteger bens jurídicos. Nas palavras de Cláudio Brandão: “O Direito Penal ganha legitimidade quando se reveste da função de proteger bens jurídicos, por isso é uníssono na doutrina afirmar-se que tutelar os bens jurídicos é a missão do Direito Penal”.³⁰

Esse entendimento de caráter garantista, no entanto tem sido bastante relativizado (ou mesmo negado); tanto por aqueles para quem o direito penal é sempre ilegítimo, para os quais são falaciosos os discursos justificação da intervenção estatal penal, inclusive, o de proteger bens jurídicos; como por aqueles que defendem um direito penal máximo, para os quais o combate a criminalidade por si legitima todas as normas e ações penais.

A relativização da missão penal de proteger bens jurídicos decorrente da matriz do direito penal máximo, que se entende ser a origem das normas penais,

³⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7.

preponderantemente, simbólicas, entre as quais situamos a Lei Maria da Penha, é, neste capítulo, abordada, pelo menos, sob dois diferentes enfoques: o dos penalistas, liberais e progressistas e o dos criminólogos críticos. Assim, por conseguinte, a crítica ao direito penal simbólico dá-se também nesses vieses, que vão desde o aprimoramento do discurso imperfeito, mas válido do direito penal, ao repúdio e negação de qualquer legitimidade desse discurso.

Não raro, ao se tratar do direito penal simbólico, menciona-se também o direito penal promocional. Em alguns casos, ambos parecem ser tratados como sinônimos, em outros, busca-se fazer uma distinção entre eles. Nessa reflexão, porém, as considerações e críticas sobre o simbólico abrangem também o promocional, pois se entende que este é uma das características daquele, conforme se demonstra adiante.

A reflexão sobre o direito penal simbólico está inserida no estudo das funções atribuídas ao direito estatal de punir, que obviamente depende das funções que se atribua à pena e à medida de segurança, meio, por excelência da intervenção penal estatal.³¹ No entanto, de acordo com Mir Puig, tratar dessas funções pressupõe o estabelecimento de uma distinção entre a função ou as funções que efetivamente desempenha esse direito, uma análise mais sociológica, e a função a ele atribuída como programa normativo, independentemente, de haver ou não o cumprimento³².

Assim, a reflexão aqui proposta remete a uma revisão das teorias dos fins da pena. No entanto, tal revisão, com os devidos aprofundamentos em cada uma delas, excederia os limites da proposta deste trabalho. Logo, restringe-se apenas rememorar as funções consagradas pelo saber normativo penal, focando-se mais a reflexão na relação entre essas funções e a configuração de um direito penal simbólico.

Simplificada e resumidamente, pode-se afirmar que as teorias sobre as funções da pena têm sido agrupadas em três tipos: teorias absolutas, relativas e mistas. As primeiras defendem ter a pena um fim em si mesmo, qual seja: retribuir o mal causado para que haja a realização da justiça. As segundas defendem que a pena tem uma finalidade que transcende a provocação de um mal, para essas, a pena tem uma utilidade social: prevenir delitos. As terceiras buscam compatibilizar

³¹ MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito.** Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.

³² MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito.** Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

as duas anteriores, logo defendem, como bem sintetiza Soler, que: “ Pena é um mal ameaçado primeiro, e logo imposto ao violador de um preceito legal, como retribuição, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar delitos.”³³

A discussão sobre o direito penal simbólico se dá a partir das funções de prevenção defendidas pelas teorias relativas e, mais precisamente, da função de prevenção geral positiva, isto é, da finalidade que teria o direito penal de informar e conscientizar da norma jurídica, evitando a delinquência. Essa função, que seria de ordem utilitária ou instrumental, seria então excedida ou corrompida pelo direito penal simbólico, como se pode depreender na distinção, abaixo, estabelecida por Díez Ripollés entre os efeitos simbólicos e instrumentais.

os efeitos instrumentais estão vinculados ao fim ou a função de proteção de bens jurídicos e teriam a capacidade para modificar a realidade social através da prevenção de realização de comportamentos indesejados. Os fins simbólicos, por sua vez, estariam conectados ao fim ou a função de transmitir à sociedade certas mensagens ou conteúdos valorativos e sua capacidade de influência ficaria confinada às mentes ou às consciências, nas quais produziriam emoções ou mesmo representações mentais.³⁴

Essa distinção é, aparentemente, tênue, pois, em ambos os efeitos, está presente a prevenção de condutas pela consciência da norma. Em verdade, o que pode verificar é que, para esse autor, os efeitos simbólicos não alcançam a realidade, ou não visam alcançar a realidade, ficando limitados à produção de emoções. Quando preponderantes, esses efeitos são sempre suscetíveis de críticas e deve-se destacar que a rejeição à idéia de um direito penal simbólico é assente nas ciências criminais. Vejamos o porquê.

De acordo com Hassemer, a política não é só uma questão de poder e interesses, mas também de oferta e proteção de símbolos, as quais têm um potencial emocional e manipulador.³⁵ Sendo assim, o direito penal, que decorre de

³³ Sebastian Soler *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte penal. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 283.

³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: ZAPATERO, Luis A; NEUMANN, Ulfrid; MARTIN, Adán Nieto (coords.) **Crítica y justificación Del derecho penal en el cambio de siglo**. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla – La Mancha, 2003, p. 150. Tradução nossa.

³⁵ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: **Pena y Estado**: función simbólica de la pena. São Paulo: IBCrim, nº 1, 1991, p. 28. Tradução nossa.

opções políticas, também possui um caráter simbólico, o que a princípio, não seria reprovável.³⁶

No entanto Hassemer afirma que o termo simbólico tanto tem sido usado para referir-se a uma característica do direito penal, como para designar um direito penal que é somente simbólico.³⁷

Ao buscar conceituar esse direito penal preponderantemente simbólico, Hassemer reconhece a dificuldade da precisão, no entanto afirma haver uma espécie de ponto comum nas definições desse direito simbólico. Em suas palavras:

trata-se de uma oposição entre realidade e aparência, entre manifesto e latente, entre o que é verdadeiramente desejado e o que é diversamente aplicado, e trata-se sempre dos efeitos reais das leis penais. “Simbólico” associa-se com engano, tanto em sentido transitivo com reflexivo.³⁸

Com efeito, entende-se que a ideia de um direito penal simbólico não se confunde com o caráter simbólico que é inerente ao próprio direito, inclusive, o penal, pois mesmo as normas instituídas e efetivadas perseguem fins simbólicos, que somados aos instrumentais fundamentam, por exemplo, as teorias relativas da pena, em especial, a da prevenção geral da pena, pela qual se afirma que se pode evitar futuras condutas delitivas a partir do mal causado pela pena, que teria o condão de intimidar possíveis delinquentes.

O direito penal simbólico é aquele que resulta, portanto da incongruência entre os objetivos declarados pela norma e os alcançados com a aplicação dela. Deve-se destacar que, nesses casos, a proteção de um bem jurídico, que legitimou a criação da norma, não se verifica na aplicação dela, predominando os efeitos latentes sobre os manifestos.

A despeito do reconhecimento da existência de uma função simbólica do direito penal como algo que lhe é imanente e de admitir que haja uma função de prevenção geral na pena, destaca-se que, conforme alerta Zaffaroni, essa função penal deve ser sempre eventual e de maneira alguma necessária. O rechaço a predominância da função simbólica e instrumental da pena é justificado pela

³⁶ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: **Pena y Estado**: función simbólica de la pena. São Paulo: IBCCrim, nº 1, 1991, p. 25. Tradução nossa.

³⁷ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: **Pena y Estado**: función simbólica de la pena. São Paulo: IBCCrim, nº 1, 1991, p. 28. Tradução nossa.

³⁸ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: **Pena y Estado**: función simbólica de la pena. São Paulo: IBCCrim, nº 1, 1991, p. 28. Tradução nossa.

irracionalidade e pela antijuridicidade de se utilizar de um homem como instrumento para simbolização do direito penal.³⁹

Ainda de acordo com Hassemer, a concretização do “simbólico” não se trata apenas da aplicação das normas, mas também frequentemente da formulação e publicação delas, pois em algumas normas, desde instituição, não se espera aplicação alguma. Finalmente, destaca que o uso do direito penal simbólico é fruto da crise político-criminal, que vem tornando o direito penal protetor de bens jurídicos universais e de delitos de perigo abstrato, baseando-se na ideia de uma “insegurança global” e de uma “sociedade de risco”.⁴⁰

Pode-se, desde já, concluir que a reprovação ao direito penal simbólico, na perspectiva dos penalistas, é decorrente do uso do direito penal em desacordo com o próprio discurso legitimador do *jus puniendi* estatal, sendo a adjetivação “simbólico” sinalizadora de um direito penal cuja função de proteger bens jurídicos é corrompida, levando ao descrédito da justiça estatal.

Logo, sob esse viés, é direito penal simbólico aquele no qual a função de prevenção geral positiva, ou seja, a função de formação de convicções jurídicas é exacerbada, visando à imposição de valores morais através do progressivo agravamento da ameaça penal, configurando-se numa apelação na qual a função estabilizadora dos conflitos sociais é apenas aparente. A caracterização de um direito penal simbólico é, pois, decorrente da predominância, ou mesmo, da exclusividade dessas pretensões ideológicas.

É oportuno, neste momento, apontar a distinção feita por alguns entre funções promocionais e simbólicas. Para esses, as funções promocionais estariam relacionadas ao uso do direito penal com a pretensão de promover valores e de provocar mudanças na sociedade. Já as funções simbólicas decorreriam da adoção do direito penal, sem que haja a preocupação com a tutela de bens jurídicos, a pena não se dirige ao infrator, mas à sociedade, visando acalmá-la e tranquilizá-la pelo sentimento de segurança jurídica⁴¹. Embora didática, essa distinção não é tomada para efeito das considerações ora estabelecidas. Logo, quando se fala aqui em

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96-98.

⁴⁰ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. p. 23-36. In: **Pena y Estado: función simbólica de la pena**. São Paulo: IBCCrim, nº 1, 1991, p. 30 e 36.

⁴¹ Cf. ANDRADE, Léo Rosa; BIANCHINI, Alice. Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patricia (coord.). **Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 30-32.

direito penal simbólico refere-se àquele que ambas as funções predominam, pois se entende que a função promocional seja pressuposto da preponderantemente simbólica.

Díez Ripollés afirma que o crescente uso do direito penal simbólico está diretamente relacionado com transformações sociais, às quais a política criminal não pode ficar indiferente, dentre essas transformações, destaca o poder dos meios de comunicação.⁴²

Esse poder, segundo ele, dá-se em duplo sentido; primeiro: porque são foros privilegiados da discussão pública sobre os problemas sociais mais relevantes, sem que haja prévio debate de especialistas; segundo: porque é progressiva a confirmação desses meios de comunicação como um dos mais significativos agentes de controle social, sendo exaustivamente demonstrada sua capacidade para generalizar a aceitação de pontos de vista e de atitudes.⁴³

Também Zaffaroni põe em destaque o poder dos meios de comunicação de massa, em especial da televisão, na construção das campanhas de “lei e ordem”, as quais buscam legitimar sistema penal, através de uma proteção simbólica. Nas palavras dele:

Estas campanhas realizam-se através da “*invenção da realidade*” (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), “*profecias que se auto-realizam*” (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem pela outra”, etc.; publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades, etc.), “*produção de indignação moral*” (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de “justiceiros”, apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros”, etc.).⁴⁴

Essas observações acerca do poder da mídia e de suas influências políticas, inclusive no campo penal, são fácil e comumente ratificadas, quer pela observação assistemática dos não-especializados, quer pelas pesquisas criminológicas e

⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: ZAPATERO, Luis A; NEUMANN, Ulfrid; MARTIN, Adán Nieto (coords.) **Crítica y justificación Del derecho penal em el cambio de siglo**. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla – La Mancha, 2003, p. 147.

⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: ZAPATERO, Luis A; NEUMANN, Ulfrid; MARTIN, Adán Nieto (coords.) **Crítica y justificación Del derecho penal em el cambio de siglo**. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla – La Mancha, 2003, p. 147 e 148.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 129.

sociológicas. O que não se verifica é a percepção crítica dessa influência nas determinações político-criminais. Essas, ao contrário, parecem ser construídas sempre ao sabor da mídia reprodutora do senso comum e das desigualdades sociais.

Em outras palavras, sabedora de que notícias sobre violência e criminalidade ganham especial atenção do público, a mídia utiliza-se dessa tendência para explorar exaustivamente fatos dessa natureza, difundindo, assim, um sentimento de insegurança na população. A violência noticiada aparece sempre justificada pela impunidade. Logo, a população clama por mais leis, principalmente, penais, e por mais rigor na aplicação delas. O poder público pressionado pela necessidade de se manter popular não só se mostra pronto a atender às demandas criminalizadoras, como frequentemente as fomenta.⁴⁵

As consequências dessa criminalização são nefastas; tanto porque a mídia que a produz possui compromissos mercadológicos, classistas, e tantos outros, que não são explicitados para a opinião pública, mas que são reproduzidos nas suas notícias; como porque o poder público criminaliza condutas sem clareza dos pressupostos materiais e das implicações sociais na aplicação dessas normas. Assim, fragiliza o fundamento do bem jurídico como legitimador da intervenção e gera um descompasso entre o fim declarado da norma e o que se realiza pelo sistema penal, o que caracteriza um direito penal meramente simbólico.

Ainda sobre a pretensão do direito penal de tutelar bens jurídicos, Terradillos Basoco admite uma crise e afirma ser necessária uma reflexão sobre os fins latentes e ocultos e as funções materiais e ideológicas do sistema penal. Essa reflexão permitiria, segundo ele, verificar em que medida a criminalização busca a tutela de bens jurídicos, ou de modo distinto, busca, por exemplo, a definição de um tipo que qualifique determinados indivíduos como autores ou o reforço legitimador do poder ou, ainda, a consolidação de mecanismos de controle de caráter extrapenal.⁴⁶

Literalmente, Terradillos Basoco menciona uma função ideológica no direito penal. A pretensão simbólica não se extinguiria em seu caráter mistificante da norma penal, o que seria pouco útil, segundo ele. Logo, admite:

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 149.

⁴⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In: **Pena y estado**: función simbólica de la pena. São Paulo: IBCCrim, nº 1, 1991, p. 9.

[...] é também possível que a função simbólica seja utilizada para criar e reforçar representações ideológicas de âmbito muito mais amplo que o exigido pela função instrumental. A tutela de bens jurídicos seria nesses casos o objeto da função instrumental, e o reforço de valores o da função simbólica. Porém deve-se destacar o risco de que esses valores possam identificar-se com regras de funcionamento dos mecanismos sociais e a definição do papel que cada indivíduo deve desempenhar nesses mecanismos [...]⁴⁷

Reflexões dessa ordem reforçam, cada vez mais, a crítica consistente de que, em maior ou menor grau, o direito penal tem sido usado com fins diferentes daqueles pelos quais se justifica. A necessidade de tutelar bens jurídicos é, no mais das vezes, apenas necessidade de controlar indivíduos. E a tendência expansionista de criminalização de condutas demonstra que o fundamento do bem jurídico quase não se sustenta, pois o que se verifica, em regra, é que a distinção entre os valores que supostamente são, ou não, relevantes para a convivência em sociedade, isto é, a distinção entre o que é e o que não é bem jurídico tutelável, é realizada tendo como parâmetro a própria norma penal. Assim, o valor não preexiste à norma, mas é ela quem o institui.

Inexistência desse limite ao uso do direito penal, que tem sido, progressivamente, posto a serviço da função simbólica, leva ao fenômeno já bem identificado como “populismo penal”.⁴⁸ A pressão da opinião pública desejosa de “justiça”, conforme dita a mídia, associada ao interesse político de corresponder aos anseios da população, visando à obtenção de vantagens, inclusive, eleitoreiras, leva a um movimento, pouco refletido, de criminalizações e endurecimento de sanções por parte daqueles que são responsáveis por estabelecer as políticas criminais, os quais buscam apenas atender às demandas populares.

Bernardo Del Rosal, ao abordar o populismo penal, chega à seguinte conclusão:

Efetivamente, populismo penal, posicionamento da vítima e implicação comunitária ou social no desenho das políticas penais são manifestações de uma mesma estratégia que não tendem a democratizar e legitimar o Direito Penal através de um procedimento de discussão deliberativa, mas sim converter este (*sic*) num potente instrumento de intervenção social, que

⁴⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In: **Pena y estado: función simbólica de la pena**. São Paulo: IBCCrim, nº 1, 1991, p.11. Tradução nossa.

⁴⁸ De acordo com Bernardo Del Rosado, essa expressão foi utilizada pela primeira vez por Anthony Bottoms como “populismo punitivo” para explicar o endurecimento generalizado das sanções nos sistemas penais contemporâneos.

manipula, com a mera desculpa de legitimação, sua receptividade atende aos sentimentos, interesses e vontades dos cidadãos para os quais se governa.⁴⁹

Deve-se destacar que essa opinião é acertada apenas em parte. Não se acolhe aqui o argumento de que o protagonismo das vítimas e a inserção da comunidade nas políticas criminais sejam formas de ampliação do controle, ao contrário, tais inovações constituem formas eficazes de *empoderamento* dos grupos sociais marginais, como se demonstra adiante. Porém, não se pode discordar de que a prática do populismo penal, de fato, em nada concorre para planificar relações, pois embora as demandas populares sejam atendidas, configurando aparente tendência democrática, tais necessidades, como já dito alhures, são forjadas pela mídia; portanto, atende, sobretudo, aos interesses dela, que encontra no direito penal o mais forte instrumento estatal para o exercício do controle de determinados grupos sociais.

Destarte, a legislação oriunda desse movimento consagra-se como um direito penal simbólico, que tem no engano sua principal característica, pois, demonstrando tutelar um valor eleito pela população, torna-se mais um mecanismo de controle estatal sobre ela.

Roxin reconhece que o direito penal simbólico é um dos pontos nevrálgicos da moderna legislação, em suas palavras:

Este termo é usado para caracterizar dispositivos penas que não geram, primariamente, efeitos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas⁵⁰.

O caráter eleitoreiro das leis penais simbólicas é também destacado por Roxin, que questiona a legitimidade dessas leis, as quais, segundo ele, só podem ser legítimas caso se mostrem realmente necessárias à convivência pacífica, ainda que tenham finalidades de atuar sobre a consciência da população ou de manifestar

⁴⁹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. **¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2009, núm. 11-08, p. 08:1-08:64. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 11-08 (2009), 2 jun], acesso em 17/09/09, p. 08:48. Tradução nossa.

⁵⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.47.

disposições de ânimo.⁵¹ Porém, se não há, por exemplo, um bem jurídico concreto a ser protegido, é certo que o direito penal não é o instrumento idôneo para manifestações ideológicas.⁵²

Na perspectiva da criminologia crítica, o direito penal simbólico também retoma a ideia de “engano”, a que se refere Hassemer. As palavras de Vera Andrade confirmam:

Simbólico no sentido crítico é por conseguinte um Direito Penal no qual se pode esperar que se realize através da norma e sua aplicação outras funções instrumentais diversas das declaradas, associando-se neste sentido com o engano⁵³

Porém essa concordância não significa identidade de percepções, pois enquanto para os penalistas críticos o engano ou contradição entre fins manifestos e latentes é um desvirtuar contingencial do direito penal; para os criminólogos críticos o direito penal torna-se sempre simbólico, uma vez que o sistema penal o realiza de forma oposta àquilo a que se propõe o discurso da legitimação do direito de punir. Em verdade, a contradição é, sob esse olhar criminológico, o elemento fundamental para a realização e funcionamento do sistema penal, que está construído para funcionar nesse desencontro entre o que se declara e o que se realiza.

Baratta percorre o caminho pelo qual se chegou à contemporânea crise de legitimidade do discurso penal, que é, cada vez mais, identificado como falso e simbólico. Partindo da função declarada de proteger bens jurídicos, consagrada pelo direito penal de cunho liberal e da distinção entre as funções intrassistêmicas e extrassistêmicas, que são atribuídas ao bem jurídico, o criminólogo demonstra que tanto as teorias de fundamentação do bem jurídico, como a distinção acima mencionada se revelam bastantes falhas.⁵⁴ Explique-se.

No que tange à função limitadora e legitimadora do bem jurídico, Baratta afirma ser ela bastante imprecisa e sem relevância prática, uma vez que a tutela penal tem se estendido a interesses e circunstâncias de caráter individuais,

⁵¹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.48.

⁵² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.50.

⁵³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.293.

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas Del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdeF, 2004, p. 57-61. Tradução nossa.

abarcando áreas de interesses gerais e difusos⁵⁵. Já quanto à distinção entre as funções intra e extrassistemáticas, denuncia:

Na realidade, as definições extrassistemáticas dos bens jurídicos dignos de tutela tem sido obtidas utilizando amplamente, como ponto de vista heurístico, o sistema dos bens protegidos pelas normas penais existentes. Por outro lado, nas definições intrassistemáticas, os modelos ideais e as valorações político-criminais de diferentes autores sobrepõem-se às operações analíticas sobre as normas penais existentes⁵⁶.

Em outras palavras, afirma-se que, ao se definir os bens jurídicos que, em tese, seriam oriundos da realidade ontológica, isto é, do algo concreto que se visa proteger, que, em princípio, estaria fora do sistema; utiliza-se sempre o próprio sistema de normas penais. Já, ao se definir o bem jurídico, numa perspectiva interna, os valores político-criminais de cada autor acabam se sobrepondo ao que deveria ser uma análise interna das normas penais existentes.

Inobstante, o reconhecido posicionamento do autor no rechaço às teorias de justificação, deve-se admitir que os processos de verificação de bens jurídicos tutelados pelos dispositivos penais, em regra, não obedece à outra lógica, que não essa de circularidade, ora denunciada. O que permite inferir, que, pelo menos em certo grau, o direito penal é autopoético.

As consequências da referida circularidade são, pois: a definição de valores e interesses sociais a partir da lógica do discurso punitivo, como se a sociedade fosse uma comunidade homogênea buscando se defender de uma minoria desviada; a atenção do discurso centrada nos conflitos individuais e entre esses indivíduos e a sociedade, desconsiderando os conflitos sociais e grupais; e a idealização e legitimação dos conteúdos do direito penal através de princípios e valorações extrassistemáticas que, em verdade, integram contextos que têm em comum com o discurso punitivo, principalmente, a percepção consensual da sociedade e a ótica parcial dos conflitos.⁵⁷

⁵⁵ Destaque-se que Baratta ressalva haver teorias extrassistemáticas críticas de bens jurídicos, por exemplo, a teoria pessoal de Hassemer cuja intenção é rigorosamente limitativa, na qual só é admitida a tutela de bens jurídicos aferíveis e determinados, relacionados diretamente com interesses de pessoas físicas.

⁵⁶ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas Del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdeF, 2004, p. 61.

⁵⁷ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas Del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdeF, 2004, p. 61.

O diagnóstico dessa circularidade e de suas consequências reforça a crítica à declarada função do direito penal de proteger bens jurídicos universais, uma vez que sinaliza para um direito penal cujos valores orientadores não consegue ultrapassar os limites do contexto imediato da produção normativa. Demonstra-se, pois, que juízos valorativos sobre os bens a serem protegidos são parciais e, portanto, não representam o interesse social, mas de uma minoria que circunda essa produção, a qual exerce uma seletividade, conforme os seus próprios interesses.

Também as funções instrumentais, quer a prevenção geral negativa, quer a prevenção especial positiva, socialmente declaradas úteis e cujas pretensões poderiam ser sintetizadas na ideia de controle e redução da criminalidade, não se confirmariam na prática do sistema penal.

A prevenção especial, que tem como objetivo a ressocialização do criminoso, ou desviante, sendo uma espécie de tratamento que visa evitar a reincidência, é talvez a promessa mais evidentemente descumprida pela prática do sistema penal. Prescindem de maiores demonstrações assertivas, inclusive do senso comum, de que as penas, sobretudo, as de prisões são o caminho para a consolidação da carreira criminosa.

A prevenção geral negativa, cuja pretensão é a intimidação daqueles potenciais delinqüentes pela aplicação de um mal, também não se constataria na observação empírica. No dizer de Baratta, essa função pode ser considerada uma hipótese empírica não verificada nem verificável.⁵⁸

Em verdade, para a criminologia crítica, a pretendida função instrumental do direito penal tem servido sempre para estender os limites dele e para ocultar as funções simbólicas e políticas da ação punitiva, sendo a pena, de fato, uma violência institucional, cuja função latente é reproduzir o subsistema da justiça penal e servir à construção ideológica e material própria das desiguais relações sociais.⁵⁹

⁵⁸ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas Del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdeF, 2004, p. 78.

⁵⁹ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas Del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdeF, 2004, p. 87-88.

Num mesmo sentido, Maria Lúcia Karam afirma que “A pena só se explica — e só se pode explicar — em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder”.⁶⁰

Essa tese é ratificada pelas palavras de Hulsman quando se refere ao princípio da humanização das penas e a pretensa função de reinserção social do condenado à prisão:

Infelizmente, esta é apenas uma promessa piedosa: na prática, o sistema enquanto tal se manteve sempre repressivo. A prisão tem sempre o significado de castigo e o estigma que imprime sobre aqueles que atinge se manifesta contrariamente ao princípio proclamado, sob a forma de uma marginalização social mais ou menos definitiva daqueles que saem de lá.⁶¹

Ainda que não se acolha a tese de que o direito penal tenha funções meramente simbólicas, resta incontestável, para esta reflexão, que há, no mínimo, um desequilíbrio entre as funções penais instrumentais e as funções simbólicas, o que caracteriza, como já fartamente demonstrado, que se vive sob a égide de um direito penal predominantemente simbólico.

Ressalte-se, finalmente, que afirmar que o direito penal é simbólico não implica negar-lhe qualquer outra função, inclusive as instrumentais, mas implica sim a constatação de que é operado com o objetivo primordial de criar representações de valor ou desvalor, criando ilusões no imaginário individual ou coletivo, sobretudo, a da segurança jurídica.⁶²

1.2 O Simbolismo da Proteção Penal à Mulher Vítima de Violência Familiar

A afirmação de que a proteção penal à mulher vítima de violência familiar é preponderantemente simbólica impõe, entre outros, compreender essa forma de violência e a história de sua criminalização, pois demonstrar o caráter reducionista da compreensão fundamentadora do discurso criminalizador da violência contra a

⁶⁰ KARAM, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. (orgs.). **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 67.

⁶¹ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói (RJ): Luam Editora Ltda, 1993, p. 94.

⁶² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 293.

mulher é condição para evidenciar o excessivo simbolismo que envolve a pretensa proteção da mulher pelo sistema penal.

1.2.1 História da Criminalização da Violência contra a Mulher no Brasil

O esforço para compreender a violência contra a mulher e também para combatê-la é certamente mérito dos movimentos feministas, os quais historicamente identificam-na como um problema resultante das desigualdades próprias das relações de *gênero*. Esclareça-se que esse termo é tomado como categoria de análise, em algumas ciências humanas, para demonstrar e sistematizar as relações de dominação e subordinação, que envolvem homens e mulheres, em que aqueles se impõem sobre estas.⁶³

Sobre a construção do conceito de gênero Joan Scott destaca:

Na sua utilização mais recente, “gênero” parece primeiro ter feito sua aparição entre as feministas americanas que queriam insistir sobre o caráter fundamentalmente social das distinções fundadas sobre o sexo. A palavra indicava uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”. O gênero enfatizava igualmente o aspecto relacional das definições normativas da feminilidade. Aquelas que estavam preocupadas pelo fato de que a produção de estudos femininos se centrava sobre as mulheres de maneira demasiado estreita e separada utilizaram o termo “gênero” para introduzir uma noção relacional em nosso vocabulário de análise.⁶⁴

Para as feministas militantes, a violência tem sido usada milenarmente para dominar a mulher, fazendo-a acreditar que seu lugar na sociedade é de submissão ao poder masculino, restando-lhe apenas resignar-se e acomodar-se.⁶⁵ Nessa ótica, violência contra a mulher nas relações familiares tem sido entendida como decorrente dessa subordinação do feminino, que é própria de uma sociedade patriarcal. É, portanto, um conflito que decorre das relações socioculturais existentes entre homens e mulheres e dos papéis historicamente construídos para ambos.

Sobre o patriarcado, Hartmann apresenta a seguinte compreensão:

⁶³ TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 16.

⁶⁴ SCOTT, Joan W. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. Educação e Realidade, Porto Alegre: UFRGS, 1990. p. 5.

⁶⁵ TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 13.

[...] patriarcado como um conjunto de relações sociais que tem uma base material e no qual há relações hierárquicas entre homens, e solidariedade entre eles, que os habilitam a controlar as mulheres. Patriarcado é, pois, o sistema masculino de opressão das mulheres.⁶⁶

Decerto não há como negar o modelo patriarcal que imperou, e ainda impera, na construção dos papéis sociais de homens e mulheres, nos quais há, em regra, pretensão de dominação. Todavia deve-se alertar para o fato de que a cultura patriarcal não se verifica apenas na relação homem-mulher, mas estende-se às demais relações de poder, como entre patrão e empregado, homem e a mulher em relação às crianças e, ainda, entre mulheres, conforme se ratifica nas palavras de Heleieth Saffioti:

Aliás, imbuídas da ideologia que dá cobertura ao patriarcado, mulheres desempenham, com maior ou menor freqüência e com mais ou menos rudeza, as funções do patriarca, disciplinando filhos e outras crianças ou adolescentes, segundo a lei do pai. Ainda que não sejam cúmplices deste regime, colaboram para alimentá-lo.⁶⁷

Essa constatação, no entanto, não é suficiente para se afirmar que homens e mulheres sejam submetidos igualmente à cultura patriarcal, pois é incontestável que estas, historicamente, estiveram subordinadas às necessidades e ambições pessoais e políticas dos homens.

A historiografia sobre a condição da mulher no direito penal brasileiro evidencia, claramente, os sinais do patriarcado. As referências ao feminino sempre se fundaram na percepção da mulher como vítima, condição, certamente, decorrente do papel social que foi, historicamente, atribuído à mulher, nas sociedades patriarcais, o qual se fundava no entendimento da mulher como um ser mais frágil, portanto, carente de proteção. Porém, esse mesmo papel de ser mais frágil, na égide do patriarcado, ao mesmo tempo em que garante à mulher certa proteção, também se torna justificativa para mantê-la sob dominação, sendo a violência em todos os seus matizes um instrumento hábil para exercício desse controle.

A mencionada proteção penal, também, sempre esteve atrelada aos crimes sexuais e restrita, em muitos casos, a um grupo de mulheres às quais se podia

⁶⁶ *Apud*, SAFFIOTI, Heleieth I. B. Gênero e patriarcado. pp. 35-76. In: CASTILLO-MARTÍN, Márcia e OLIVEIRA, Suely de. (org.). **Marcadas a ferro**: violência contra a mulher uma visão multidisciplinar. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. p. 41.

⁶⁷ SAFFIOTI, Heleieth I. B. Gênero e patriarcado: a necessidade da violência. In: CASTILLO-MARTÍN, Márcia. OLIVEIRA, Suely de. (org.). **Marcadas a ferro**: violência contra a mulher uma visão multidisciplinar. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005, p. 39.

qualificar como “virgem” ou “honesta”, isto é, àquelas mulheres que se submetiam ao padrão moral da sociedade patriarcal.⁶⁸

Marília Mello destaca que essa “proteção” não era estendida a mulher que se configurasse no polo ativo, a essa não era garantido, por exemplo, nenhum tipo de redução de pena, mesmo quando civilmente era considerada de capacidade reduzida.⁶⁹

Certamente, ao estar na condição de autora, a mulher rompia com o padrão de conduta esperado para ela, logo já não era digna do tratamento protetor. A depender do crime cometido, por exemplo, adultério, a condição de mulher não só deixaria de ser razão de proteção, mas passaria a ser fator de maior reprovação da conduta.

Os movimentos feministas, que a partir da década de setenta se organizaram no país, empreenderam muitas lutas em favor da emancipação da mulher e da igualdade entre os sexos.⁷⁰ Em verdade, esses movimentos, em todos os países, sempre estiveram comprometidos com o combate a todas as formas de discriminação e opressão, sobretudo, as que eram julgadas resultantes das relações de gênero. Dessa forma, foram construindo uma identidade atrelada não só à luta em favor das mulheres, mas também em favor das minorias em geral e da concretização dos direitos humanos.

No direito brasileiro, o resultado dessas lutas foi especialmente consagrado com a Constituição Federal de 1988, na qual se declarou a igualdade formal entre os sexos e rejeitou-se qualquer forma de discriminação resultante da opção sexual.

Dentre as muitas frentes de combates das feministas, a questão da violência doméstica e familiar contra a mulher ganhou especial destaque, pois foi sempre percebida como um problema próprio das relações de dominação entre os gêneros.

Ressalte-se que, no Brasil, episódios de violência contra a mulher que envolviam pessoas de classes mais abastadas e que tiveram grandes repercussões

⁶⁸ Cf MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha**: teoria e prática da vitimação feminina no sistema penal brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008, p. 1.

⁶⁹ MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha**: teoria e prática da vitimação feminina no sistema penal brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008, p.1.

⁷⁰ CAMPOS, Carmen Hein de. A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org.). **Verso e Reverso do controle penal**: (dês)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 133-134.

na mídia foram decisivos para que houvesse muitas manifestações feministas contra essa forma de violência. O caso mais conhecido foi o do homicídio de Ângela Diniz cometido por Doca Street, episódio que deflagrou campanhas por todo país com o slogan “Quem ama não mata”, visando destruir a tese de legítima defesa da honra e a impunidade em todas as formas de violência contra a mulher.⁷¹

Assim, estrategicamente, as feministas buscaram publicizar essa forma de conflito, com o objetivo de trazer a questão, antes mantida no espaço privado, para a pauta das políticas públicas, por entender que o espaço privado é, por excelência um espaço de dominação.

A principal estratégia defendida pelos movimentos feministas oficiais⁷², principalmente na Europa e nos Estados Unidos da América, para responder a violência doméstica e familiar contra a mulher foi a da criminalização das condutas violentas. No Brasil, essa tendência mundial foi repetida e já está recepcionada por várias normas penais.

Antes de tratar dessas normas, deve-se destacar que ao fazer opção pelo sistema penal como instância supostamente eficaz para a resolução dos conflitos oriundos das relações domésticas, as feministas europeias e norte-americanas tinham ciência de que estavam utilizando o direito penal de forma simbólica. Vera Andrade destaca que na década de oitenta, essas feministas sustentaram não estar somente interessadas no castigo, mas no caráter declaratório do direito penal de difundir os valores da moral feminista.⁷³

No Brasil, já na década de noventa, a proposta de criminalização das condutas consideradas lesivas às mulheres pelas feministas não se justificou apenas no caráter simbólico. Segundo Vera Andrade, parece que a função retribucionista foi o principal objetivo. Os movimentos feministas queriam e querem mesmo a punição dos homens, embora acreditem, também, ser possível com o

⁷¹ CAMPOS, Carmen Hein de. A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org.). **Verso e Reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p.134.

⁷² CAMPOS, Carmen Hein de. A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org.). **Verso e Reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 135.

⁷³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 83-84.

direito penal alcançar uma mudança de consciência e atitude masculinas no que tange à violência contra a mulher.⁷⁴

Na esteira dessa tendência criminalizadora feminista, houve a tipificação do assédio sexual pela lei 10.224/01, que introduziu o art. 216-A no Código Penal, da violência doméstica pela lei 10.886/04, que acrescentou o § 9º ao art.129 do Código Penal e, finalmente, a criação da lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, que culminou nesse processo de recrudescimento do direito penal como justificativa para enfrentar a violência que tem a mulher como vítima.

Do ora exposto, pode-se concluir que a criminalização da violência doméstica e familiar contra a mulher nasce do ideal de emancipação feminina na luta contra as marcas do modelo patriarcal, ideal que se torna bandeira dos movimentos feministas, os quais compreendem essa violência como um problema de gênero e creditam ao sistema penal, entre outros, o papel de promotor desse ideal.

Essa compreensão da violência familiar contra a mulher, decerto não pode ser considerada ilegítima, o viés do gênero deve sempre integrar qualquer pretensão de aprender e dirimir essa forma de conflito. No entanto, quer se destacar aqui, com base numa criminologia crítica feminista, que esse entendimento, o qual fundamentou o discurso criminalizador, apresenta limitações e que a opção pelo sistema penal como um promotor da emancipação feminina foi, além de uma contradição com os ideais democráticos dos movimentos feministas, um erro estratégico na busca de *empoderamento* para as mulheres.

Logo, tal compreensão desse fenômeno e da estratégia penal como forma eficaz de enfrentamento dele, embora majoritária e representadora do discurso oficial de emancipação da mulher, não é unânime entre aqueles que defendem mais democratização nas relações sociais, conforme se demonstra mais adiante.

1.2.2 Ratificando os Limites da Abordagem

Estando estabelecidos os conceitos de patriarcado e de gênero, bases dos discursos feministas, ao abordar a violência contra a mulher, faz-se necessário ratificar um dos recortes metodológicos importantes para as considerações estabelecidas neste trabalho.

⁷⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 84-85.

O conceito de violência contra a mulher é comumente entendido como violência de gênero, conforme se pode depreender dos fragmentos abaixo:

A violência de gênero pode ser entendida como “violência contra a mulher”, expressão trazida à tona pelo movimento feminista nos anos 70, por ser esta o alvo principal da violência de gênero. Enfim, são usadas várias expressões e todas elas podem ser sinônimos de violência contra a mulher.⁷⁵

A violência de gênero ou contra a mulher está de tal forma arraigada na cultura humana que se dá de forma cíclica, como um processo regular com fases bem definidas: tensão relacional, violência aberta, arrependimento e lua-de-mel.⁷⁶

Essa opção por identificar ambos os conceitos: violência contra a mulher e violência de gênero busca afirmar que as mulheres são violentadas em razão da hierarquia presente na relação homem-mulher, pela qual se busca submeter à mulher, tolhendo-lhe qualquer iniciativa de autonomia. Além disso, dá à mulher a condição de única vítima nas relações de gênero.

No entanto, considerando que o conceito de gênero rejeita o determinismo biológico do sexo, centrando-se nos papéis sociais construídos e atribuídos aos mundos masculino e feminino, deve-se admitir que embora o conceito de violência de gênero possa abarcar a violência familiar contra a mulher, ambos não podem ser tomados como sinônimos, antes aquele se caracteriza como um hiperônimo em relação a este, pois sob a concepção de violência de gênero encontram-se, outras formas de violência, como as decorrentes da homofobia, cujas vítimas podem ser, indistintamente, homens e mulheres,

Também a expressão violência doméstica não exprime a realidade abordada neste trabalho. Embora a violência familiar contra mulher ocorra, em regra, no ambiente doméstico, deve-se reconhecer que o conceito de violência doméstica é, por vezes, mais largo, pois abarca violências cometidas contra crianças, adolescentes, idosos, ou mesmo homens jovens que integrem territorial ou simbolicamente o domicílio, inclusive empregados domésticos.

Assim, opta-se pela clareza da expressão violência familiar contra a mulher para afirmar que as ideias ora defendidas restringem-se às situações nas quais há

⁷⁵ TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 19.

⁷⁶ TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 25.

relação de parentesco entre ofendida e ofensor, em especial, às relações entre casais, cônjuges ou companheiros.

1.2.3 As Evidências do Simbolismo da Proteção Penal à Mulher Vítima da Violência Familiar.

O posicionamento político-ideológico que defendeu a criminalização da violência doméstica e familiar contra a mulher e o recrudescimento das normas penais e processuais penais no enfrentamento dessa violência, embora seja predominante entre as feministas, não é suficiente para caracterizar uma homogeneidade de pensamento daqueles que são comprometidos com a emancipação dos grupos sociais, historicamente, excluídos, entre os quais está a mulher.

Elena Larrauri, identificando essa heterogeneidade nos próprios movimentos feministas, denomina “feminismo oficial” aquele cujas ideias tem sido incorporadas às legislações que buscam proteger mulheres com o recrudescimento de normas penais.⁷⁷

Essa criminóloga, ao tratar da Lei de Proteção Integral Espanhola, na qual se baseou a Lei Maria da Penha, afirma:

O discurso feminista oficial apresenta, ao meu ver, três características: por um lado, simplifica excessivamente a violência contra a mulher nas relações de casais, ao apresentar este delito como algo que ocorre “pelo fato de ser mulher”, como se a subordinação da mulher na sociedade fosse causa suficiente para explicar a dita violência; em segundo lugar, argumenta de forma excessivamente determinista, como se a desigualdade de gênero, à qual se atribui o caráter de causa fundamental, tivesse capacidade de alterar, por si só os índices de vitimização de mulheres, ignorando outras desigualdades; finalmente confia e atribui ao direito penal a enorme tarefa de alterar esta desigualdade estrutural a qual se vê como principal responsável pela vitimização das mulheres.⁷⁸

Embora as considerações acima se refiram diretamente ao contexto espanhol de enfrentamento da violência contra a mulher, são igualmente aplicáveis ao

⁷⁷ LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.15. Tradução nossa.

⁷⁸ LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 15-16.

feminismo oficial brasileiro, cujas ideias de buscar apoio no direito penal para solidificar a moral feminista nascem das influências europeias e norte-americanas.⁷⁹

Sobre esse apelo ao sistema penal pelo movimento de mulheres, já delimitado como oficial, Vera Regina Andrade afirma que, no Brasil: “[...] há um profundo déficit no diálogo entre a militância feminista e academia e as diferentes teorias críticas do Direito nela produzidas ou discutidas.”⁸⁰

De fato, verifica-se que falta uma base criminológica consistente no discurso da criminalização da violência contra a mulher, tema que será devidamente explorado no capítulo seguinte. Porém, ter como pressuposto esse déficit de base teórica é importante para fundamentar a ideia deste capítulo, pois, se faltam bases empíricas e também valorativas especializadas para a construção de uma política criminal em relação à violência contra a mulher, o direito penal construído para enfrentar tal violência estará fadado a oferecer uma proteção preponderantemente simbólica.

Adotando como pressuposto esse reducionismo epistemológico na compreensão da violência em estudo, passa-se a demonstração das evidências do simbolismo caracterizador das leis que buscam emancipação para as mulheres através do sistema penal.

Não há dúvidas quanto à configuração de um direito penal simbólico nessas legislações. Quer sob o prisma dos penalistas críticos, quer sob a ótica dos críticos do direito penal, essa constatação se ratifica. Várias são as razões que se complementam para, fartamente, caracterizar esse predominante simbolismo.

A primeira razão, e a mais facilmente verificável, está no fato de que tanto a lei 10.886/04, como a lei 11.340/2006 não criminalizaram condutas antes descriminalizadas. A primeira qualificou a lesão corporal quando praticada no âmbito doméstico, acrescentando o § 9º ao art. 129 do Código Penal, o que, destaque-se, já era razão de agravante genérica nos termos do art.61, II, e. Mesmo reconhecendo que o conteúdo do parágrafo acrescido amplia as possibilidades de agravamento da conduta, deve-se admitir que o objetivo principal dessa legislação era inserir no Código Penal a expressão violência doméstica, dando-lhe o *status* de crime.

⁷⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 84.

⁸⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 111.

Quanto à lei 11.340/2006, o simbolismo evidencia-se, sobretudo, no nome pelo qual ficou conhecida: Lei Maria da Penha, homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia, que fora vítima do marido, professor universitário, que tentou matá-la, por duas vezes, deixando-a paraplégica. Eleita como símbolo da mulher vitimada que se torna ativista na luta contra esse tipo de violência, Maria da Penha teve sua história atrelada à construção da lei, como destaca as palavras de Leda Hermann:

A partir de 07 de agosto de 2006, uma dessas tantas Marias entrou para a história: Maria da Penha Maia, 60 anos, mãe de três filhas, vítima emblemática da violência doméstica, fez da dor inspiração para o ativismo.⁸¹

Seu empenho foi reconhecido no dia em que o Presidente Lula sancionou a Lei 11.340/2006, que o Brasil passou a conhecer como Lei Maria da Penha— lei com nome de mulher— justa homenagem à guerreira que, durante anos, promoveu o debate e estimulou o pleito de proteção e atendimento às vítimas da violência doméstica e familiar.⁸²

Marília Mello alerta para os efeitos desse simbolismo pelo qual se busca associar às mulheres que vivem conflitos familiares à imagem de Maria da Penha. Primeiro porque a lei parece perder um de seus atributos indispensáveis que é a impessoalidade. Segundo porque se cria no imaginário popular a figura da mulher como vítima, buscando, incessantemente, punição para os seus algozes. Como bem destaca essa criminóloga, casos como o de Maria da Penha são exceções entre agressões de que são vítimas as mulheres, as quais, em regra, nada mais desejam senão o cessamento da violência.⁸³

Embora ainda não seja tema específico deste capítulo, é necessário destacar, a fim de sinalizar para a opção teórica adotada, que a reprodução social da imagem de vítima em busca de apoio em nada contribui para um projeto de emancipação da mulher. Tal incoerência entre o poder que se busca para as mulheres e o reforço a sua imagem de sujeito vitimado também evidencia, de certo modo, o “engano” que envolve o substrato dessas legislações, o qual é tão caracterizador do direito penal simbólico.

⁸¹ HERMAN, Leda Maria. **Maria da Penha lei com nome de mulher**: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2007, p.17.

⁸² HERMAN, Leda Maria. **Maria da Penha lei com nome de mulher**: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2007, p.18.

⁸³ MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha**: teoria e prática da vitimação feminina no sistema penal brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008, p. 103.

A segunda razão por que se afirma a preponderância simbólica dos mencionados dispositivos penais é que todos foram instituídos sob forte pressão de grupos organizados, atendendo a apelos midiáticos e a campanhas lideradas quase sempre por grupos de mulheres politizadas, integrantes de partidos políticos e que falavam em nome de uma totalidade.⁸⁴

A terceira razão, naturalmente, decorrente da primeira, porque atendeu a evidentes fins eleitoreiros, pois, apenas como exemplo, deve-se destacar que a Lei Maria da Penha foi sancionada em 07 de agosto de 2006, pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva, num ato público e solene com participação dos movimentos organizados de mulheres, que são grandes formadores de opinião, quando, não por coincidência, iniciava-se uma campanha para reeleição presidencial, entre um eleitorado majoritariamente feminino. Vê-se, pois, aqui a evidência dos fins eleitoreiros do direito penal simbólico a que se referem Hassemer e Roxin.

A quarta, porque a criminalização dessa violência, como se destacou anteriormente, teve como referência modelos em que o uso do direito penal para proteger mulheres visava, declarada e principalmente, à difusão de valores morais e da ideologia de um determinado grupo social. Assim, mesmo que, no Brasil, o caráter simbólico desses dispositivos penais tenha sido lançado pelo discurso, até mais inocente, do retribucionismo, essa função simbólica esteve sempre presente na crença de que a ameaça penal pudesse provocar nos homens uma atitude de maior respeito às mulheres.

Essa pretensão exagerada de difundir valores e reforçar representações ideológicas via direito penal, como se mostrou, é denunciada por Hassemer, que vê nesse recurso uma deturpação da função de proteção de bens jurídicos, que justifica o direito penal, o que tem como consequência o próprio descrédito desse direito. Terradillos Basoco vai mais além, sugerindo, com base em outros autores⁸⁵, que esse uso simbólico pode ter como finalidade calar uma demanda social, exonerando o Estado, que recorre à fácil medida da política criminal, do compromisso com programas mais amplos de política social.⁸⁶

⁸⁴ Cf., MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha**: teoria e prática da vitimação feminina no sistema penal brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008, p. 92.

⁸⁵ Terradillos Basoco faz referência a Nitsch e a Easton.

⁸⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In: **Pena y estado**: función simbólica de la pena. São Paulo: IBCCrim, nº 1, 1991, p. 11.

A quinta razão se configura no déficit criminológico, já mencionado, dos discursos fundamentadores dessas legislações penais, pois a equivocada ou limitada compreensão do fenômeno resulta, conseqüentemente, em opções político-criminais ineficazes para o enfrentamento da conduta violenta. O que é, facilmente, comprovado quando se coteja o ideal de emancipação dos movimentos feministas e a realidade do sistema, que demonstra a clara ineficácia da proteção penal. As mulheres continuam sendo agredidas, as cifras negras crescem ante ao recrudescimento das normas penais e a operatividade do sistema, ao contrário do que se esperava com a criação dessas leis, fragiliza ainda mais a mulher agredida, como se demonstrará ao longo do trabalho.

Tamanha é a evidência e a predominância desse caráter simbólico que se faz aplicável o argumento de Baratta de que pretensa função instrumental do direito penal sirva apenas para ocultar as funções simbólicas e políticas da pena, a qual serve para construir ideologias, reproduzindo assim o jogo das relações sociais.⁸⁷ Percebe-se mesmo que as mencionadas legislações penais parecem apenas contribuir para reforçar um conjunto de estereótipos sobre a relação homem/mulher, no qual aquele domina e esta é dominada, o que, tendo em vista a seletividade operada pelo sistema penal, implicará na reprodução de outras relações desiguais, a respeito das quais se trata no próximo capítulo.

Logo, é possível concluir, preliminarmente, que esses dispositivos não causaram mudanças na realidade da violência ora tratada, apenas instituíram uma percepção social limitada e limitadora sobre o problema, forjando uma falsa imagem de que as mulheres, agora, estão protegidas e criando, no dizer de Vera Andrade, “a ilusão da segurança jurídica”.⁸⁸

⁸⁷ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas Del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdeF, 2004, p. 23.

⁸⁸ Cf. Vera Regina Pereira de Andrade. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal.

CAPÍTULO II – UM APORTE CRIMINOLÓGICO NA COMPREENSÃO DA VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER

O diabo não há! É o que eu digo, se for. Existe é o homem humano. Travessia.⁸⁹

Neste capítulo, persegue-se, em relação à criminalidade, uma conclusão semelhante a que chegou o personagem roseano, acerca da inquietação que o acompanhou por longo tempo, sobre a existência ou não de um diabo. Assim, às luzes da criminologia, busca-se demonstrar que o criminoso, inclusive, aquele que agride uma mulher, não é um “diabo”, um ser diferente dos demais, ao qual se deva exterminar ou, necessariamente, neutralizar.

Enquanto, no capítulo anterior, tratou-se do problema da criminalização da violência doméstica contra a mulher enfatizando-se, sobretudo, a contradição dessa criminalização com as funções declaradas pelo direito penal de feições liberais, buscando-se evidenciar o caráter predominantemente simbólico dessa proteção, passa-se agora a um estudo em que a pretensão é buscar no saber criminológico referências para a compreensão da violência em estudo, visando, assim, à superação do simplismo e do reducionismo operados a fim de justificar tendências criminalizadoras como a adotada para atribuir ao sistema penal, por excelência, o deslinde da violência doméstica e familiar contra a mulher.

O ponto alto do capítulo é atingido na reflexão da criminologia crítica feminista, no entanto para que se chegue a ela, faz-se necessário um excursão sobre as teorias criminológicas em que se ancoram as ideologias criminalizadoras e também nas teorias que fundamentam essa vertente da criminologia crítica denominada feminista.

⁸⁹ ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 624.

2.1 O Porquê e os Parâmetros da Reflexão Criminológica

A despeito de minoritários posicionamentos diversos, é pressuposto desta reflexão o caráter científico da criminologia, embora a reflexão não se justifique por isso. Parte-se, assim, da assunção da criminologia como um saber empírico e interdisciplinar que se dedica à compreensão do desvio em todos os seus elementos: desviante, vítima, controle e reação social ao desvio a fim de oferecer um estudo sobre a gênese e a dinâmica que envolvem o crime ou desvio, quer como um problema individual, quer como um problema social⁹⁰

Essa compreensão da criminologia como uma ciência de muitos objetos visa reafirmar o reconhecimento de um valor a todo saber criminológico, historicamente, produzido e, sobretudo, ressaltar a complexidade do estudo da criminalidade. Assim, tornam-se objeto da criminologia, não só o delito ou o delinqüente — alvos dos primeiros estudos criminológicos — mas a vítima, o contexto socioeconômico e cultural dos protagonistas e a reação social ou controle social, exercido através das definições do crime e dos processos de criminalização.

A interdisciplinaridade, que caracteriza o saber criminológico, integra este capítulo, sobretudo, pela presença dos estudos sociológicos, confirmando assim a condição de saber — síntese da criminologia em relação aos “diversos saberes empíricos ou, pelo menos, não dogmáticos, dedicados ao problema penal.”⁹¹ Em verdade, percebe-se essa interdisciplinaridade como de especial relevância na compreensão da criminalização da violência familiar contra a mulher, percepção que fica bastante evidenciada na seção destinada à criminologia feminista.

Destaca-se, desde logo, porém, que a despeito dessa condição de saber síntese, entende-se, que a criminologia não engloba a política criminal, enquanto saber não dogmático dedicado ao problema penal. Certamente, a criminologia crítica, sobre a qual se fala adiante, aproximou-se bastante da política criminal, ao ultrapassar o limite da observação fática, mas esta não é susceptível de ser

⁹⁰ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 28. Cf. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Ciências criminais e filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 63, ano 14, p. 188-230, nov./dez. 2006, p. 209-210.

⁹¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Ciências criminais e filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 63, ano 14, p. 188-230, nov./dez. 2006, p. 209-210.

abarcada pelo saber criminológico em razão do seu caráter eminentemente valorativo e não determinado pela observação empírica.

Certo, porém, é que não se pode prescindir da integração entre esses saberes criminais, quer na ótica de um modelo integrado, quer na ótica de espaços de integração entre esses saberes, como propõe Salo de Carvalho⁹², para o qual a ideia da integração de saberes teria uma pretensão totalizante, o que o leva a defender não um modelo integrado de saberes criminais, mas espaços para integração entre esses saberes. Não se pretende aqui aprofundar a distinção, mas reafirmar a necessidade da integração sem subordinação. Assim, embora a principal referência histórica dessa integração seja o conceito de “ciência conjunta do Direito Penal” ou global de Franz von Liszt, pelo qual se tentava uma unidade coerente e harmoniosa entre os saberes criminais,⁹³ deve-se destacar que a opção deste trabalho é mais próxima da perspectiva aprimorada do modelo integrado de saberes proposto por Alessandro Baratta.

Na concepção lizteana esses saberes, embora relativamente autônomos, obedeciam a uma hierarquia na qual a dogmática penal, por ser considerada a ordem de proteção do indivíduo perante o poder estatal, possuía primeiro e indisputado lugar. Logo, o papel destinado à criminologia e à política criminal era o de “ciências auxiliares” da dogmática jurídico-penal.⁹⁴ Embora von Liszt defendesse que só o conjunto dessas ciências pudesse garantir o controle e o inteiro domínio do crime, defendia que era competência exclusiva da dogmática “determinar ‘o que’, ‘o se’ e ‘o como’ da punibilidade.”⁹⁵ Esse pensamento de Liszt refletia o modelo vigente de estrito do juspositivismo e a herança liberal de maximização da segurança do cidadão, defendendo um direito penal que interviesse ativamente na sociedade.⁹⁶

Na perspectiva de Baratta, porém, a relação entre os saberes se constrói de modo distinto, sendo a ciência social, isto é, a criminologia, que deve orientar o momento técnico-jurídico: a preparação legislativa, interpretativa e dogmática, tendo

⁹² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 40.

⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 93.

⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 94.

⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 94.

⁹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 95.

em vista as opções político-criminais que os juristas conscientemente perseguem.⁹⁷ Essa necessária consciência dos efeitos práticos das escolhas político-criminais, que são intrínsecas as opções dogmático-penais é também destacada por Zaffaroni, para quem um discurso jurídico penal desvinculado da política e indiferente a seus efeitos sociais reais põe em risco a própria dogmática jurídico-penal como método.⁹⁸

Portanto é, com base na necessidade de integração entre os saberes penais — em que o jurista deve ser, necessariamente, um cientista social consciente dos efeitos práticos de suas escolhas dogmático-penais e apto a fazer valorações políticas — que se julga necessário um estudo criminológico acerca da violência familiar contra a mulher, a fim de se defender com maior precisão um modelo de gestão para enfrentamento desse conflito.

Na perspectiva da integração de saberes aqui defendida, a criminologia, destaque-se desde já, possui dois atributos essenciais: a autonomia e a criticidade. O primeiro refere-se à independência dessa ciência em relação aos demais saberes criminais, o que implica que a criminologia não está circunscrita aos limites da norma jurídico-penal. Muñoz Conde e Hassemer, por exemplo, reconhecem que essa autonomia pode mesmo implicar numa ampliação do objeto da criminologia que passaria a se ocupar “da conduta desviada em geral e de suas formas de controle social, formal e informal”.⁹⁹ Sobre essa possibilidade de ampliação, deve-se afirmar que parece ser mais adequada à tendência de compreender o delito como um ato semelhante a muitos outros decorrentes de situações conflituosas e, que por razões políticas não foram definidos como crimes.

O segundo atributo refere-se à criticidade, pois uma atividade, sendo científica, não pode prescindir da crítica, nesse caso, ao próprio objeto por excelência: o direito penal. Essa crítica nasce, necessariamente, da confrontação entre a regulação penal e a realidade, na qual se analisam a eficácia e também os efeitos sociais das normas penais.¹⁰⁰

Diante da exigência desses dois atributos e, principalmente, dos pressupostos adotados para se defender a proposta deste trabalho, o estudo criminológico poder-

⁹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 156.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: IBdeF, 2005, p. 72.

⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9.

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.8.

se-ia iniciar a partir da chamada virada sociológica, iniciada no final do século XIX, quando os modelos sociológicos, que criariam o contexto para a criminologia crítica, começam a ganhar espaços num terreno em que predominavam as teorias positivistas bioantropológicas, as quais, deve-se admitir, careciam de autonomia e criticidade. No entanto, opta-se por incluir na reflexão uma abordagem sobre os clássicos e positivistas a fim de ressaltar observações como as seguintes: de que é tendência a ampliação do objeto da criminologia; de que cada teoria surge para explicar um problema particular de uma época precisa e, ainda; de que essas teorias espelham as conveniências dos contextos em que surgem.¹⁰¹

Também, para que se possa compreender o valor de uma teoria, é necessária a contraposição dela à outra ou às outras que se proponham a explicar o mesmo objeto ou objetos correlacionados. Assim, para que se compreenda o valor do paradigma da reação social para a criminologia, em especial aquele que integra a criminologia crítica feminista, faz-se necessário abordar as teorias que enfatizam aspectos individuais, bioantropológicos ou decorrentes dos defeitos de socialização, principalmente para que se possa constatar que o discurso oficial do direito penal ainda é fundado, primordialmente, na criminologia positivista.

É importante registrar que, embora a virada sociológica tenha como principal marco teórico, inclusive na apresentação deste trabalho, a sociologia criminal de Durkheim, desenvolvida em fins do século XIX, estudos sociológicos do crime já haviam sido anteriormente empreendidos. Desde as teorias de Ferri, focadas na gênese do crime, sobre o qual se fala adiante, que identificava entre as causas antropológicas e físicas do delito, também motivações sociais; até teorias que anteciparam métodos específicos da sociologia criminal contemporânea, como a escola franco-belga. Os autores dessa escola, por exemplo, buscavam estudar a distribuição geográfica diferencial de taxas e de tipos de crime¹⁰², que seriam mais adiante retomadas pelos estudos da sociologia criminal americana. Além da França e da Bélgica, a Grã-Bretanha e a Alemanha também conheceram, entre fins do século XIII e meados do século XIX, alguns estudos de viés sociológico, nos quais

¹⁰¹ ROBERT, Philippe. **Sociologia do Crime**. Trad. de Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p.123.

¹⁰² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 21.

investigavam, por exemplo, a relevância de fatores educacionais, econômicos políticos e morais na criminalidade.¹⁰³

Tais estudos, porém, foram suplantados pela *tomada do poder do Lombroso*¹⁰⁴, isto é, pela perspectiva positivista de base bioantropológica, a seguir estudada, não tendo, a despeito de seu valor, maiores repercussões político-criminais, logo não foram alvo de estudo na pesquisa aqui esboçada.

Não sendo possível, nem conveniente abordar aqui todas as teorias criminológicas, far-se-á uma digressão sobre as raízes do paradigma etiológico-explicativo, sobretudo nas teorias bioantropológicas, para em seguida serem apresentadas as contribuições do modelo sociológico, em especial quando se passa a investigar também a reação social, que são bases para a criminologia feminista, que é o cerne deste capítulo.

Destaque-se aqui a opção consciente de não se tomar como objeto de estudo as teorias próprias do modelo psicológico e psicanalítico, com ressalvas a teoria do vínculo social ou do controle, dado o método ser sociológico, como se verá. Embora se reconheçam o valor científico dessas teorias e uma tendência contemporânea de aproximação entre os campos do direito e da psicanálise, entende-se inoportuno enfrentá-las, uma vez que a criminologia feminista não as tem como fundamento, antes lhe são caras as teorias de cunho sociológico e, em especial, a criminologia crítica.

2.2 A Gênese da Criminologia: entre o livre arbítrio e os determinismos bioantropológicos.

No dizer de Baratta “a concepção positivista de ciência batizou a criminologia”,¹⁰⁵ pois é no contexto das escolas positivistas que o termo criminologia teria surgido, quer pelo uso feito pelo antropólogo francês Topinard, em 1879, quer, sobretudo, pela obra científica de Garófalo *Criminologia*, em 1885.¹⁰⁶

¹⁰³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 22.

¹⁰⁴ Expressão usada por Dias para simbolizar a hegemonia, por muitos anos, da criminologia positivista nas ciências criminais.

¹⁰⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 30.

¹⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 5.

Não é por acaso, porém, que se faz referência ao batismo e não ao nascimento, pois; se é certo que foi com o positivismo que a criminologia se afirmou como saber autônomo, com a definição de métodos e objeto próprio, definindo-se como um estudo etiológico-explicativo do crime; é também certo que foi no contexto da escola clássica que ocorreu uma primeira reflexão sistemática e coerente sobre a problemática que envolve o crime.¹⁰⁷

Não se pode olvidar de que a preocupação em compreender o fenômeno do crime ou desvio tenha sido presente em todas as sociedades. No entanto, não há como se falar em criminologia, como saber sistematizado, antes da escola clássica italiana.¹⁰⁸ Os estudos dessa escola, como quaisquer outros, espelhavam o contexto histórico vivido por seus teóricos.

Assim, fundamentados na cultura filosófica, racional e liberal encetada a partir do Renascimento e efervescente no século XIII, contexto das revoluções burguesas e do Iluminismo, os filósofos penalistas desenvolveram a escola clássica, que partiu da filosofia do direito penal e alcançou uma fundamentação filosófica para a ciência do direito penal, buscando os conceitos de delito, de responsabilidade penal e de pena.¹⁰⁹

A fase essencialmente filosófica tem início com o clássico *Dei delitti e delle pene* de Beccaria, de 1764, que embora não seja a obra de maior teor sobre o pensamento dessa escola, tornou-se a referência histórica do ideal iluminista para o direito penal, consagrando-se como “o manifesto da abordagem liberal ao direito criminal”.¹¹⁰ Sobre esse primeiro momento, parecem aplicáveis as seguintes considerações de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:

A escola clássica caracteriza-se por ter projetado sobre o problema do crime os ideais filosóficos e o *ethos* político do humanismo racionalista. Pressuposta a racionalidade do homem haveria de se indagar da eventual irracionalidade das estruturas de controlo, nomeadamente da *lei*.¹¹¹

¹⁰⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 6.

¹⁰⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 6.

¹⁰⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 32.

¹¹⁰ Expressão criada por Radzinowicz e repetida por Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade

¹¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 7.

Cesare Beccaria, na obra já mencionada, procurou fundamentar a legitimidade do direito de punir, estabelecendo critérios para verificar a utilidade da punição a partir do postulado do contrato social,¹¹² como se pode verificar em suas palavras:

Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade [...]

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.¹¹³

Parafraseando Ricardo de Brito, quando se refere a Carrara, outro filósofo da escola clássica, pode-se afirmar que Beccaria “foi substancialmente um homem do século XVIII¹¹⁴, diferentemente das afirmações mais comuns de que Beccaria fora um homem a frente do seu tempo, ratifica-se aqui o entendimento de que ele refletiu o Século da Luzes, principalmente, pela crença numa racionalidade pura capaz de incluir a todos numa homogeneidade, que, entre outros, levaria a uma “aplicação rigorosamente geral e igual da lei”.¹¹⁵

Certamente, não se pode deixar de apontar aqui a crítica a uma certa ambiguidade ideológica em Beccaria, pois postula o contrato social, fundado num suposto consenso, que determinaria uma igualdade de deveres justificada pela igualdade de interesses, mas que não se fundamenta na desigualdade real.¹¹⁶

A segunda fase da escola clássica inicia-se com a construção de uma fundamentação filosófica para uma concepção jurídica da ciência penal e tem como referência o pensamento de Francesco Carrara, que, nas palavras de Ricardo de Brito, trazia uma “anacrônica adesão a vários aspectos da tradição iluminista, como o jusnaturalismo.”¹¹⁷

Esse anacronismo de Carrara, cujo pensamento está situado em meados do século XIX, quase cem anos a frente de Beccaria, principalmente no *Programa del*

¹¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 8.

¹¹³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 19-20.

¹¹⁴ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 44.

¹¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 9.

¹¹⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 9.

¹¹⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 44.

Corso de Diritto Criminale, é creditado à conjuntura de instabilidade política da Itália, cuja unificação só viria a se completar mais ao final desse século. Essa conjuntura, que também se refletia no papel da Igreja Católica, certamente influenciou o posicionamento filosófico-jurídico de Carrara, que integrava um movimento católico comprometido com a unificação da nação e com a instauração das liberdades clássicas, o que tornava esse filósofo penalista preocupado tanto com a liberdade individual, quanto com o consenso nacional.¹¹⁸

A despeito da concepção jusnaturalista, esse filósofo tinha uma rigorosa visão jurídica e bem mais que seus antecessores se dedicou à tarefa da construção técnica do direito.¹¹⁹ Assim, sintetizou toda elaboração do direito penal italiano do Iluminismo e garantiu uma base lógica para a construção de um sistema penal,¹²⁰ no qual o crime foi, abstratamente, considerado como uma violação de um direito, não o positivado nas leis, mas de uma lei absoluta nascida da vontade do Criador. Logo, por esse pensamento jus naturalista, a lei construída pelo homem deve buscar sempre conformidade com os direitos naturais do homem,¹²¹ que emanam da lei divina.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade identificam como princípios subjacentes a toda a escola clássica que: a) o principal objetivo do direito criminal e da ciência criminal é prevenir os abusos por parte das autoridades; b) o crime não é uma entidade de fato, mas uma entidade de direito.¹²²

Essa concepção de delito como uma construção jurídica, abstraído de todo contexto, quer da história biopsicológica do delinquente, quer da totalidade natural e social em que ele se insere, é típica de uma filosofia baseada na individualização metafísica dos entes.¹²³ Esse raciocínio denominado hipóstase, a princípio, configurar-se-ia quando algo é considerado como uma realidade ontológica; porém a filosofia contemporânea o define também como um equívoco cognitivo, pois parte de

¹¹⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 46- 47.

¹¹⁹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 43.

¹²⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 36.

¹²¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 36.

¹²² DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 7-8.

¹²³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 38.

uma abstração falsamente considerada, elevando-lhe à condição objetiva de existência substancial, quando, em verdade, tal abstração é limitada ao âmbito do pensamento humano.¹²⁴

Para a escola clássica, essa compreensão do delito implica concebê-lo como um ato da livre vontade do indivíduo, o qual é responsável moral pelas suas ações, pois é um sujeito normal. Logo, a pena é justificada não em razão do delinquente, ou seja, na pretensão de corrigi-lo ou tratá-lo, mas em razão da própria sociedade, que precisa ser protegida, sendo a legalidade, construída com base nos princípios imutáveis da razão humana, o limite dessa proteção.

Adiante-se aqui que, apesar de partirem de pressupostos muito distintos e de terem pretensões, também, muito distintas, a escola clássica e a criminologia crítica — sobre a qual se discorre adiante — possuem alguns princípios comuns, convergindo sobre alguns aspectos dos quais se pode destacar, desde logo, a concepção do delinquente como um ser normal e do delito como um conceito jurídico.¹²⁵

A despeito das contribuições da escola clássica é majoritário o entendimento de que é no contexto positivista que a criminologia conquista o *status* de ciência. Esse entendimento fundamenta-se no fato de que apenas no contexto positivista o estudo criminológico passou a adotar o método empírico, que, juntamente com a interdisciplinaridade, identifica-o entre os demais saberes das ciências criminais. Assim, consideram-se as reflexões clássicas, como uma etapa pré-científica da criminologia, apontando-lhes como ponto débil, a carência de uma preocupação etiológica e o menosprezo ao exame do delinquente.¹²⁶

A perspectiva mais comum de se distinguir a escola clássica e a positiva já era afirmada pelo próprio Ferri:

A diferença profunda e decisiva entre as duas escolas está portanto principalmente no *Método*: dedutivo, de lógica abstrata, para a escola clássica — indutivo e de observação dos factos para a escola positiva— aquela tendo por objeto “o crime” como entidade jurídica, esta, ao contrário,

¹²⁴ LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 465-466.

¹²⁵ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 31-32.

¹²⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.135.

“o delinquente” como pessoa, revelando-se mais ou menos perigosa pelo delito praticado.¹²⁷

A despeito dessa distinção que contrapõe lógica abstrata e observação empírica, é sempre polêmica qualquer afirmação sobre a origem da criminologia, podendo-se, mesmo, afirmar estarem certos tanto aqueles que defendem o nascimento da criminologia no contexto iluminista, quanto os que afirmam a origem positivista.

Sobre esse ponto controvertido, bastante profícua é a reflexão de Juan Bustos Ramírez, para o qual localizar a gênese da criminologia é muito mais que uma questão historicista. De acordo com esse penalista e criminólogo, a opção por situar o nascimento da criminologia no contexto iluminista ou no positivista revela compreensões distintas acerca desse saber. Assim, o Iluminismo entende o problema social e criminológico como uma questão política, ou seja, ligada à concepção de Estado que se tenha ou a do Estado que exista, principalmente, quanto à sua estrutura jurídica, política e institucional, na qual se originam esses problemas sociais ou criminológicos. Logo, os que concebiam o mundo social como algo sujeito a transformações, a mudanças em suas estruturas defendem a gênese iluminista da sociologia e da criminologia, pois adotam uma postura crítica e utópica, pela qual se buscam essas reestruturações.¹²⁸

Nessa ótica, afirma-se que o positivismo vê os problemas sociais e criminológicos apenas como dados dentro de um contexto de um estado, em que aqueles buscam acomodar-se a esse, visando à eliminação dos fatores que os causam. Para o positivismo, o orgânico, o útil e o relativo aparecem como traços distintivos, assim se buscam a harmonização e a coerência do corpo social em sua totalidade, evitando a crítica ou qualquer outra reflexão, considerando-as irreal ou metafísica. Logo, os quem concebiam o mundo como algo dado, absoluto e perfeito, no qual apenas se deve buscar a organização e a eliminação do inconveniente, defendem a gênese positivista da sociologia e da criminologia, pois rechaçam

¹²⁷ FERRI, Enrico. **Principios de direito criminal** – o criminoso e o crime. Trad. de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 42-43.

¹²⁸ BERGALLI, R.; RAMIREZ, Juan Bustos.; MIRALLES, Teresa. **El pensamiento criminológico**. Vol. 1. Bogotá: Temis, 1983, p. 17.

qualquer crítica, qualquer utopia com a qual se busquem outros valores que não se esgotem no estado de coisas existentes, isto é, no real.¹²⁹

Não comportando este trabalho, maiores reflexões sobre essa controvérsia acerca do surgimento da criminologia, volta-se a reflexão para as percepções da criminologia positivista.

Mais uma vez, deve-se destacar que, ao se visitarem esses tópicos importantes da trajetória da criminologia, não se tem a mera pretensão de historiá-la, mas o objetivo preciso de demonstrar a constante variação do seu objeto estudo e, mais que isso, o papel desempenhado por cada teoria criminológica na construção das políticas criminais e das ideologias legitimadoras ou críticas do direito penal.

Como se pode depreender da anterior citação de Ferri, na perspectiva positivista, a criminologia buscou pautar-se no método científico das ciências naturais, isto é, na experimentação e na observação dos fatos. Desse modo, para os positivistas, a compreensão do crime, diferentemente do que propusera a escola clássica, não podia ter como pressuposto o comportamento criminoso de causa espontânea, decorrente de um ato de vontade livre. Por isso, os positivistas se impuseram a tarefa de buscar as causas do crime na condição biológica e psicológica do indivíduo criminoso, isto é, em sua natureza. No dizer de Juan Bustos Ramírez:

O positivismo fez a criminologia girar exclusivamente em torno do homem, tratando de distinguir um homem “normal” e um homem “anormal” ou “perigoso”. Dentro dele, uma tendência coloca a criminologia como uma atividade científica dirigida à investigação das causas biológicas, antropológicas, psiquiátricas e psicológicas do delito.¹³⁰

Dentro da escola positivista, resumidamente, destacar-se-ão: 1) a antropologia criminal do médico Lombroso, que em sua obra *o Homem Delinquente*, desenvolve a teoria do atavismo pela qual se identificam as causas do crime num determinismo biológico, revelado física e psiquicamente, decorrendo, portanto, a ato delitivo da “herança das velhas gerações e da espécie pré-humana”;¹³¹ 2) a sociologia criminal de Ferri, o qual, na obra *Criminologia*, parte dos pressupostos

¹²⁹ BERGALLI, R.; RAMIREZ, Juan Bustos.; MIRALLES, Teresa. **El pensamiento criminológico**. Vol. 1. Bogotá: Temis, 1983, p. 17-18.

¹³⁰ BERGALLI, R.; RAMIREZ, Juan Bustos.; MIRALLES, Teresa. **El pensamiento criminológico**. Vol. 1. Bogotá: Temis, 1983, p. 19.

¹³¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 92.

metodológicos de Lombroso para ampliar as causas do crime, associando-as também a fatores sociais e, na obra *Princípios do Direito Criminal*, estabelece a proposta político-criminal da defesa social;¹³² 3) o conceito de delito natural de Garofalo, a quem se atribui à fase jurídica, psicologicamente fundada, do positivismo, porque se preocupou em construir um conceito de delito.¹³³

Sobre essas ideias da escola positiva, impõe-se fazer algumas considerações.

Em que pese a rejeição aparentemente assente às ideias de Lombroso, desde a teoria pura do atavismo até o “aperfeiçoamento” que incluía a epilepsia e a loucura moral como as causas do comportamento criminoso, deve-se admitir a herança dessa teoria na ideologia do tratamento, que, conforme asseveram Jorge de Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade, “de modo algum se pode considerar definitivamente superada e cujos perigos estão longe de se poderem considerar neutralizados”.¹³⁴

Quanto às ideias de Ferri, o qual conforme já dito, complementa e amplia o pensamento lombrosiano, organizando as causas do delito em: antropológicas, físicas e sociais, deve-se destacar a instituição literal da ideologia da defesa social. Como se verifica na citação de Ferri sobre a escola positiva:

Afirmou a necessidade de restabelecer o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e os do Estado; [...] se a Idade Média tinha visto somente o delinquente e a escola clássica tão somente o homem, a realidade impunha ter em conta o homem delinquente, não desconhecendo no delinquente os direitos insuprimíveis do homem, mas não esquecendo nunca a insuprimível necessidade da defesa social contra o delinquente.¹³⁵

Logo, embora Ferri não aceite que o delito possa ser imputado como um ato de vontade, torna possível referi-lo ao comportamento de um sujeito, o que implica a necessidade de uma reação social contra o criminoso. No entanto, considerando os determinismos a que está sujeito o criminoso, na perspectiva positivista, a pena não

¹³² FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 97-100.

¹³³ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.108.

¹³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 18.

¹³⁵ FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal – o criminoso e o crime**. Trad. de Luiz de Lemos D’Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 43.

tem caráter de retribuição, mas justifica-se como meio de defesa social.¹³⁶ Tal defesa chega ao limite quando se defende ser a morte meio legítimo de eliminação do delinquente cuja anomalia psicológica permanente o torne incapaz para a vida em sociedade, como defendeu Garofalo.¹³⁷

Fica, pois, configurada a tese de que a criminalidade deve ser enfrentada, tendo em vista o criminoso ser alguém predestinado à prática do delito, potencialmente perigoso e anormal e que junto com seus iguais constitui uma minoria representante do mal e da qual a sociedade, composta por maioria de indivíduos decentes, que representam o bem, deve se defender.¹³⁸

Uma das contribuições mais dignificantes da escola positivista para a criminologia foi o esforço empreendido por Garofalo para elaborar um conceito natural de delito, isto é, um conceito além das fronteiras do direito penal, o que revelava uma busca da emancipação da criminologia em relação à ciência penal. Embora observe Baratta, que era do direito penal que essa criminologia tomava como empréstimo as definições da realidade que pretendia estudar.¹³⁹ De fato, os indivíduos que se tornavam objeto da investigação criminológica eram aqueles que já estavam sob as garras do sistema penal, eram aqueles que já haviam sido selecionados, conforme os filtros da raça e do estrato social, entre outros.¹⁴⁰

Segundo esse conceito natural, o delito era considerado como sendo:

uma lesão daquela parte do sentido moral, que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais (piedade e probidade) segundo o padrão médio em que se encontram as raças humanas superiores, cuja medida é necessária para a adaptação do indivíduo à sociedade.¹⁴¹

¹³⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 39.

¹³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 19.

¹³⁸ ANDRADE, Vera Regina P. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n.30, p. 24-36, junho 1995, p. 25.

¹³⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 40.

¹⁴⁰ Cf BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 40.

¹⁴¹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 61.

Assim, pretendia Garofalo ser esse conceito material e independente de toda variável, temporal, espacial ou legal. O delito é, pois, caracterizado como, pelos positivistas, um mal em si mesmo, isto é, como ontologicamente nocivo.

Segundo Pablos de Molina, outros autores positivistas complementaram esse conceito destacando a nocividade social da conduta ou a periculosidade do seu autor,¹⁴² o que, em verdade, vai confirmar o enfoque no criminoso, que caracteriza o pensamento dessa escola.

A despeito das insuficiências do modelo positivista, ele se afirma como fundamentado cientificamente, o que o legitima a instaurar o discurso da patologia criminal e da cura pelo sistema penal. Assim, os indivíduos que significassem periculosidade deviam ser ressocializados ou neutralizados. Nasce, dessa indicação, a crença na prevenção especial ou ressocialização e na possibilidade de verificação da reinserção social.

2.3 Ideologia da Defesa Social: convergências entre clássicos e positivistas.

Malgrado partirem de fundamentos distintos, como se demonstrou, em regra, tanto os teóricos da escola clássica como os positivistas fundamentam a necessidade da pena como meio de defesa social contra aqueles que, por livre vontade ou por um determinismo bioantropológico ou sociológico, contrariam os interesses supostamente comuns a todos os cidadãos.

A ideologia da defesa social, construída com fundamento no contrato social, tem como principais premissas: a legitimidade do Estado para reprimir a criminalidade, o qual é a própria expressão da vontade coletiva, o instrumento para externalização dessa vontade; a igualdade de todos perante a lei penal, que seria a expressão da vontade geral, sendo a reação penal aos atos contrários a essa vontade aplicada a todos igualmente; a culpabilidade, que se constitui no comportamento reprovável, porque contraria às normas instituídas pela própria coletividade; e a distinção entre o bem e o mal, pois sendo o delito um ato contrário à vontade da sociedade, que se organizou para viver harmonicamente visando ao

¹⁴² GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200, p. 61.

bem comum, ele é sempre disfuncional e nocivo, devendo, portanto, ser reprimido.
143

Assim, constitui-se a visão maniqueísta para a qual o bem e o mal são facilmente distintos e para a qual há um modelo consensual de sociedade, visto como uma expressão do interesse geral, no qual o direito penal é o meio da sociedade fixar essa distinção, não havendo, pois, razão para qualquer problematização dessa norma.¹⁴⁴ Assim, fundamentou-se e fundamenta-se ainda a construção de mitos e ideologias sobre os quais se busca justificar o direito estatal de punir.

Essas premissas sobre as quais se assentou, sem sobressalto, a ideologia da defesa social começaram a sofrer abalos com a virada sociológica da criminologia, isto é, quando o saber criminológico deixa de se focar nos aspectos biopsicológicos do delinquente para se focar nos aspectos sociais da delinquência. No entanto, essa ideologia recebeu seu mais duro golpe com a criminologia crítica, que deslocou o foco do estudo da criminalidade centrado no autor do delito para todo o sistema da reação ao desvio.¹⁴⁵

2.4 A Virada Sociológica da Criminologia: o começo do fim da ideologia da defesa social?

Para este trabalho, é, sobretudo, na mudança paradigmática realizada pela sociologia criminal em relação ao modelo positivista de fundamentação bioantropológica, que se podem encontrar contribuições mais evidentes para a reflexão sobre o objeto ora em estudo.

Destaque-se, como um marco da influência sociológica, a adoção do termo “conduta desviada” ou “desvio” para se referir ao comportamento delitivo, o que sinaliza para a negação do princípio do bem e do mal, pois enfatiza a qualificação da conduta a partir das expectativas sociais. Considera-se, pois, desviada a conduta

¹⁴³ Cf BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 42.

¹⁴⁴ ANDRADE, Vera Regina P. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n.30, p. 24-36, junho 1995, p. 26.

¹⁴⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 49.

apenas porque se afastou dos padrões e modelos desejados socialmente e não porque, na essência, seja um mal.¹⁴⁶

2.4.1 Teorias Estrutural-funcionalistas: a anomia como causa do comportamento desviado.

2.4.1.1 Crime: um fenômeno social normal e funcional.

O marco da virada sociológica se dá com a contestação por Durkheim da visão dicotômica entre o bem e o mal, quando trata da criminalidade como fato social. Defendendo a tese da normalidade e da funcionalidade do crime para a sociedade, o sociólogo francês provoca uma revisão da criminologia centrada nos aspectos bioantropológicos e psicológicos do delinquente, ao tratar da criminalidade numa perspectiva macrossociológica. Ponto de partida e de destaque dessa virada, a teoria durkheimiana, construída no final do século XIX, continua sendo referência para a criminologia contemporânea.¹⁴⁷

Para esse sociólogo, a constatação de que o crime existe em todos os grupos humanos impõe a superação de sua percepção como um fato social patológico. Acerca da criminalidade, afirmou:

Não há, portanto, fenômeno que apresente de maneira mais irrefutável todos os sintomas de normalidade, dado que aparece como estreitamente ligado às condições de qualquer vida coletiva. Transformar o crime numa doença social seria admitir que a doença não é uma coisa acidental, mas que, pelo contrário, deriva em certos casos, da constituição fundamental do ser vivo; seria eliminar qualquer distinção entre o fisiológico e patológico.¹⁴⁸

Destaque-se, no entanto, que Durkheim admite que a criminalidade possa atingir formas anormais, no caso, por exemplo de taxa exagerada, quando o excesso caracterizaria a morbidez. Também é importante frisar que mesmo admitindo a normalidade e até a funcionalidade do crime como fato social, esse autor não o isenta de um desvalor como conduta individual. Observe-se:

Classificar o crime entre os fenômenos da sociologia normal, não é só dizer que é um fenômeno inevitável, ainda que lastimável, devido, à incorrigível

¹⁴⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 61.

¹⁴⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 23.

¹⁴⁸ DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 83.

maldade dos homens; é afirmar que é um fator da saúde pública, uma parte integrante de qualquer sociedade sã.¹⁴⁹

Há leituras desatentas sobre esse autor que sugerem que ele negue qualquer desvalor a conduta delitiva. Inferir isso da obra de Durkheim constitui-se num grande equívoco, pois o atributo da normalidade e da funcionalidade que ele vê na criminalidade está no fato social, não no humano.

Essa constatação é verificada, sobretudo, no fato de que ele vê no delito — cuja causa, no seu entender, é anomia, isto é, um vazio normativo — uma oportunidade para que o grupo social reaja, reafirmando os valores e sentimentos protegidos pela norma penal, assim, a força da reação numa intensidade superior a que fora aplicada anteriormente seria uma forma estratégica de incutir nas consciências ainda resistentes à norma a importância de observá-la, realizando assim um preenchimento do mencionado vazio.

Na obra *O Suicídio*, em que investiga as causas de alguém pôr fim à própria vida e apresenta uma explicação para a rejeição social ao ato — a qual se fundamenta na contrariedade do suicídio aos interesses gerais do gênero humano, negando a “religião” da humanidade —¹⁵⁰ Durkheim esclarece de que modo considera o crime funcional: “Simplesmente, só com a condição de ser reprovado e reprimido”.¹⁵¹ E a fim de retirar qualquer dúvida sobre seu posicionamento quanto ao crime, afirma:

Julgou-se erroneamente que o simples fato de o catalogar entre os fenômenos da sociologia normal implicava a absolvição. Se é normal que haja crimes, é igualmente normal que lhes seja imposta alguma punição. A punição e o crime constituem os dois elementos de um par inseparável. Nenhum deles pode faltar.¹⁵²

Zaffaroni afirma constatar uma ingenuidade de Durkheim, mas reconhece o valor da teoria por ser a primeira formulação moderna de uma teoria macrossociológica do delito, permitindo assim a inclusão da reação social na análise criminológica.¹⁵³ A ingenuidade aludida, embora não explicitada, certamente, refere-se à não-percepção por Durkheim a ideologia do consenso, segundo a qual as

¹⁴⁹ DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 83.

¹⁵⁰ DURKHEIM, Émile. **O suicídio**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 369.

¹⁵¹ DURKHEIM, Émile. **O suicídio**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 399.

¹⁵² DURKHEIM, Émile. **O suicídio**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 399.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 269.

normas penais refletem sempre o interesse de toda uma sociedade, o que o faz desconsiderar da seletividade, operada na criminalização das condutas.

Julga-se necessário fazer aqui um breve registro de uma percepção acerca das ideias de Durkheim que não se costuma encontrar na literatura da criminologia ou da sociologia criminal. Normalmente, destacada, por sua contribuição na mudança do enfoque criminológico e, algumas vezes, pela inocência a que se refere Zaffaroni, a teoria durkheimiana nunca é claramente apontada por seu inegável potencial justificante da ação sem limites do sistema penal, nem por seu estímulo ao uso do direito penal como meio de difundir valores e regras morais, como se pode depreender, sem grandes esforços, de suas palavras acima citadas. Ressalte-se, ainda, que a funcionalidade do crime, em verdade, pode ser interpretada como a funcionalidade da pena, pois é na reprovação e na repressão que esse sociólogo vê um fortalecimento do sentimento coletivo. Assim, deve-se reconhecer que esse sociólogo, ao mesmo tempo em que aponta para uma compreensão macrossociológica do delito, reforça a ideologia da defesa social. Mesmo não conscientemente, Durkheim fundamenta o uso do direito penal simbólico, uma vez que defende o seu uso, com o fim de fomentar valores e ideologias, conforme foi fartamente discutido no capítulo anterior, sendo essa razão por que se inicia esta seção com indagação e não com uma afirmação, pois, apenas quanto à metodologia de estudo, vê-se aqui um avanço, porque, em verdade, Durkheim reforça as ideologias predominantes no contexto em que estava inserido.

Sintetizando, a teoria da anomia, esse autor, explica que a conduta irregular é algo que não se pode eliminar da sociedade, que é regrada, mas cujos fenômenos cotidianos, inclusive os estruturais, acarretam eventuais comportamentos irregulares decorrentes da anomia, isto é, da perda da efetividade da norma, pela não internalização dela.¹⁵⁴ Essa anomia, presente inclusive no ato do suicídio, seria decorrente do acelerado desenvolvimento econômico e das alterações sociais que debilitariam, em indivíduos mais egoístas, a consciência coletiva gerando o desvio. Tal fato, embora nocivo, seria funcional, pois permitiria que a sociedade reagisse diante do diagnóstico da anomia, provocando um progresso através do reforço das normas morais, o qual é propiciado pelo castigo ao comportamento desviante.

¹⁵⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 262.

Destaque-se que a análise macrossociológica durkheimiana em nada se refere às questões que serão postas pelas teorias criminológicas de perfil marxistas. Ao contrário, para ele é o excesso de oportunidade, igualmente distribuído, que causaria uma miséria moral.¹⁵⁵

Essa teoria da anomia foi ampliada por outros autores, inclusive, em domínios diferentes da sociologia, como Malinowski, que, na observação antropológico-cultural, concluiu que a conduta irregular ou desviante não é privativa das sociedades que vivenciam grandes processos de desenvolvimento. As sociedades primitivas, inclusive em situações de normalidade, também apresentariam condutas desviantes aos valores majoritários. Nessa perspectiva antropológica, além das estruturas sociais a cultura também deve ser considerada como fator do desvio.¹⁵⁶

2.4.1.2 Desvio Inovador: desproporção entre fins culturais e meios institucionais como causa do desvio.

Nos Estados Unidos, essa teoria encontrou na sociologia criminal de Robert Merton uma reelaboração, tornando-a adequada à explicação mais precisa das causas da criminalidade. Para Merton a anomia não é apenas decorrente de um desmoronamento moral, ocasionado por situações sociais de grandes mudanças ou de desenvolvimento avassalador. Ela seria o sintoma de uma discordância entre as expectativas culturais existentes e os caminhos oferecidos socialmente para satisfação dessas expectativas.

Assim, o desvio é reportado para uma possível contradição entre a estrutura social e a cultura.¹⁵⁷ Explique-se. A cultura, entendida como o conjunto de valores compartilhados pela sociedade, estabelece metas a serem perseguidas por todos os indivíduos para alcançar o bem-estar. Já a estrutura social, estabelecida em relações sociais desiguais, coloca os indivíduos em situações desiguais, não oferecendo os mesmos caminhos e as mesmas oportunidades para realização dessas metas culturais estabelecidas para todos. Assim, aqueles a quem a sociedade desfavorece, não dando as mesmas condições legais de realização das

¹⁵⁵ Cf. DURKHEIM, Émile. **O suicídio**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 425.

¹⁵⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: uma introdução aos seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 263.

¹⁵⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 63.

metas culturais seriam pressionados ao cometimento de condutas ilegais para ascender e alcançar as metas cobiçadas.¹⁵⁸ No entanto, a desigualdade de oportunidades não seria determinante, mas estimulante para a criminalidade, tendo em vista que, diante dela, identificam-se comportamentos desviantes ou inovadores,¹⁵⁹ mas também conformistas.

Logo, é da incompatibilidade ou desproporção entre os fins culturais e os meios institucionais de concretização desses fins que surgiria o comportamento delitivo. Merton, embora se utilize da ideia da anomia, opõe-se a Durkheim porque considera o papel da estrutura social não apenas repressivo, mas também estimulante do comportamento desviado.¹⁶⁰

A teoria mertoniana tem grande influência do contexto em que foi construída, sendo baseada na crítica do sonho americano, ou no *american dream*, pelo qual os Estados Unidos seriam a sociedade do bem-estar social e da igualdade de oportunidades.¹⁶¹

Apesar de se manter persistente em focar os estratos sociais inferiores e a delinquência inovadora, Merton abre-se às pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco e às teorias da subculturas criminais, consideradas por ele como integradoras ou complementadoras de sua formulação teórica.¹⁶²

Em verdade, as análises das cifras negras realizadas por Edwin H. Sutherland no ensaio intitulado *White-Collar Criminality*, publicado em 1940 na *American Sociological Review*, puseram em questão a teoria funcionalista de Merton, pois a base de sua teoria: discrepância entre fins culturais e meios institucionais, era de imediato relativizada pela exposição acerca da criminalidade praticada por pessoas ocupantes de posições sociais de prestígio, em tese, não sujeitas à tensão

¹⁵⁸ Cf. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: uma introdução aos seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 263.

¹⁵⁹ Na tensão entre os fins culturais e os meios institucionais, Merton identifica cinco modelos de comportamento individual: conformistas, que respondem positivamente a tensão, equilibrando-se entre os fins culturais e os meios institucionais, sendo a maioria; inovadores, que aderem aos fins culturais, mas não respeitam os meios institucionais, caracterizando o comportamento criminoso típico; ritualistas, que respeitam formalmente os meios institucionais, mas não perseguem os fins culturais; apáticos, que negam tanto os fins culturais, como os meios institucionais; rebeldes, que não apenas negam os fins culturais, mas defendem alternativas a eles e aos meios institucionais. Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 64.

¹⁶⁰ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 62.

¹⁶¹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: uma introdução aos seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 263.

¹⁶² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 65.

resultante da mencionada discrepância. No entanto, Merton harmonizou essas análises da criminalidade econômica com a sua teoria, afirmando serem tais análises um reforço a tese do desvio inovador. Na ótica dele, os homens de negócio que praticavam a criminalidade econômica apresentavam o mesmo comportamento inovador das pessoas oriundas dos estratos menos abastados, pois haviam aderido ao fim cultural do sucesso econômico, próprio da sociedade americana, mas não respeitavam os limites dos meios legais para alcançarem esse fim.¹⁶³

Essa harmonização realizada por Merton, certamente, não foi e não é suficiente para blindar sua teoria, que foi questionada, entre outras razões, por não explicar o porquê de, havendo a pressão anômica da desviação nas classes mais desfavorecidas, somente alguns poucos reagirem com o comportamento inovador ou desviante, permanecendo a maioria na conformação, quando se esperaria o inverso.¹⁶⁴ Essa crítica certamente abre espaço para a complementação, indicada por alguns, da teoria funcionalista pelas teorias das subculturas, tratadas na próxima seção.

Para Baratta, ou mesmo para a criminologia crítica, a teoria mertoniana apresenta duas evidentes fragilidades. A primeira decorre da mencionada tentativa de integrar a criminalidade de colarinho branco ao desvio inovador, pois, ao fazer isso, Merton não expõe a importância da estrutura capitalista, na qual uma parte do sistema produtivo legal se alimentaria de lucros de atividade delituosa, antes acentua o elemento subjetivo, ou seja, a falta da internalização das normas pelo indivíduo, sem perceber o nexos funcional objetivo: a estrutura própria da circulação de capital. A segunda decorrente da primeira reside no fato de que Merton não teria conseguido integrar a criminalidade de colarinho branco ao seu modelo explicativo, restando, pois, sua teoria limitada à explicação da criminalidade das camadas mais baixas.¹⁶⁵

Decerto, o viés do marxista não está presente na teoria da anomia, daí a causa de, ideologicamente, ser considerada uma teoria estabilizadora pela criminologia crítica, pois apenas reforçaria a ideia de que o comportamento

¹⁶³ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 66.

¹⁶⁴ MUNOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78.

¹⁶⁵ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 66-67.

criminoso é próprio das classes pobres, legitimando cientificamente o recrutamento dos criminosos nessas classes.¹⁶⁶ Não se pode mesmo negar que essa teoria possa ser usada para legitimar a seletividade dos processos de criminalização, sobretudo, na criminalização secundária, sobre os quais se fala adiante. Porém, é necessário destacar a sua grande contribuição à superação dos limites dos modelos explicativos de fundamentação bioantropológicas e de socialização. A partir dessas teorias estrutural-funcionalistas, a compreensão do comportamento delitivo deixa de se focar no indivíduo por si só ou nas pessoas diretamente responsáveis pela sua socialização, o que caracterizaria uma microcriminologia,¹⁶⁷ passando a focar as estruturas socioculturais de que o delinquente ou desviante é produto, caminhando assim para uma macrocriminologia.¹⁶⁸ Logo, dentre todas as teorias sociológicas aqui abordadas, essa é a que mais se distancia do modelo positivista de explicação do crime.¹⁶⁹

O valor dessas teorias estrutural-funcionalistas, compreendidas no conjunto como teoria da anomia, é reconhecido, em menor ou maior grau, por toda criminologia contemporânea, sendo considerada uma das mais prestigiadas teorias explicativas, tanto no domínio da criminologia como da sociologia.¹⁷⁰

Entre as teorias estruturais funcionalistas, alguns autores englobam ainda a teoria da desigualdade de oportunidades de Richard A. Cloward e a tese da resignação social de Hyman e Mirzuchi, as quais se deixa aqui de abordar por duas razões: primeiro porque se excederia aos limites propostos para o trabalho; segundo, e principalmente, porque com essas teorias pouco se acrescenta às reflexões mertonianas. Em verdade, mais a complementam, corrigindo-a, por exemplo, para atender a crítica ao fato de Merton não explicar o maior comportamento conformista entre os pressionados pela desproporção entre fins culturais e meios institucionais. Não há dúvidas de que, em todas as suas vertentes norte-americanas, a teoria da anomia centra-se no desajuste entre metas culturais e

¹⁶⁶ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 67.

¹⁶⁷ Muñoz Conde e Hassemmer usam as expressões *microcriminologia* e *macrocriminologia* para designarem, respectivamente: os estudos da criminalidade focados no autor, quer individualmente, quer socialmente; os estudos da criminalidade com ênfase nos aspectos estruturais da sociedade.

¹⁶⁸ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 75.

¹⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 315.

¹⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 313.

os meios legítimos de realizá-las,¹⁷¹ numa evidente demonstração da influência do modelo socioeconômico nos modelos teóricos, o que justifica ainda mais a opção de não tratar diretamente de todos eles.

2.4.2 Teoria das Subculturas Criminais: o desvio como resultado da obediência a um código moral.

Antes de se abordar essa teoria, é importante destacar que a ordem da exposição das teorias neste capítulo não obedece a uma sequência cronológica, a teoria funcionalista na perspectiva mertoniana, por exemplo, não antecede a teoria das subculturas, como se poderia imaginar pela disposição feita neste trabalho. Em verdade, a opção em abordar as teorias funcionalistas primeiro, deve-se, principalmente, ao caráter mais ruptor daquelas em relação ao modelo explicativo então vigente centrado no autor do delito, pois as teorias da criminalidade baseadas nos processos de socialização, embora superem as explicações biantropológicas, como se poderá verificar, continuam presas ao delinquente, cujo comportamento desviante passa a ser explicado pelas deficiências de sua socialização.

A denominação da teoria das subculturas, que a exemplo da teoria da anomia também possui vários matizes, pressupõe uma delimitação do sentido da palavra cultura e de seu papel na vida social. Assume-se aqui uma orientação de ordem sociológica pela qual a cultura é considerada como o complexo conjunto de conhecimentos, crenças, artes, moral, leis e costumes que encaminham o comportamento social.¹⁷² Assim, o papel fundamental da cultura é fornecer regras para a ação social, sem as quais os seres humanos não podem compreender um ao outro.¹⁷³ Por conseguinte, pode-se afirmar que subcultura é um padrão de regras ou valores normativos opostos ao complexo conjunto da cultura dominante, a qual é evidentemente pressuposto da existência de uma subcultura.

Deve-se destacar que essa teoria de explicação do desvio, assim como todas as que fundamentam a desviação nos problemas de socialização, como a teoria dos

¹⁷¹ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84.

¹⁷² Cf. VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à Sociologia**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2004, p.53.

¹⁷³ OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do Século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996, p. 163.

contatos diferenciais ou da aprendizagem, têm como antecedente histórico a Escola de Chicago, cuja importância, sobretudo, histórica a torna digna de nota.

Essa escola se caracteriza como o movimento intelectual norte-americano, que foi responsável pela primeira das teorias sociológicas do crime.¹⁷⁴ Seus estudos são englobados também pelas denominações *teoria ecológica ou teoria da desorganização social*; porém a expressão Escola de Chicago é mais esclarecedora, porque indica tanto o local em que tais ideias foram elaboradas, a Universidade de Chicago, como o campo de observação, qual seja: a vida urbana de Chicago.¹⁷⁵ Considerada o berço da moderna sociologia americana¹⁷⁶, essa escola apresentou explicações para a criminalidade a partir da vida social, baseada sobretudo na ideia do interacionismo simbólico, sobre o qual se fala adiante.

Em regra, o modelo explicativo das subculturas não é considerado uma contradição à teoria da anomia, mas ao revés, compatível com esta, ou mesmo, complementar desta. Enquanto a teoria da anomia se centra no vínculo funcional do comportamento desviante com a estrutura social, a teoria da subcultura estuda o modo como o delinquente, em especial o jovem, vai acolher o comportamento desviante.

Para evidenciar essa compatibilidade entre as duas teorias, de um modo bastante simplificado, atreve-se aqui a afirmar que anomia pode ser considerada como a razão pela qual as subculturas são formadas, porém uma vez formadas estas subculturas teriam seus próprios conjuntos de normas. Logo, o desvio não teria como causa imediata a anomia ou a ausência de regra, mas ao contrário seria um comportamento de acordo com a regra, não aquela estabelecida pela cultura dominante, mas aquela construída conforme o padrão decorrente de sua incapacidade de adequar-se aos *standards* da cultura oficial.¹⁷⁷

Para os teóricos das subculturas, cujas pesquisas iniciais basearam-se na delinquência praticada por jovens integrantes das gangs,¹⁷⁸ a conduta do

¹⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 268.

¹⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 268.

¹⁷⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 258.

¹⁷⁷ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 73.

¹⁷⁸ Embora a teoria de Albert Cohen tenha se centrado na delinquência juvenil, é importante frisar que mais que uma teoria dessa delinquência essa é uma teoria das subculturas não só aplicada

delinquente é correta tendo em vista o padrão da subcultura em que ele se insere e é incorreta na perspectiva das normas da cultura dominante.

Em outras palavras, para a teoria das subculturas, o crime ou desvio é um comportamento resultante da obediência a um código moral que torna a delinquência imperativa. Tal qual o comportamento conforme a lei, o desvio obedece também a um conjunto de valores e crenças, que são construídos à margem da cultura que orienta a construção legislativa.¹⁷⁹

Assim, a subcultura assume uma função de legitimação da criminalidade, os delinquentes estão em um grupo aproximado cultural e normativamente, o qual se distancia das classes médias e superiores e, conseqüentemente, de seus códigos de conduta, cujo significado para esses delinquentes torna-se o de mera negação.

180

É inegável que essa teoria tem o valor de pôr em evidência que os valores protegidos pelo sistema penal não correspondem aos valores de determinados grupos sociais, o que de certo modo põe em xeque a ideia de um consenso. No dizer de Baratta essa teoria, mais que a da anomia, contrapõe-se à ideologia tradicional do mínimo ético dirigido a garantir as condições fundamentais da vida em sociedade.¹⁸¹

Deve-se destacar também que o princípio da culpabilidade, integrante da ideologia da defesa social e pelo qual se reprova a atitude interior de agir em desconformidade com a regra os valores e normas da sociedade, é duramente atingido por essa teoria, que compreende que o comportamento desviante não é contrário à norma que orienta o grupo ao qual o desviante pertence, mas uma norma que lhe é alheia. Logo, tanto o princípio da culpabilidade como a responsabilidade individual tornam-se relativizados, pois o peso da escolha individual é, nessa compreensão, quase inexistente.¹⁸²

ao desvios cometidos por jovens. Cf DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 294.

¹⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 291.

¹⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminología**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63.

¹⁸¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 76.

¹⁸² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 73.

Apesar de relativizar a ideia do consenso, a teoria das subculturas, tal qual a da anomia, não desperta para a crítica o papel das relações sociais e econômicas nos mecanismos de criminalização, seletividade e estigmatização, antes reafirmam a correlação entre criminalidade e estratos sociais mais baixos, reforçando a necessidade da ação repressiva nesses estratos. Ambas as teorias, pois, constataam a influência das estruturas sociais na criminalidade, mas apenas se limitam a explicar essa influência, sem questionarem a dimensão política dos processos de criminalização.¹⁸³

2.4.3 Teoria do Vínculo Social ou do Controle: o rompimento do vínculo social como causa do desvio.

De caráter psicossociológico, essa teoria é aqui estudada, tendo em vista o fato de adotar uma metodologia e uma linguagem essencialmente sociológica. Além disso, mais adiante é mencionada uma teoria criminológica eclética denominada *Vergonha Reintegrativa*, que inclui elementos da teoria do controle. Embora essa teoria eclética não seja o marco criminológico desse trabalho, é digna de breve abordagem, porque é fundamento da justiça restaurativa, para um de seus principais teóricos.

Para essa teoria, elaborada por Travis Hirschi, os atos delinquentes ou desvios tendem a ocorrer quando o vínculo social do indivíduo com a sociedade for enfraquecido ou rompido.¹⁸⁴ Tendo em vista que esse vínculo traduz um equilíbrio entre elementos psicológicos e sociológicos, recebe a teoria a classificação de psicossocial.¹⁸⁵

Toda a elaboração desse modelo teórico está centrada na crítica à teoria da anomia mertoniana e à teoria das subculturas. Quanto à primeira, opõe-se ao limite explicativo, porque apenas alcançaria os crimes cometidos pelas classes mais desfavorecidas, esquecendo-se da ubiquidade que é inerente ao desvio ou delito. Quanto à segunda, destaca que o desvio só pode ter sentido na respectiva cultura

¹⁸³ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 81-82.

¹⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 222.

¹⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 223.

com cujas expectativas rompe, assim, se o desviante adere a um outro conjunto de valores, como argumenta a teoria das subculturas, não há nada a ser explicado. O problema, para essa teoria, somente existe quando o homem viola uma norma em que acredita, logo só há a condição de desviante, quando o homem acredita nas normas, mesmo quando as viola.¹⁸⁶

O vínculo social, segundo essa teoria, é analisado a partir de quatro elementos: *attachment*, *commitment*, *involvement* e *belief*, cujas traduções seriam: simpatia, empenho, envolvimento e crença. Logo, constatar-se-ia o mencionado vínculo social quando presentes os quatro componentes que, embora autônomos, tenderiam à interrelação.¹⁸⁷

Sendo de viés psicológico, essa teoria apresenta uma política criminal dirigida ao indivíduo, qual seja: o tratamento. Porém, na perspectiva deste trabalho, em especial, da justiça restaurativa, interessa a proposta político criminal que essa teoria dirige às instâncias de controle em geral, pela qual se estabelece que essas instâncias devem se esforçar para parecer mais atraente e respeitável a ordem convencional.¹⁸⁸

2.4.4 Teoria da Aprendizagem: contatos como determinantes do comportamento delinquente.

Essa teoria, em suas diversas vertentes, tem como fundamento que o comportamento criminoso é aprendido, logo cometer delitos, ou não, depende dos processos interativos vivenciados pelo indivíduo, por isso essa tese sobre o comportamento criminoso é também denominada teoria dos contatos diferenciais. Compreendida, por alguns como complementar a teoria das subculturas, tem como principal teórico Edwin H. Sutherland¹⁸⁹, que, a partir das pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco, sinalizou para os limites da teoria das subculturas, como já mencionado.

¹⁸⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 223-224.

¹⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 224.

¹⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 227.

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminología**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60.

De modo sintético, as teses criminológicas da aprendizagem afirmam que não se herda o comportamento delinquent, porque ele é aprendido a partir de relações favoráveis à desviação, tornando-se a pessoa desviada conforme a frequência e a intensidade da reação emocional envolvidas nos contatos sociais em que possam aprender a praticar crimes. Destaque-se, ainda, que para essa teoria os objetivos que guiam a pratica do desvio são semelhantes aos que conduzem a não delitiva¹⁹⁰, logo o que varia são os meios aprendidos para a execução desses fins.

As críticas apresentadas à teoria são basicamente as mesmas dirigidas à das subculturas, não sendo, pois necessário abordá-las.

2.5 Labeling Approach: a compreensão do desvio a partir da reação do social.

A reflexão empreendida neste capítulo — reafirma-se — visa percorrer os caminhos traçados pela criminologia até alcançar o atual estágio de compreensão da criminalidade, inclusive, da criminalidade que tem como vítima a mulher. A despeito de serem relevantes todas as teorias aqui estudadas, não se pode olvidar que nessa trajetória alguns tópicos são dignos de maior destaque e, dentre eles, é notadamente importante o enfoque do etiquetamento ou *labeling approach*. Assim, como a teoria da anomia de Durkheim foi destacada como uma virada no pensamento criminológico, porque superou o enfoque no autor do delito ou desvio, passando a focar a estrutura social considerada defeituosa como causa do desvio, o *labelling approach* também representa uma grande ruptura, pois, se até então, quer com enfoque no autor, quer nas estruturas sociais, o objetivo da criminologia era circunscrito à etiologia, isto é, era voltado exclusivamente para a compreensão das causas do crime, com o enfoque sociológico do etiquetamento, a compreensão se volta também para a reação social.¹⁹¹

Em outras palavras, para a teoria do etiquetamento¹⁹² ou definicionista, diferentemente de todas as teorias que a antecederam, mais que as causas da

¹⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminología**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

¹⁹¹ LARRAURI, Elena. **La Herencia de la criminología crítica**. 1. ed. Madrid: Siglo XXI, 1991, p. 28.

¹⁹² Alguns autores afirmam não se tratar de uma teoria do comportamento delitivo, mas apenas uma mudança do enfoque, pelo qual se busca a importância da reação para a construção do conceito de criminoso.

criminalidade interessa o processo de criminalização, ou seja, o caminho percorrido para que uma pessoa possa ser considerada ou etiquetada como criminosa.¹⁹³

Essa teoria fundamenta-se, principalmente,¹⁹⁴ no interacionismo simbólico, linha de pensamento sociológico que concebe um indivíduo numa relação de *inter - ação* com o meio. Nesse modo de compreensão, o indivíduo é ativo frente ao ambiente, que é modelável pelo mesmo indivíduo, mas este também é flexível para adaptar-se ao ambiente, constituindo-se, pois, uma relação de mútua influência.¹⁹⁵

Logo, a atuação de um indivíduo não pode ser analisada objetivamente, pois para se entender a ação, é necessário compreender as condições sociais em que se atua, uma vez que essa atuação ocorre em razão da situação e de como se interpreta essa situação.¹⁹⁶

Essa linha de pensamento, também produto da Escola de Chicago, sobre a qual já se falou, defende que não se pode compreender a criminalidade sem estudar o sistema penal, que a define e reage contra ela; desde a definição abstrata do delito pelo direito penal até a ação das instâncias oficiais que aplicam essas normas penais, uma vez que o *status* de criminoso é decorrente da atuação dessas instâncias.¹⁹⁷

Assim, perguntas que orientam a investigação criminológica na perspectiva do *labeling* são: “quem é definido como desviante? que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo? em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição? E, enfim, quem define quem?”¹⁹⁸

Ao propor perguntas como essas o *labeling approach* supera o paradigma etiológico tradicional, pois busca sinalizar para o fato de que o crime não é ontológico, como um objeto físico, mas resultado de um processo de interação social

¹⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminología**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 20.

¹⁹⁴ Também a etnometodologia integra o horizonte sociológico em que o *labeling approach* se situa. Essa linha de pensamento sociológico investiga o modo como o conhecimento é produzido pelo senso comum, enfatizando o caráter ativo e racional da conduta humana. **Dicionário do pensamento social do Século XX** / editado por William Outhwaite, Tom Bottomore; com a consultoria de Ernest Gellner, Robert Nisbet, Alain Touraine; editoria da versão brasileira, Renato Lessa, Wanderley Guilherme dos Santos; tradução de Eduardo Francisco Alves, Álvaro Carbral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996, p. 284-285.

¹⁹⁵ RAMIREZ, Juan Bustos. Criminología y evolución de las ideas sociales. In: **El pensamiento criminológico**. Vol. 1, pp. 27-48. Bogotá: Temis, 1983, p. 40.

¹⁹⁶ LARRAURI, Elena. **La Herencia de la criminología crítica**. 1. ed. Madrid: Siglo XXI, 1991, p. 25.

¹⁹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 86.

¹⁹⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 88.

que define e seleciona as condutas que serão etiquetadas como tal. E é esse processo que passa a interessar à investigação. Logo, é a criminalização, e não a criminalidade e o criminoso, que se torna foco de estudo nessa teoria, o que implica não mais se centrar na investigação dos motivos pelos quais as pessoas cometem crimes, mas sim os motivos por que algumas pessoas recebem o rótulo de criminoso.

A compreensão mais apurada do *labeling* pressupõe a distinção entre a delinquência primária e secundária, pois esse enfoque evidencia, sobretudo, como a punição ou a reação a um primeiro comportamento desviante gera uma mudança na identidade do “etiquetado”, que se sente impulsionado a cumprir o papel de criminoso, que a reação social lhe atribuiu.¹⁹⁹

Essas são, pois, as primeiras compreensões apresentadas pelos teóricos do *labeling*, dentre os quais se destacam os norte-americanos Howard Becker e Lemert, a elas, no entanto, acresceram-se outras,²⁰⁰ decorrentes, das pesquisas sobre a criminalidade de colarinho branco, empreendidas também nos Estados Unidos, sobretudo, por Sutherland. Essas outras investigações revelavam grande discrepância entre as estatísticas oficiais da criminalidade e a criminalidade oculta, sobretudo, entre as pessoas em posições sociais de prestígio,²⁰¹ provocando os teóricos do *labeling* a fazerem também uma correção no conceito de criminalidade.

As cifras negras, isto é, a diferença quantitativa entre volume da criminalidade real e a criminalidade que integra as estatísticas oficiais, impuseram corrigir a concepção do senso comum de que a criminalidade é um comportamento próprio de uma minoria integrante de estratos sociais inferiores, concepção essa, própria da ideologia da defesa social²⁰² e que fora até então, de certo modo, ratificada pelas teorias sociológicas.

¹⁹⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 89.

²⁰⁰ Dentre essas compreensões, destaca-se a decorrente da analogia feita por Fritz Sack, na Alemanha, o qual compara a distinção entre a criminalidade oculta e oficial com a distinção estabelecida na linguística por Ferdinand Saussure entre *langue* e *parole* e também com distinção estabelecida Chomski entre gramática tradicional e gramática gerativa, ambas distinções consideradas fundamentais para a superação da ideia de língua uniforme e do estudo normativista da linguagem.

²⁰¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 65.

²⁰² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.103.

Ora, se cometendo as mesmas ações, uns são apanhados e, conseqüentemente, etiquetados como criminosos, enquanto outros não recebem qualquer rótulo, nem integram as estatísticas da criminalidade, uma conclusão se torna possível: o desvio ou delito não é qualidade intrínseca do ato realizado, mas uma consequência da aplicação das regras e das normas contra o autor. O criminoso, por sua vez, é aquele definido como tal.²⁰³

Sob essa ótica, o processo de criminalização seria orientado por mecanismos de seleção e de discriminação operados por aqueles a quem se concede o poder e controle do sistema penal: policiais, promotores e juízes, que seriam os verdadeiros produtores da criminalidade, tendo em vista que ela se constituiria no mero processo de etiquetamento.²⁰⁴

Há quase uma unanimidade quanto à contribuição dessa teoria à superação da ideia de que delinquentes ou desviantes formem uma categoria humana diferenciada, determinada por fatores bioantropológicos, psicológicos ou mesmo de socialização. De fato, é incontestável a afirmação de que a tutela penal seja influenciada por razões de ordem econômica, social e ideológicas. A atividade legislativa está sujeita a toda ordem de pressão, acordos, pactos, concessões mútuas etc. Também polícia, ministério público e tribunais atuam dentro de um contexto político, econômico e social, do qual não conseguem se desvencilhar,²⁰⁵ logo suas ações, como bem explica o próprio interacionismo simbólico, sofrem influência desse contexto.

Do ponto de vista da ideologia da defesa social, com essa teoria fica bastante fragilizado o princípio da igualdade, pelo qual a lei penal é igual para todos, pois o reconhecimento da multirreferida seletividade sinaliza, inversamente, para uma desigualdade, que será amplamente destacada pela criminologia crítica.

As críticas ao *labeling approach*, diferentemente de sua mencionada contribuição, não têm um caráter homogêneo, antes são muitas e também variadas quanto ao fundamento, logo não se pode, nem se pretende aqui abarcá-las. Uma crítica mais comum é a de que o enfoque no etiquetamento não enfrenta o conteúdo da criminalidade, apenas afirmando ser construída a partir da reação social. Como

²⁰³ Cf. LARRAURI, Elena. **La Herencia de la criminología crítica**. 1. ed. Madrid: Siglo XXI, 1991, p. 29.

²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 111.

²⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

destaca Baratta, essa reação é provocada por um comportamento concreto que perturba, o qual não é enfrentado pela teoria, que não explica o porquê de um comportamento, e não outro, ser criminalizado.²⁰⁶ Muñoz Conde e Hassemer também fazem essa crítica, afirmando que, “se a delinquência é o resultado de uma definição, o primeiro que deveria ser conhecido é com base em que pressupostos se define alguém como delinquente”.²⁰⁷

Assim, ao descuidar da desviação primária, a teoria do etiquetamento parece afirmar que toda delinquência é ocasionada pelo controle social, sendo construída, exclusivamente na ação do sistema penal.²⁰⁸ Em favor do *labeling*, poder-se-ia argumentar quanto a essa crítica, apenas o fato de que não se pretende uma teoria, mas apenas um enfoque, ou melhor, a indicação de outro enfoque na compreensão da criminalidade, sem pretensões de apresentar uma explicação mais abrangente.

Sob o prisma mais preciso dos penalistas, por exemplo, afirma-se que o *labeling approach* “adoece de falta de conexão com a realidade, interpretando mal as condições da *Administração da Justiça penal*.”²⁰⁹ Para fundamentar essa crítica²¹⁰, afirma-se que, se a delinquência fosse apenas resultado de uma definição, a cifra negra não poderia ocorrer, pois só é possível identificar essa criminalidade não conhecida pelas instâncias de controle, porque ela se constitui como uma realidade anterior ou exterior ao ato da definição.²¹¹

Na perspectiva da criminologia crítica, como se vê adiante, aponta-se como limite do enfoque no etiquetamento o fato de, apesar de indicar atividade política representada pela seletividade, não associá-la à estrutura econômica das relações de produção e distribuição. Em outras palavras, os teóricos do *labeling* descrevem o modo como opera o sistema penal, demonstrando os mecanismos de seleção e

²⁰⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 115.

²⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.116-117.

²⁰⁸ Cf. LARRAURI, Elena. **La Herencia de la criminología crítica**. 1. ed. Madrid: Siglo XXI, 1991, p. 108.

²⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 117.

²¹⁰ Essa crítica atinge diretamente à proposição de Fritz Sack, para o qual “a criminalidade, como a realidade social, não é uma entidade preconstituída em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 107.

²¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 118.

estigmatização, mas não atrelam isso às desigualdades sociais, nem assumem uma posição valorativa ou política diante desse *modus operandi*.

2.6 Teoria da Vergonha Reintegrativa

John Braithwaite, um dos teóricos mais importantes da justiça restaurativa, propõe um modelo integrado de análise criminológica, no qual associa a teoria da rotulação, a teoria das subculturas, a teoria do vínculo social, a teoria da oportunidade e da aprendizagem, compondo a teoria da vergonha reintegrativa.

Resumidamente, pode-se dizer o autor parte da teoria do controle para explicar a delinquência primária, do etiquetamento para explicar a delinquência secundária e da teoria das subculturas para explicar o apoio encontrado para a permanência na delinquência e identifica na vergonha reintegrativa um meio de impedir ou inviabilizar esse caminho.²¹²

No entanto, Braithwaite propõe ajustes em todos esses modelos originários para viabilizar sua teoria eclética. Não comportando o recorte deste trabalho que se elenquem aqui cada um dos ajustes, apresentam-se alguns deles apenas para facilitar uma compreensão mínima da teoria da vergonha reintegrativa.

Assim, quanto à rotulação, esse autor ratifica os efeitos quase sempre nocivos do rótulo, mas afirma haver um posicionamento radical nos teóricos do *labeling*, pois entende ser possível que o estigma possa ser dissuasivo, principalmente, se incluído num contexto comprometido com a reintegração; quanto à teoria das subculturas, afirma que embora existam realmente subculturas criminais, entende que elas seriam construídas mais pelos efeitos da estigmatização e da segregação, que são criminógenas, do que por um endosso de grupos sociais com um conjunto de valores distintos da cultura dominante ou mesmo pelas técnicas de neutralização, para confirmar essa tese, afirma que mesmo delinquentes reincidentes costumam atribuir mais valor ao comportamento conforme a lei do que ao comportamento contrário a ela.²¹³

O autor faz uma analogia da vergonha reintegrativa com as relações familiares. Assim, afirma que a família pode ser integradora ou desintegradora.

²¹² BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 16.

²¹³ BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 16-43

Aquela que lida com os conflitos, através da reprovação que constrange, mas mantendo o respeito e os vínculos afetivos e adotando uma percepção de que a educação é um processo contínuo, seria integradora e conseguiria socializar e conciliar seus membros. Já aquela que se baseia em relações autoritárias, que lida com o conflito através de reprovações agressivas, constantes e estigmatizantes e da rejeição àqueles que transgridem a norma, seria a família desintegradora.²¹⁴

Dessa comparação, o autor conclui que as sociedades que lidam com o desvio em perspectiva análoga à da família integradora possui menor índice de criminalidade. O exemplo desse modelo social seria o nipônico, no qual apesar de haver um sistema criminal formal semelhante ao ocidental, em que o processo se concentra na culpa e na punição, a maioria dos casos de desviantes não chegam a percorrer esse caminho, que, em regra, leva à prisão. Essa peculiaridade se deve ao fato de haver um sistema judicial, mas menos formal, em que a mobilização comunitária busca a ressocialização do infrator através de um padrão que passa pela confissão, pela vergonha pelo arrependimento e pela absolvição.²¹⁵

Embora muitos teóricos da justiça restaurativa apresentem a prática japonesa como um modelo de prática restaurativa, é seja quase uma particularidade de Braithwaite fundamentar a justiça restaurativa nessa teoria criminológica. Em verdade, ele mesmo afirma, em obra posterior, que a vergonha reintegrativa sequer é um valor da justiça restaurativa, mas apenas um modelo pelo qual busca explicar o papel da vergonha no controle social. Entretanto, pela relevância desse autor na sistematização da justiça restaurativa, julga-se necessário o registro dessa teorização sobre a vergonha no controle social, ainda que, neste trabalho, ela não seja pressuposto teórico.

Em verdade, embora não haja aqui qualquer pretensão de fundamentar o posicionamento político-criminal nessa teoria, são cabíveis duas considerações acerca da relação entre essa teoria eclética e a criminologia crítica. A primeira aponta para uma divergência, pois Braithwaite, nega que as leis criminais sejam uma manifestação da classe dominante, chegando a afirmar que uma lei criminal funcional é mais importante para a classe trabalhadora porque são suas vidas que

²¹⁴ BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 54-57.

²¹⁵ Cf ZEHR, Howard J. **Changing lenses: A new focus for crime and justice**. 3rd ed. Scottsdale, Pa: Herald Press, p. 217 e 218; BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 65.

estão nas ruas do que para a classe dominante, cujo bem mais exposto é o patrimônio.²¹⁶ A segunda, porém sinaliza para um aspecto comum, pois esse criminólogo reafirma o caráter seletivo e atuação ilegal dos sistemas penais, o que — confirma Braithwaite — faz com que a proteção penal destinada a públicos desorganizados e difusos seja mais simbólica, enquanto a dirigida a profissionais organizados seja mais tangível ou instrumental.²¹⁷

2.7 Criminologia Crítica: o sistema penal como produtor e reproduzidor de desigualdades.

2.7.1 Reconhecendo vertentes, conceito e fundamentos.

A expressão “criminologia crítica” designa uma série de tendências do pensamento sociológico jurídico e da criminologia que, embora não sejam homogêneas, têm como ponto comum constituírem-se numa distinção, ou no dizer de Vera Regina Andrade numa traição²¹⁸ à criminologia de matriz positivista.²¹⁹ Pode-se afirmar que essa teoria criminológica finaliza a virada paradigmática²²⁰ iniciada pelo *labeling approach*, logo, enquanto na criminologia tradicional o centro da reflexão eram as causas e as condições que levam o indivíduo à delinquência, nessa nova perspectiva, o enfoque é dado na reação ou no controle social.

As muitas tendências identificadas na “criminologia crítica” exigem que se estabeleça que a vertente de que se trata nesta seção é a de Alessandro Baratta, cujos fundamentos mantêm evidente identidade com o interacionismo — materialista de Raúl Zaffaroni, que por isso é também abordado como parte dessa vertente.

A *nova criminologia*, de origem inglesa, cuja principal referência é a obra *The new criminology: for a social theory of deviance* de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young, publicada em 1973, estabeleceu as primeiras pontes entre as teorias

²¹⁶ BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 40.

²¹⁷ BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 41.

²¹⁸ Expressão usada por Vera Regina Andrade no artigo *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. p. 8.

²¹⁹ BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 89.

²²⁰ A expressão é alusiva à ideia de paradigma em *The Structure of Scientific Revolutions* de Thomas Kuhn, tendo, assim, o sentido de uma mudança completa nas crenças, valores e métodos compartilhados por uma determinada comunidade científica.

sociológicas norte-americana, em especial o *labeling*, e o marxismo, abrindo a discussão sobre a relação entre os processos de criminalização e os mecanismos de construção e estruturação da sociedade, constituindo-se nos primeiros delineamentos da criminologia crítica.

Assim, para além da teoria do etiquetamento — que mesmo identificando a seletividade do sistema na criminalização das condutas, não analisa criticamente esse sistema e não lhe destaca os reflexos das relações sociais estratificadas — a criminologia crítica, no dizer de Baratta, faz:

uma análise do processo de definição e de reação social que se estende à distribuição do poder de definição e de reação numa sociedade, à desigual distribuição deste poder e aos conflitos de interesse que estão na origem deste processo.²²¹

Então, pode-se afirmar que a perspectiva do etiquetamento foi “perseguida pelos novos criminólogos numa direção marxista.”²²² Noutras palavras, a nova criminologia e a criminologia crítica, como fizera a teoria do etiquetamento, passaram a estudar a criminalidade a partir da criminalização, acrescentando a esta, porém, a lógica de estrutura de poder em que está organizada a sociedade, logo a criminalidade passa a ser vista como:

um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas²²³.

Diferentemente, da teoria do etiquetamento, que não enfrentou a questão da delinquência primária, fazendo parecer ser o sistema o responsável pela criminalidade que como conduta antissocial não existiria. A criminologia crítica, pelo menos na vertente aqui abraçada, não nega a existência de situações objetivas em

²²¹ BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 92.

²²² LARRAURI, Elena. **La Herencia de la criminología crítica**. 1. ed. Madrid: Siglo XXI, 1991, p. 102.

²²³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.161.

que as ações são socialmente negativas.²²⁴ No entanto, reconhece a dificuldade de se dar uma significação precisa a essas situações ou ações antissociais.²²⁵ Defende, assim, que essa significação seja buscada num processo mais geral pelo qual são definidos ou construídos os problemas sociais ante uma resposta possível institucional ou não. Precisamente, Baratta propõe a utilização combinada de construções teóricas obtidas em três campos distintos de investigação, a saber: uma teoria de construção dos problemas sociais; uma teoria das necessidades; uma teoria da comunicação livre do poder.²²⁶

Com base nessa combinação, a negatividade social dos comportamentos seria considerada como uma negação ou repressão de necessidades reais, como são aquelas próprias da existência e do desenvolvimento dessa existência. Porém, a construção dos problemas sociais seria resultado da comunicação livre de poder entre os portadores dessas necessidades, devendo ser uma alternativa ou uma contraposição às definições oficiais ou do senso comum.²²⁷

É digno de destaque, ainda, que a criminologia crítica, ao propor uma construção alternativa dos problemas sociais não parte da concepção de que o desvio às normas oficiais seja algo necessariamente positivo ou de uma simpatia pelos desviados. Em verdade, na vertente da criminologia crítica aqui abordada essas concepções são rejeitadas e criticadas, pois são mais próximas do romantismo da *new criminology* inglesa, em seus primeiros passos.²²⁸

No entanto, não são oportunas aqui mais considerações acerca dos fundamentos da criminologia crítica, tendo em vista que para este trabalho são relevantes, sobretudo, as conclusões dessa criminologia em relação à operacionalização do sistema penal e o seu contraste com o discurso penal que o legitima, o que redundaria, conseqüentemente, numa deslegitimação desse sistema.

²²⁴ BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p.101.

²²⁵ BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p.101.

²²⁶ BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 102.

²²⁷ BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 102.

²²⁸ BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p.105.

2.7.2 Direito e Sistemas Penais sob as Lentes da Criminologia Crítica

Utilizando a lógica da teoria marxista, a criminalidade é considerada pela criminologia crítica um bem negativo a ser distribuído de acordo com essa estrutura de poder. Logo, quanto menos poder, maior potencial para cair nas garras da criminalização. Partindo dessa lógica, a idéia do direito penal como um direito igual para todos, já atacada pelo *labeling*, passa a ser um mito, pois:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.²²⁹

Para a criminologia crítica, a seletividade do direito penal começaria com a seleção dos bens juridicamente protegidos e dos comportamentos lesivos, criminalização primária, pela qual se busca imunizar dos processos de criminalização os comportamentos socialmente danosos típicos das classes dominantes, enquanto tendem criminalizar comportamentos danosos típicos das classes subalternas, como aqueles que se contradizem com as relações próprias de produção e distribuição de riquezas.²³⁰

A criminalização secundária, por sua vez, demonstraria ainda mais o caráter de seletividade, pois a precária condição no mercado de trabalho ou a dificuldade de socialização na família ou na escola são como indicadores para a construção do *status* de criminoso. Logo, quanto mais baixa a classe social dos indivíduos maiores as chances de ser selecionado primária e/ou secundariamente para integrar a população criminosa.²³¹

Nessa perspectiva criminológica, o sistema penal promove, pois, a reprodução da realidade social. Assim, a produção que teria início na escola, primeiro mecanismo de seleção e marginalização social com suas estratégias de

²²⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.162.

²³⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

²³¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

avaliação e progressão, seria culminada com o cárcere, no qual se consolida a carreira criminosa e processo de seleção. Também, nesse parâmetro criminológico, nega-se qualquer fim ressocializador ao encarceramento, ao contrário, afirma-se que as relações carcerárias e o regime de privações que elas impõem determinam comportamentos de controles informais baseados no poder, na prepotência e na violência, em que uma ressocialização jamais pode ocorrer.²³²

Zaffaroni também denuncia a seletividade e a violência do sistema penal, analisando-as, sobretudo, no contexto da América Latina, onde, deve-se reconhecer, a contradição entre os discursos jurídico-penais e a operacionalidade real do sistema pode ser detectada pela mera observação superficial. Além disso, revela descrença na possibilidade de relegitimar esse sistema.

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder em todos os sistemas penais.²³³

Aspecto importante desse processo de deslegitimação é o desempenhado pelas cifras negras, isto é, pela defasagem entre as condutas criminalizadas efetivamente praticadas e a criminalidade que integra o registro oficial. Já denunciadas no contexto do *labeling*, em que motivaram um desvalor das estatísticas oficiais, como foi demonstrado na seção anterior. Na criminologia crítica faz-se uma interpretação diferente do mesmo fato. Logo, conforme afirma Zaffaroni, as estatísticas criminais embora não informem quase nada a respeito da criminalidade real, podem ser bem precisas sobre a magnitude e qualidade dessa criminalização.²³⁴ Em outras, palavras as estatísticas oficiais, ao mesmo tempo que não são capazes de demonstrar a criminalidade fática, revelam com precisão a criminalidade selecionada pelas instâncias oficiais, que é apresentada nessas estatísticas.

A zona obscura da criminalidade, em verdade, é inerente ao modo como o sistema é estruturado, pois sua capacidade operacional é infinitamente menor do

²³² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 166-167.

²³³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15.

²³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 144.

que o número de hipóteses programadas pelo direito penal,²³⁵ logo o sistema para concretizar esse direito precisa atuar sempre seletivamente. Essa desproporção decorre mais do abuso das normais penais do que da insuficiência do aparato concretizador, como se costuma pensar. Por exemplo, não são incomuns os apelos para que haja maior contingente policial, para que haja mais viaturas, mais concurso para juízes, promotores etc. Porém, conforme alerta Zaffaroni, caso fosse possível incrementar o sistema a ponto de torná-lo suficiente para execução da programação normativa, ter-se-ia uma catástrofe social, pois se todas as condutas tipificadas como crimes fossem concretamente criminalizadas não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes criminalizado.²³⁶

A conclusão a que se chega, sob o prisma da criminologia crítica, é a de que o sistema penal opera numa eficácia invertida, ou seja, ele age de modo contrário ao discurso que o legitima, pois não só as normas do direito penal se aplicam seletivamente, mas também que exercem uma função ativa de reprodução e produção de relações desiguais²³⁷. Desse modo, o direito penal, obviamente, não cumpre aquilo a que se propõe, sendo suas funções declaradas meramente simbólicas e legitimadoras do *ius puniendi* estatal.²³⁸

A percepção desses problemas quanto à (in)eficácia do sistema penal foi reafirmada pelos estudos vitimológicos, abordados na próxima seção, os quais, embora tenham sido recepcionados com certo receio pela criminologia crítica, mantêm, hoje, um diálogo produtivo com ela, no qual se insere a criminologia feminista.

2.8 Vitimologia: a superação do paradoxo do protagonista sem direito à representação.

Não se pode negar que, entre os protagonistas do conflito penal: autor e vítima, essa sempre tenha ocupado, na modernidade, uma condição de quase insignificância nas ciências criminais. Decerto, ao se buscar evitar que a vítima

²³⁵ ZAFARONNI, Raúl Eugenio. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 26.

²³⁶ ZAFARONNI, Raúl Eugenio. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, pp. 26-27.

²³⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.166

²³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 292.

fizesse justiça com as próprias mãos, o Estado neutralizou-a, limitando sua participação no deslinde dos conflitos à condição de testemunha²³⁹ ou de mero coadjuvante do Ministério Público na persecução penal.²⁴⁰ No entanto, não se pode afirmar que essa insignificância decorra apenas da política estatal. Na criminologia, mesmo ultrapassada a investigação positivista, centrada no delinquente, e tendo se afirmando ser crime uma interação social, a vítima continuou sem relevância. O direito penal, apesar de ter como fim a proteção de bens jurídicos, também se centrou no castigo do delinqüente, esquecendo-se da reparação da vítima.²⁴¹

No entanto, a afirmação de que o Estado afastou a vítima do deslinde do conflito deixa pressuposto o entendimento de ela já esteve nesse deslinde. Por outro lado, essa reflexão criminológica sobre a vítima já é uma evidência de que a vítima já não é mais tão insignificante. Sobre esses papéis da vítima no decorrer da história é bastante esclarecedora a compreensão de Pablos de Molina:

A vítima de delito experimentou um secular e deliberado abandono. Desfrutou do máximo protagonismo- “sua idade de ouro”- durante a época da justiça privada , sendo depois drasticamente “neutralizada” pelo sistema penal moderno[...]. A Vitimologia impulsionou, durante os últimos anos, um processo de revisão científica do “papel” da vítima no fenômeno delitivo [...]. Protagonismo, neutralização e redescobrimto são, pois, as três fases que poderiam refletir um status da vítima ao longo da história.²⁴²

Essa fase denominada por Pablos de Molina como redescobrimto, em que a vítima passa a ter relevância no campo das ciências criminais inicia-se na reação à macrovitimização da II Guerra Mundial, em que se verifica uma preocupação político-criminal com a vítima que visava, sobretudo, responder aos judeus pelo holocausto.²⁴³ Nesse momento, pois a pretensão reparadora é incontestável, tendo o povo alemão oferecido diversas formas de compensação às vítimas, após 1945.²⁴⁴

²³⁹ Considerando que a vítima, assim como o acusado, não é obrigada a prestar compromisso, de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 8º, § 2º, deve-se ressaltar que sua condição é equivalente, no processo penal brasileiro, a de mero informante.

²⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.18.

²⁴¹ LARRAURI, Elena. Victimologia. In: ESER, A./ HIRSCH, H./ ROXIN, C./ CHRISTIE, N./ MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 283-284.

²⁴² GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: uma introdução aos seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67.

²⁴³ BERINSTAIN. Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Trad. de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 77 e 83.

²⁴⁴ BERINSTAIN. Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Trad. de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 83.

Assim, surgiriam os estudos criminológicos sobre vítima, no contexto pós guerra. Coincidência ou não, Hans von Hentig e Mendelsonhn, o primeiro alemão e o segundo judeu, foram os primeiros teóricos a tratarem da chamada “redescoberta da vítima”. No entanto, a despeito das primeiras preocupações políticas com a vítima terem sido de caráter compensatório, as primeiras investigações criminológicas buscaram aferir o papel da vítima para o evento delitivo. Hans von Hentig e Mendelsonhn preocuparam-se, principalmente, em investigar a interação entre autor e vítima, buscando classificá-la, conforme o grau de relevância de sua conduta para o delito, tendo este último, inclusive, centrado-se mais na culpabilidade da vítima.²⁴⁵

Esse enfoque inicial dos estudos vitimológicos foi criticado, posteriormente, por desenvolver uma política de “culpar a vítima”, já que buscava identificar em que medida ela contribuía para a ocorrência do delito. Sobre esses primeiros estudos, Juan Bustos Ramírez afirma que tinham caráter claramente positivistas, buscando indagar sobre as causas bioantropológicas e sociais que levavam alguém a se tornar vítima.²⁴⁶

Na perspectiva contemporânea, o estudo da vítima, decerto, tem outro foco. A nova vitimologia tem como objeto as necessidades e direitos da vítima, buscando não contrapor esses direitos aos do delinquente ou desviante.²⁴⁷ Assim, busca oferecer muito mais do que uma coleção de estudos sobre a vítima, abrangendo uma gama de possibilidades que vão dos estudos dos sofrimentos à assistência e proteção da vítima, além de propugnar por mudanças da legislação que garantam a condição de sujeito ativo à vítima, permitindo sua intervenção positiva na resolução do conflito.²⁴⁸

Embora, não se pretenda fazer maiores reflexões sobre o estatuto científico da vitimologia, é importante destacar que não existe uma unanimidade quanto à sua condição de ciência autônoma. Pablos de Molina, por exemplo, inclui o estudo da

²⁴⁵ LARRAURI, Elena. Victimologia. In: ESER, A./ HIRSCH, H./ ROXIN, C./ CHRISTIE, N./ MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 284.

²⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ Juan. **Victimología: presente e futuro- hacia em sistema penal de alternativas**. Barcelona: PPU, 1993, p. 11.

²⁴⁷ LARRAURI, Elena. Victimologia. In: ESER, A./ HIRSCH, H./ ROXIN, C./ CHRISTIE, N./ MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, pp. 284-285.

²⁴⁸ KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, vol. 8, n. 48, pp 146-162, p. 46.

vítima na criminologia, logo entende ser a vitimologia um ramo daquela.²⁴⁹ No entanto, um posicionamento minoritário busca garantir a esse saber *status* científico, como o argumento de que a vitimologia não teria seu objeto restrito às vítimas dos delitos.²⁵⁰

Aquele que fora o objeto da vitimologia do pós-guerra parece ter se tornado o campo de atuação da vitimodogmática, isto é, do estudo da vítima no direito penal, no qual se busca investigar a participação, consciente ou inconsciente, direta ou não, atual ou remota, da vítima para a realização do fato típico.

Não tendo este trabalho pretensões de abordagem dogmática, são inconvenientes maiores reflexões sobre a condição da vítima e as repercussões do comportamento dela na configuração formal do delito, entretanto, entende-se oportuna uma distinção mais aclarada entre vitimodogmática e vitimologia.

Tendo como referência Elena Larrauri, destacam-se três diferenças entre ambos os estudos sobre a vítima: 1) a vitimodogmática contrapõe os direitos do autor da vítima, enquanto a vitimologia busca articular o castigo ao infrator às necessidades da vítima, podendo sua contribuição ser fundamental na teoria da pena, ao estabelecer alternativas ao cárcere; 2) a vitimodogmática receia e preocupa-se com o protagonismo da vítima, que poderia resultar em penas excessivas, já a vitimologia esforça-se para promovê-lo, pois se baseia em estudos vitimológicos que mostram que a vítima é bem menos punitiva do que aquilo que se imagina; 3) a vitimodogmática destaca que as necessidades econômicas da vítima causariam uma mercantilização do delito, de modo oposto, a vitimologia enfatiza a necessidade de participação e de informação, evitando a vitimização secundária e combatendo os estereótipos: vítimas e ofensores.²⁵¹

Essa distinção não assegura, obviamente, que, sob o “inocente” invólucro da vitimologia, não se possa defender abusos na busca da reparação, tendo em vista, sobretudo, a ideologia da retribuição; logo não se pode negar os riscos de serem suscitadas sanções ilimitadas contra os delinquentes por parte das vítimas e seus

²⁴⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 28.

²⁵⁰ Cf, BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

²⁵¹ LARRAURI, Elena. Victimologia. In: ESER, A./ HIRSCH, H./ ROXIN, C./ CHRISTIE, N./ MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 294-295.

familiares. Ester Kosovski, por exemplo, afirma que a ideologia da retribuição pode, em nome da vítima, tentar aumentar a repressão, a título de defendê-la e vingá-la.²⁵²

Sobre esses riscos de mercantilização e aumento da repressão, Pablos de Molina afirma que a moderna vitimologia não pretende uma inviável regressão à vingança privada ou represália, apontando, inclusive, que os estudos científicos revelam que o foco nesses riscos representa uma manipulação simplificadora que a realidade empírica desmente.²⁵³ Tais estudos, em verdade demonstram, como se retoma adiante, que a vítima é menos vingativa do que se imagina, buscando uma reparação, muitas vezes simbólica e não uma compensação econômica.²⁵⁴

No âmbito da criminologia crítica, percebe-se que a recepção aos resultados dos estudos vitimológicos vem sendo ampliada. Tendo como referência Elena Larrauri, observa-se que, da obra *Herencia de la Criminología Crítica* às suas publicações mais atuais, há maior adesão às contribuições vitimológicas. Em verdade, a vertente feminista da criminologia crítica é responsável por parte do desenvolvimento da vitimologia.²⁵⁵

No entanto, deve-se reconhecer que na criminologia crítica também há, ou pelo menos houve, um certo receio quanto aos encaminhamentos que poderiam ser dados aos estudos vitimológicos, o que recai, conseqüentemente, sobre justiça restaurativa. Assim, na mencionada obra de Larrauri, fez-se um posicionamento ponderado da criminologia crítica sobre os estudos vitimológicos, que poderiam ser um contraponto conservador às teses da criminologia crítica, que favoreceram a percepção menos preconceituosa do autor, uma campanha que buscasse enfatizar o sofrimento da vítima como justificativa para mais punição. Porém, deve-se destacar que ainda na mesma obra se reconhece que a vitimologia possa ser considerada como produto da própria evolução da criminologia crítica. Essa segunda possibilidade, evidente na criminologia crítica feminista, parte do pressuposto de que também a criminologia crítica constata que, assim como o estigma de delinquente é desproporcionalmente distribuído, recaindo mais sobre os grupos com menos poder, o rótulo de vítima também o é, o que demonstra que a falta de poder é um elemento

²⁵² KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, vol. 8, n. 48, pp 146-162, p.149.

²⁵³ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69.

²⁵⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69.

²⁵⁵ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 19.

vitimizador.²⁵⁶ Logo, a eficácia invertida do sistema penal é sofrida por ambos protagonistas do conflito.

Larrauri discute a possibilidade de construção de uma vitimologia radical, na qual se destacaria que: 1. o esquecimento da vítima não ocorreu por acaso, mas precisamente porque o funcionamento do sistema penal tem outros objetivos, entre os quais não está o de proteger a vítima; 2. a atitude seletiva do sistema penal também se dá na proteção da vítima; 3. a proteção da vítima requer a proteção estatal porque o delinquente não tem condições de ressarcir e devolver a vítima à sua situação original; 4. as contradições da ideologia afirma, entre outras coisas, que penas mais severas asseguram maior proteção às vítimas.²⁵⁷

Embora se tenha aqui ressalvas a essa possibilidade de uma vitimologia radical, entende-se que a inclusão da vítima nos estudos criminológicos críticos é um imperativo, pois ao assumir ser o delito produto de uma interação social, superou-se a concentração no sujeito delinquente e focou-se na reação social, mas esqueceu da vítima que integra decisivamente esse processo interativo.

Finalmente, um ponto dos estudos criminológicos sobre a vítima, fundamental para as reflexões deste trabalho, é a distinção dos graus de vitimização, isto é, dos diferentes níveis em que pode ser identificada a condição de vítima. Em regra, identificam-se pelo menos, três graus, a saber: vitimização primária, aquela derivada da prática do crime; vitimização secundária, resultante do dano causado pelas respostas formais do sistema penal; e vitimização terciária, aquela resultante da conduta posterior da própria vítima.²⁵⁸

Essa classificação é quase repetida na integra pela maioria dos teóricos, porém deve-se registrar a que a vitimização secundária — que atualmente é a mais estudada, tendo em vista, sobretudo o enfoque criminológico na reação social — é por vezes, denominada sobrevitimização.

²⁵⁶ LARRAURI, Elena. **La Herencia de la criminología crítica**. 1. ed. Madrid: Siglo XXI, 1991, p. 233-234.

²⁵⁷ LARRAURI, Elena. **La Herencia de la criminología crítica**. 1. ed. Madrid: Siglo XXI, 1991, p. 235.

²⁵⁸ BERENSTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Trad. de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 103.

2.9 Criminologia Feminista: desfazendo o engano da emancipação no controle do sistema penal.

Conforme vem sendo ratificado ao longo, deste trabalho, em especial, na exposição sobre a criminologia crítica, o sistema penal não realiza aquilo a que propõe. Qualquer observação um pouco mais crítica, mesmo não especializada, da realização do discurso penal revela um profundo déficit entre sua concretização e as promessas que o legitimam.

Essa contradição entre a programação penal e a atuação do sistema penal, já exaustivamente denunciada, será mais uma vez lembrada aqui, apenas para introduzir as reflexões da criminologia feminista, que tem como fundamento o pensamento crítico criminológico. Assim, Vera Andrade, a principal teórica da criminologia feminista no Brasil, afirma existir:

[...] uma relação complexa entre a dogmática e o sistema penal na qual ela transita da promessa de controle da violência punitiva à captura por esta mesma violência institucionalizada no sistema penal e por uma eficácia instrumental inversa a prometida, acompanhada de uma eficácia simbólica das promessas: a “ilusão” de segurança jurídica.²⁵⁹

Logo, a criminologia feminista surge no âmbito da criminologia crítica com o objetivo de trazer a crítica feminista ao direito e à ciência penal.²⁶⁰ No entanto, tendo em vista a crescente tendência dos movimentos feministas de buscarem no sistema penal um suporte para a defesa dos direitos das mulheres, essa criminologia percebeu-se também no papel de trazer para esses movimentos uma base teórica, que possa orientá-los em suas opções político-criminais,²⁶¹ pois parte do pressuposto de que esse sistema não está apto a garantir direitos,²⁶² uma vez que atua simbolicamente – tema discutido no primeiro capítulo – criando a sensação apenas ilusória de segurança jurídica.

Tendo suas bases na crítica ao controle, a criminologia feminista alerta para o fato de que o sistema penal é só mais uma das instâncias do controle social,

²⁵⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 37.

²⁶⁰ Cf. CAMPOS, Carmen Heinz de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 15.

²⁶¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 111.

²⁶² Cf. CAMPOS, Carmen Heinz de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 14.

inclusive sobre as mulheres. Também, como opera de modo seletivo e reproduzindo desigualdades, esse sistema não pode favorecer qualquer processo de emancipação, configurando-se, pois, num equívoco dos movimentos feministas defenderem os direitos das mulheres pela via desse sistema.²⁶³

Alerta ainda que para o processo de *empoderamento* que as mulheres têm buscando construir nas últimas décadas, a associação à figura da vítima, ao sujeito passivo, em nada contribui, antes ratificam a imagem da mulher como ser frágil, carente de proteção especial, reproduzindo, assim o papel social que lhe foi historicamente determinado.²⁶⁴

O equívoco de buscar emancipação no sistema penal tem sido amplamente denunciado pela criminologia feminista brasileira, que já identificara o problema nos resultados auferidos com legislações criminalizadoras da violência doméstica e familiar contra a mulher, em experiências anteriores a do Brasil, como ocorreu no Canadá e na Espanha, países em que a criminalização dessa violência revelara-se muito frustrante para as mulheres.²⁶⁵

2.9.1 A desigualdade de gênero é mesmo a causa da violência intrafamiliar contra a mulher?

A frustração mencionada no tópico anterior decorre de três razões fundamentais. A primeira, e mais óbvia, resulta dos problemas gerais desse sistema, quais sejam: a violência, a desigualdade e a seletividade com que opera, entre tantos outros, já mencionados, na seção dedicada à criminologia crítica.

A segunda menos suscitada, decorre da experiência revitimizante enfrentada pela mulher que busca o sistema penal, que diferentemente do que se promete com o discurso da criminalização, experimenta a sentimento de impotência diante da seletividade e da violência desse sistema, sobre a qual se trata no próximo tópico desta seção.

²⁶³ Cf. CAMPOS, Carmen Heinz de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 14.

²⁶⁴ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 116.

²⁶⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 115.

Além dessas duas causas decorrentes da ação direta do sistema penal, que definitivamente não favorece, nem pode favorecer qualquer processo de emancipação, inclusive, feminina, pelas razões já expostas, alguns teóricos da criminologia feminista tem apontado também como carência de fundamentação criminológica do discurso feminista criminalizador da violência em estudo o fato de se classificar como violência de gênero toda violência contra a mulher, inclusive a cometida por companheiros e maridos. Elena Larrauri alerta:

O discurso de gênero tem simplificado excessivamente a explicação de um problema social, a violência contra a mulher nas relações de casais, ao apresentar a desigualdade de gêneros como a causa única ou mais relevante do problema social da violência doméstica.²⁶⁶

As objeções criminológicas a esse discurso feminista podem ser assim sintetizadas nas seguintes provocações: se a desigualdade de gênero é a única variável na violência contra a mulher, não se entende por que a violência contra a mulher é o comportamento realizado por um grupo minoritário de homens; sendo esta a causa da violência, por que países em que a igualdade entre homens e mulheres é maior, como os escandinavos, registram número de homicídios superior a países em que há maior desigualdade; a desigualdade de poder entre homens e mulheres é quase sempre medida a partir do poder econômico de ambos, no entanto a violência contra a mulher nas relações de casais ocorre nos casos em que a mulher detém esse poder e o homem, não; finalmente, se o gênero é a única variável relevante na explicação da violência por que as mulheres, em termos gerais, são menos vítimas de delitos violentos do que os homens.²⁶⁷

Com posicionamento aparentemente distinto, outros teóricos reafirmam a desigualdade de gênero como causa da violência familiar contra a mulher. Porém observa-se que estes últimos adotam o paradigma de gênero para compreender todas as relações sociais pautadas em desigualdades e subordinações, nas quais masculino e feminino representam, respectivamente, o sobre e o subordinado. Nessa ótica, as formas de linguagem e as instituições possuem uma implicação estrutural com os gêneros, sendo construídos sempre na dicotomia “masculino-

²⁶⁶ LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 23.

²⁶⁷ LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 24-28.

feminino”.²⁶⁸ Assim, o direito penal, por exemplo, é considerado simbolicamente como pertencente ao gênero masculino, tal qual a violência física.²⁶⁹

Em que pese ser a adoção do paradigma de gênero uma forma legítima de compreensão das relações sociais e das instituições, entende-se aqui que, por não ser essa compreensão do discurso feminista criminalizador da violência doméstica — o qual concebe o gênero na perspectiva dos papéis sociais de homem e mulher — ser correta a crítica quanto à insuficiência da compreensão da violência em estudo pautada somente na desigualdade de gênero.

No entanto, mesmo os adeptos dessa crítica ratificam a importância da subordinação da mulher ou da desigualdade de gênero como causa para sua vitimização, ainda que não exclusiva. Tal posicionamento permite afirmar que, em verdade, não existe uma distinção na criminologia feminista quanto à compreensão da violência familiar contra a mulher, mas apenas quanto ao modo em que ambos os posicionamentos adotam o gênero como categoria de análise.

Assim, com base na opção pela corrente que adota o gênero na perspectiva mais restrita, identificam-se outros problemas da fundamentação criminológica do discurso criminalizador.

2.9.2 “A violência doméstica não distingue classes sociais”: o que dizem as pesquisas criminológicas sobre isso.

Frases como essas são constantes no discurso do feminismo oficial, sendo os conteúdos a ela veiculados aceitos pelo senso comum, quase sem nenhuma ressalva. No entanto, para a criminologia feminista, afirmações desse teor são decorrentes do equívoco de se perceber a violência familiar contra a mulher como decorrente exclusivamente da desigualdade de gênero. Assim, afirma-se haver aí um outro mito:

O segundo mito, que em minha opinião rodeia este tema (a violência familiar contra a mulher) é que ela não conhece classes [...], costuma-se corroborar essas ideias com uma afirmação complementar de que “a

²⁶⁸ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: 1999, p. 23.

²⁶⁹ Cf BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: 1999, p. 46 e 47.

violência doméstica afeta a todas às classes sociais, a todas as idades e a todos os grupos sociais; em resumo, não conhece fronteiras”.²⁷⁰

Elena Larrauri, embora, reconheça que toda mulher possa ser vítima, afirma que nem todas correm o mesmo risco, sendo necessário distinguir incidência de prevalência,²⁷¹ pois a desigualdade de gênero é intensificada na intersecção com outros sistemas de poder e opressão, conforme se constata em dados dos serviços sociais, policiais e judiciais. Logo, mulheres pobres e/ou pertencentes a minorias étnicas estão muito mais suscetíveis a se constituírem como vítimas.²⁷²

A contraposição a esses dados que revelam que pobreza e baixo nível educacional, por exemplo, são fatores de riscos para essa violência é feita, sobretudo, com base na afirmação de que os mais pobres denunciam mais porque não dispõem de outros recursos, como terapias, para enfrentar o problema, procurando assim as delegacias e, conseqüentemente, a justiça criminal.²⁷³

Quer se aceite a ideia de que as mulheres mais pobres são mais suscetíveis à vitimização, quer se aceite a contraposição, resta comprovada a crítica da criminologia crítica de que o crime é um bem negativo desigual e injustamente distribuído, pois essa aceitação implica uma outra. Os maridos e companheiros dessas vítimas têm, em qualquer das hipóteses, mais chances de caírem nas engrenagens do sistema penal. Ou porque, como suas mulheres, igualmente submetidos à pobreza, estariam mais propensas à tensão que leva delinquir; ou porque, mesmo cometendo, com a mesma frequência e intensidade, as ações desviantes, que homens pertencentes a outros grupos sociais mais abastados cometem, estariam mais suscetíveis a serem denunciados e, conseqüentemente, etiquetados.

Donna Coker também confirma a tese da intersecção da desigualdade de gênero com outros sistemas de poder e opressão, que criam fatores de riscos em alguns grupos sociais, quando, com base no contexto norte-americano, afirma:

Para os homens em comunidades subordinadas, as diferenças sociais relacionadas à raça, à pobreza e ao *status* indígena, operam em meios complexos que estão relacionados com a escolha masculina de usar a

²⁷⁰ LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 33.

²⁷¹ Cf. LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 34.

²⁷² LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 34.

²⁷³ Cf. MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008, p. 192.

violência, embora nenhuma seja a causa única e definitiva. Os mesmos processos opressores encadeados operam nas vidas das mulheres. Por exemplo, a pobreza eleva à vulnerabilidade à agressão e limita a habilidade de escapar da violência [...].²⁷⁴

Sobre esse debate, defende-se que a afirmação de que “violência doméstica não distingue classes sociais” seria uma estratégia de certas associações feministas norte-americanas para universalizar o problema, conseguindo que a maioria da população se identifique com as vítimas, já que qualquer uma, em tese, poderia ser vítima.²⁷⁵

Um outro argumento, até mais nobre, apontado por essa criminóloga para a resistência em reconhecer que os mais pobres estão mais suscetíveis a cometerem violência familiar e a serem vítimas dela é a preocupação em não etiquetar determinados grupos como delinquentes, favorecendo assim a estigmatização desses grupos.²⁷⁶

Decerto faz sentido que, após uma luta histórica da criminologia e da sociologia criminal para superar o simplismo das explicações positivistas e mesmo para superar a excessiva preocupação etiológica centrada no delinquente e seu meio, haja resistência à aceitação de uma explicação, que mal posta possa ser um retorno, ou uma reafirmação de que a criminalidade é própria de determinados grupos sociais. Além disso, não se deve esquecer da seletividade operada pelo sistema, sobretudo na criminalização secundária.

No entanto, mesmo consciente das cifras negras, entende-se que esses dados podem ser explorados dentro de um contexto estrutural, no qual eles também possam ser mostrados de modo relativizado, através de uma explicação adequada, pela qual possam essas investigações empíricas serem tomadas como um grito de alerta.²⁷⁷ Decerto, desconsiderar que alguns grupos estejam mais suscetíveis a essa forma de violência pode implicar em políticas públicas inadequadas, a exemplo da criminalização.

Assim, embora se reconheça que toda mulher possa ser vítima, afirma-se que nem todas correm o mesmo risco, pois a desigualdade de gênero é intensificada na

²⁷⁴ COKER, Donna. Transformative justice: anti-subordination process in cases of domestic violence. p. 128-152. In: STRANG, H. BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002, p. 128.

²⁷⁵ LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 37.

²⁷⁶ LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 38.

²⁷⁷ Cf, LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 38-39.

intersecção com outros sistemas de poder e opressão, conforme se constata em dados dos serviços sociais, policiais e judiciais. Logo, mulheres pobres e/ou pertencentes a minorias étnicas estão muito mais suscetíveis a se constituírem como vítimas.²⁷⁸

2.9.3 O que buscam as mulheres no sistema penal e o que ele pode oferecer.

As pesquisas vitimológicas, conforme já mencionado alhures, demonstram que, de modo geral, as vítimas são menos vingativas do que se costuma imaginar. Logo, é plausível concluir que, quando o ofensor é a pessoa com que essa vítima mantém uma relação afetiva, como nos casos de violência familiar, ela não queira em regra uma pena ou castigo para ele.

O estudo criminológico da violência contra a mulher confirma tanto a dimensão afetiva da relação entre agressor e vítima, como essa tendência não vingativa das mulheres. Marília Mello, em pesquisa empírica, realizada no âmbito do judiciário, sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, ratifica essas considerações:

Os mais diversos problemas são levados ao juizado criminal, em que pese as partes não estarem procurando uma das respostas oferecidas pelo sistema punitivo, mas sim ajuda para os seus problemas.²⁷⁹

Outra situação que merece destaque é que os laços afetivos entre agressor e vítima não se extinguem, nem quando ocorre a separação, pois, em quase todos os casos analisados, há filhos.²⁸⁰

Observações de teor semelhante são recorrentes na literatura da criminologia feminista. Porém, certamente, não é no sistema penal que essa mulher violentada encontrará a pacificação da sua relação afetiva e familiar, que, conforme sinalizam as pesquisas criminológicas, é aquilo que normalmente se busca. No máximo, consegue neutralizar seu agressor, através da declarada função instrumental, que tem a intervenção penal. Porém, o que é certo é que a mulher encontra, no sistema

²⁷⁸ Cf, LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 34.

²⁷⁹ MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimação feminina no sistema penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008, p. 193.

²⁸⁰ MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimação feminina no sistema penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008, p. 189.

penal, a sensação de impotência tão denunciada pela criminologia como uma dupla vitimização, ou, na linguagem mais precisa da vitimologia, uma sobrevitimização ou revitimização, a qual já foi explicada no tópico anterior.

Elena Larrauri elenca vários problemas decorrentes da experiência da mulher vítima de violência familiar no sistema penal, os quais, sintetizados, permitem afirmar que a mulher experimenta: a) a perda da autonomia, pois o sistema só opera com uma lógica do castigo, logo qualquer pretensão que se afaste dessa lógica, serve para estigmatizar a mulher como frágil e irracional; b) a incapacidade do sistema penal para resolver seu problema que, em regra, mais do que punição, requer condições mais igualitárias, tanto sociais como familiares; c) e até, em alguns casos, um aumento da escalada da violência intrafamiliar, pois tendo experimentado a violência do sistema penal os homens tendem a buscar uma vingança, reforçando a prática da violência.²⁸¹

Também Marília Mello, na pesquisa já mencionada, confirma a tese da sobrevitimização:

A dupla vitimização da mulher foi comprovada durante a tese, ou seja, a mulher é vítima de uma agressão por parte do companheiro e depois é vítima do próprio sistema penal que impõe mais dor para a “solução” do seu conflito.²⁸²

Essa constatação de que a atuação do sistema gera mais dor para a mulher vítima de violência é recorrente nos estudos criminológicos feministas, como se confirma nas palavras de Vera Regina:

O sistema penal duplica, em vez de proteger, a vitimização feminina [...], a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência estrutural das relações sociais capitalistas (que é a desigualdade social) e a violência das relações patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero).²⁸³

Finalmente, merece nota esclarecedora, o fato de se identificar na criminologia crítica feminista dois posicionamentos aqui refletidos nas palavras de

²⁸¹ Cf. LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p.76

²⁸² MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008, p. 224.

²⁸³ ANDRADE, Vera R. P. **Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito**. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: 1999, p. 113.

Vera Regina Andrade e de Elena Larrauri. Um que ratifica a tendência de identificar na desigualdade de gênero a causa da violência familiar contra a mulher, representado pela brasileira; e outro que, embora não negue que essa desigualdade decorrente da cultura patriarcal contribua para que as mulheres sejam agredidas, não vê no gênero a causa determinante da violência, representado aqui pela espanhola. Este trabalho identifica-se mais com o segundo posicionamento, porém, sobretudo, identifica-se com o posicionamento político de buscar outros meios para a resolução dessa forma de conflito, nos quais os protagonistas, em especial a mulher, possam ter experiências de autonomia, responsabilidade e respeito; e esse é um pensamento compartilhado por todas essas criminólogas.

As contribuições da criminologia feminista à compreensão da forma de violência ora estudada, decerto, vão muito além das reflexões até aqui expostas, no entanto, julga-se terem sido apresentados os fundamentos básicos desse saber necessários para justificar a opção político-criminal a ser defendida no próximo capítulo.

2.10 Teorias Criminológicas e a Compreensão da Violência Familiar contra a Mulher: os sinais do ecletismo na criminologia feminista.

Voltando a epígrafe deste capítulo, observa-se que Riobaldo nega a existência do diabo, isto é, de um ser autônomo que se opõe ao divino. Em relação ao delito ou ao comportamento desviado, inclusive aquele em que a vítima é a mulher, tem-se aqui uma conclusão semelhante. Não existe um homem agressor, um inimigo, personificação do mal, o que existe é o “homem humano”. Essa caracterização de humano para o homem não se trata de um pleonasma ou redundância, mas de uma metáfora em que o humano representa todas as antíteses próprias da natureza do homem mortal: bondade/ maldade; amor/ódio; violência/ternura; altruísmo/egoísmo; obediência/desobediência, entre tantas outras, que, ao contrário de excludentes, são harmônicas, apenas se sobressaindo algumas facetas na “inter-ação” do homem com o meio social, inclusive, com as redes de controle.

Para parte significativa daqueles que se dedicam ao estudo das ciências criminais, a certeza do homem “humano” é um ponto assente, logo o delito não é um dado ontológico, um mal proveniente da natureza do criminoso, como defendera a

criminologia positivista. Superar o simplismo do determinismo positivista, porém, implica submeter-se à complexidade, pois — como se verifica ao longo dessa exposição criminológica — não há um caminho, mas “veredas” na compreensão do delito ou desvio, logo o mesmo se deve dizer da violência intrafamiliar contra a mulher.

As observações da criminologia feminista sinalizam para o fato de que a compreensão da violência familiar busca aportes nas várias teorias criminológicas aqui abordadas, exceto na da vergonha reintegrativa. Assim, embora se afirme que os estudos criminológicos feministas se constituam numa vertente da criminologia crítica, o que é verdadeiro, sobretudo, pelo caráter axiológico das observações, não se pode negar que eles buscam uma compreensão do fenômeno, que transcende a reação social e seus determinantes estruturais. Não parece exagero, portanto, afirmar que a criminologia feminista, ainda que não declaradamente, procede a uma análise eclética do desvio na violência ora estudada.²⁸⁴

A necessidade das análises integradas tem sido bastante propugnada. Pablos de Molina, por exemplo, afirma que: “A moderna Criminologia científica renunciou à ingênua pretensão inicial de explicar um fenômeno tão complexo como o crime com esquemas monocausais simplistas e lineares”.²⁸⁵ Muñoz Conde e Hassemmer também afirmam não haver outro remédio para a compreensão da criminalidade senão adotar posições ecléticas que combinem todos os pontos de vista possíveis na análise da criminalidade, quer como um problema individual, quer como um fenômeno social.²⁸⁶

Sob influência da teoria eclética da *vergonha reintegrativa*, em que se aproximam elementos do *labeling approach*, da teoria das subculturas, do controle, da oportunidade ou da anomia no modelo mertoniano e da teoria da aprendizagem, são feitas a seguir considerações voltadas a identificar sinais de ecletismo na criminologia feminista.

²⁸⁴ Cf, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 287.

²⁸⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 287.

²⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 123.

2.10.1 Marcas do ecletismo na análise criminológica feministas.

A fim de verificar os traços da análise eclética nas observações criminológicas feministas, passa-se a correlacionar, sucintamente, tais observações às várias teorias do desvio neste capítulo abordadas. Destaque-se que a maior pretensão aqui é mostrar minimamente como os fundamentos de cada uma dessas teorias estão presentes na criminologia feminista, ainda que como contraponto.

Para iniciar, sinaliza-se para o fato de que a criminalização da violência familiar reflete bem as percepções positivistas do criminoso, sobretudo, do modelo de Ferri e, conseqüentemente, a ideologia da defesa social. Explique-se. Ao mesmo tempo em que se afirma de modo simplificado que essa violência possui uma causa socioantropológica, qual seja: a cultura patriarcal que gera a desigualdade de gênero, exige-se a necessária reação social para defender a mulher e a sociedade do delinquente. O determinismo fica ainda mais evidenciado no discurso de que toda mulher pode ser vítima, do qual decorre a exagerada afirmação feminista de que o único traço para caracterizar o perfil do agressor “É ser macho, pertencente ao gênero masculino e homem”.²⁸⁷ Também parte da ideia de um consenso quanto à necessidade de proteger à mulher, o qual é, inegavelmente, falso como se mostrou no primeiro capítulo. Observa-se, ainda, que até quanto à motivação da pena, o discurso é defensivista, pois a justificativa é a necessidade de se proteger à mulher e à sociedade desses homens delinquentes, através de uma proteção simbólica, que provoque medo no potencial agressor.

Observou-se que as análises criminológicas indicam que as agressões às mulheres, ao contrário do que fazia entender o discurso criminalizador, não têm dimensões desproporcionadas em relação aos demais delitos.²⁸⁸ Além disso, em termos gerais, as mulheres são menos vítimas de ações violentas do que os homens.²⁸⁹ Essa observação, com as devidas ressalvas, encontra respaldo na teoria durkheimiana para o qual o desvio em determinadas proporções é um fato socialmente normal, o que implica a superação da ideia de erradicação da criminalidade ou dos comportamentos desviantes, os quais até determinados níveis

²⁸⁷ Cf. LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 40.

²⁸⁸ Cf. LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 20.

²⁸⁹ Cf. LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 28.

podem ser aceitos, tendo em vista que os custos sociais e humanos da repressão penal podem ser maiores do que os da desviação.²⁹⁰

Ainda se destacaram, nas observações, dados policiais, mas também da assistência social, que sinalizam para o fato de que a intersecção de várias relações de falta de poder, como pobreza e outras formas de exclusão social, pode ser fator de risco, contribuindo para a incidência do desvio. Essas observações constituem indícios de aplicação da teoria mertoniana das oportunidades, pela qual se entende que a desproporção entre fins culturais e os meios institucionais podem gerar o desvio inovador, o qual decorre da tentativa de determinados indivíduos de perseguir os objetivos culturais: no caso o poder nas relações, sem a observância dos meios lícitos. Observam-se indícios dessa percepção na fala de Donna Coker:

Homens a quem são negados o acesso às formas dominantes da masculinidade [...] podem criar definições oposicionistas de masculinidade que são, entretanto, formuladas tendo em vista o modelo dominante. Por exemplo, homens da classe trabalhadora e negros podem aspirar a uma masculinidade que enfatiza a força física [...], a habilidade sexual [...] a “hipermasculinidade” que reside na exibição exagerada da força física e da agressão pessoal.²⁹¹

A observação da cultura do patriarcado, que inegavelmente, é uma das variáveis que compõem a compreensão da violência familiar contra a mulher, e, ao mesmo tempo, a constatação de que é pequeno o número de homens agressores, a despeito dessa cultura, que legitima a dominação masculina²⁹² sinalizam para as explicações das teorias da subculturas, da aprendizagem e do vínculo social. Explique-se. Tendo em vista que a ideia de igualdade, independentemente, de sexo e que a criminalização da violência familiar contra a mulher integram a ordem social ou a cultura dominante, as práticas de dominação do patriarcado refletem valores e normas que não encontram fundamento nessa ordem ou cultura, logo o patriarcado constitui-se numa espécie de subcultura, sendo os comportamentos baseados nele decorrentes da obediência às normas dessa subcultura.

Por sua vez, a existência de um número expressivo de homens que não agridem, observação bastante destacada pela criminologia para relativizar a variável

²⁹⁰ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdeF, 2004. p. 300

²⁹¹ COKER, Donna. Transformative justice: anti-subordination processes in cases of domestic violence. pp. 128-152. In: BRAITHWAITE, John. STRANG, Heather. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002, p. 142.

²⁹² LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 18.

de gênero, pode encontrar base teórica nas demais teorias apontadas nesse parágrafo, em especial, na teoria dos contatos diferenciais ou da aprendizagem, pela qual se explica que o comportamento desviante depende do modo e da intensidade dos contatos do indivíduo com outras pessoas desviantes etc. Além disso, o fato de haver uma indicação da criminologia feminista para que se busquem medidas educativas na superação da violência em estudo revela — de certo modo e com ressalvas — a pretensão excessiva do controle, fundamentos da teoria do vínculo social, que propugna, como política das instâncias de controle, uma maior e mais eficaz demonstração dos ganhos e das gratificações decorrentes de uma vida pautada nas expectativas sociais.

A preocupação com a vítima, sobretudo, no que se refere aos efeitos da reação estatal para a mulher, os quais criam a sobrevivitização é a evidência da presença dos estudos vitimológicos nos estudos da criminologia feminista. Esses, conforme demonstrado neste capítulo, enfocam cada vez mais os sofrimentos enfrentados pela vítima no sistema penal, como o faz a criminologia feminista em relação às mulheres vítimas de violência.

O cuidado de não criar estigmas em determinados grupos sociais, que tendem a aparecer nos dados policiais e da assistência social como grupos com maior incidência da violência contra a mulher, buscando relativizar esses dados pela certeza das cifras negras, é evidência das ideias constitutivas do *labeling approach*. Decerto, a análise da criminologia feminista está diretamente relacionada à perspectiva crítica, tanto em relação aos aspectos criminológicos, quanto aos aspectos valorativos e políticos.

Conclusivamente, afirma-se que a marca fundamental da criminologia crítica na feminista é a desconfiança ou descrença no sistema penal. Em maior ou menor grau, as criminólogas aqui mencionadas destacam a inadequação do sistema penal como instância idônea para tratar do conflito ora em estudo. Essa inadequação decorre, entre outros, da lógica desse sistema, que opera produzindo e reproduzindo desigualdade, amplamente demonstrada na seção dedicada à criminologia crítica.

Assim, a criminologia feminista opõem-se aos movimentos feministas cuja pretensão é superar pela criminalização uma cultura de subordinação e desigualdade a que as mulheres são submetidas em razão da cultura patriarcal. A inadequação do sistema penal é justificada pela criminologia feminista com o fato de que nesse âmbito, ao revés do *empoderamento*, as mulheres encontram um reforço

a sua condição de fragilidade e de vítima em busca de uma proteção, que raramente conseguirá. Vera Regina Andrade, por exemplo, destaca a “incapacidade preventiva e resolútoría do sistema penal”, logo inapto a oferecer segurança. E a capacidade do sistema de reforçar a vitimação da mulher e até de julgá-las, portanto inapto para *empoderá-las*.²⁹³ Essa observação reforça a importância dos estudos vitimológicos para essa criminologia.

Na perspectiva mais específica da vítima, a marca da criminologia crítica nos estudos criminológicos feministas está na denúncia de que as mulheres vitimadas, em sua maioria, pertencem a grupos sociais afastados do poder e de que elas não buscam, necessariamente, uma punição ou um castigo para os seus agressores. Essa constatação traz no seu bojo também a denúncia do falso consenso, construído com base no discurso do feminismo oficial e cooptado pelo populismo penal, tratado, sobretudo, no primeiro capítulo, pelo qual: “os governos em vez de promover o estado social tendem a enfrentar os problemas sociais com o recurso ao sistema penal, o que tem sido corretamente descrito como ‘governar por delito’”.²⁹⁴

Também e, principalmente, na perspectiva do desviante, a criminologia feminista evidencia seu fundamento crítico, pois vê a própria criminalização dessa violência como uma decorrência da forma desigual de se distribuir o bem negativo *status de criminoso*, uma vez já na definição das condutas criminalizadas, ou na criminalização primária, dá-se início ao processo de seletividade. Decerto, a criminalização da violência familiar contra a mulher, forma de desvio típica das classes *desempoderadas*, e a concretização da reação penal constituem-se mecanismos eficazes de reprodução da desigualdade.

Como se pode inferir dessas observações, a criminologia feminista, sobretudo na perspectiva larrauriana, mesmo tendo a criminologia crítica como fundamento teórico, não se limita à compreensão da reação do sistema, sinalizando para uma análise do desvio em estudo que não parte da dicotomia entre criminalidade e criminalização. Essa aproximação e combinação de elementos de diversas teorias criminológicas, entende-se, não se constitui num problema, ao revés traz muitas luzes à compreensão da violência familiar contra a mulher e de sua respectiva criminalização.

²⁹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 113-114.

²⁹⁴ Cf. LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007, p. 71.

É imperioso destacar, porém, que reconhecer essa análise eclética na criminologia feminista, fundada numa aproximação de modelos, de modo algum significa aderir aos conteúdos ideológicos que são inerentes a cada teoria aqui mencionada, o que sequer seria possível, senão num estado de total contradição. Logo, reafirma-se aqui que há uma opção inegável, embora não impermeável, pela orientação da criminologia crítica, sobretudo, no que se refere à deslegitimação do sistema penal, a qual decorre de seu caráter reprodutor de desigualdades e gerador de dores e violências inócuas.

CAPÍTULO III – A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A POSSIBILIDADE DE NOVAS LENTES PARA O DESLINDE DA VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER.

O senhor... Mire veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas - mas que elas vão sempre mudando.²⁹⁵

As considerações tecidas até o momento acerca da criminalização da violência familiar contra a mulher e da operacionalidade do sistema penal pretenderam, sobretudo, reforçar críticas e denúncias e à contradição entre os discursos legitimantes de ambos e os seus reais efeitos.

Assim, é pressuposto das ideias defendidas neste capítulo que a proteção penal à mulher vitimada é simbólica e sobrevivitizante. Primeiro, porque a atuação do sistema, em regra, o é; segundo, mais específico, porque, conforme demonstraram as observações da criminologia feminista, castigo, punição e violência estão longe de serem os fins perseguidos pelas mulheres vítimas dessa forma de violência.

No entanto, a pretensão deste trabalho não se esgota no reforço a velhas críticas ou na denúncia de que o endurecimento das normas penais e processuais penais, introduzidas no sistema penal pela Lei Maria da Penha, com o objetivo de proteger a mulher, não favorecem à emancipação feminina. Como se afirma na epígrafe, “as pessoas não estão terminadas”, logo também não estão terminadas as ideias, as possibilidades. Há aqui também a pretensão de apontar caminhos, ou no dizer de Guimarães Rosa, “veredas” que levem a um enfrentamento mais eficaz dessa forma de conflito, sem que se necessite fomentar o poder punitivo do Estado e, ao mesmo tempo, que favoreçam a autonomia dos sujeitos envolvidos nesse conflito.

Essa pretensão exige, no entanto, que se examinem, previamente, os liames entre a reflexão criminológica e as pretensões político-criminais, em que se baseia a proposta de adoção do paradigma restaurativo de resolução de conflitos, o qual se constitui no ponto central deste capítulo.

²⁹⁵ ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p.39.

3.1 Das observações criminológicas às opções político-criminais: entre o fato e a valoração.

Estabelecer liames entre a criminologia e a política criminal pressupõe, obviamente, que se tratem essas de dois saberes distintos. Entretanto, há dificuldade em estabelecer os limites da criminologia e da política criminal. Certamente a ampliação de objeto por que passou e passa a criminologia, amplamente demonstrada no capítulo anterior, é a razão dessa dificuldade, a qual, se metodologicamente dificulta a delimitação dos campos, na prática, pode significar um direcionamento ao modelo de saberes integrados que se propugnou alhures.

Destaque-se, porém, que essa dificuldade é praticamente inexistente se posta no contexto de uma criminologia meramente descritiva e explicativa, em que a investigação é axiologicamente neutra, afastada de qualquer pretensão valorativa, sendo, pois, os limites facilmente estabelecidos. No reinado do positivismo, por exemplo, tanto a criminologia quanto à política criminal ficavam adstritas ao espaço definido pelo direito penal, logo àquela cabia investigar as causas do crime legalmente definido, a esta cabia estabelecer as estratégias para prevenir e reprimir a conduta criminosa.²⁹⁶

Ricardo de Brito afirma que com a criminologia crítica, a distinção entre criminologia e política criminal tornou-se, então, menos evidente do que no contexto da criminologia positivista, no qual esta se limita a uma observação acrítica. A criminologia crítica, como se viu, questiona o exercício do poder, o que a aproxima da política criminal pelo caráter axiológico, porém não o suficiente para torná-las uma só disciplina. A distinção seria assegurada, sobretudo, porque a criminologia está sempre presa à experiência, é de base material, enquanto a política criminal está mais próxima da filosofia do direito, tendo como missão própria fixar estratégias para transformar a realidade.²⁹⁷

Acerca dessa dificuldade, é oportuno trazer à baila a opinião de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. Segundo eles, o alargamento do campo da criminologia, de fato, pode provocar dificuldades para a mencionada

²⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 105.

²⁹⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O Estatuto Teórico da Política Criminal, In: **Novos desafios do direito penal no terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp 816 e 817

delimitação, no entanto destacam que a crescente politização do problema criminal também alargou o campo da política criminal. Em suas palavras: “[...] para a política criminal não se trata mais apenas do *como se deve reagir*, mas também e principalmente *a que deve reagir-se*”.²⁹⁸ Mireille Delmas-Marty confirma essa ampliação do objeto da política criminal, afirmando que – outrora considerada como “o conjunto dos procedimentos repressivos pelos quais o Estado reage contra crime”, definição atribuída a Feurbach²⁹⁹ – hoje, a política criminal vai além do conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal. Mesmo admitindo que o direito penal continue como o núcleo rígido e de maior visibilidade na política criminal, reconhece:

Mas as práticas penais não estão sozinhas no campo da política criminal, no qual se encontram englobadas por outras práticas de controle social não-penais (sanções administrativas, por exemplo), não - repressivas (prevenção, reparação, mediação, por exemplo) e, por vezes, até mesmo não-estatais (práticas repressivas de milícias privadas, ações de protesto como Anistia Internacional, ou medidas disciplinares, já que o termo evoca determinadas espécies de regulação profissional.³⁰⁰

Em que pese a amplitude do objeto da política criminal na perspectiva exposta, destaca-se que este trabalho delimita sua observação a formas de controle estatal, embora não fique restrito ao âmbito do controle penal, como se poderá observar.

É ainda digno de registro o posicionamento de Zaffaroni, que não acredita na separação entre a criminologia e a política criminal, uma vez que, segundo ele: “todo saber criminológico está previamente delimitado por uma intencionalidade política”.³⁰¹

Estabelecidas essas considerações acerca dos objetos da criminologia e da política criminal e dos limites epistemológicos (ou da falta deles, para alguns) entre esses saberes, deve-se ressaltar a ciência de que as decisões político-criminais não podem ter como base apenas o material criminológico. Decerto, outros elementos

²⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.106.

²⁹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 03.

³⁰⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 04.

³⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 171.

devem ser valorados para a escolha política, o que implica reconhecer que as opções político-criminais não resultam, obrigatoriamente, dos dados empíricos. Destaque-se, porém, que mesmo que as observações criminológicas não sejam suficientes para determinar uma opção política, elas devem ser imprescindíveis nessa determinação. Logo, mesmo que fatores como custos sociais e econômicos devam ser considerados na adoção de uma determinada política criminal³⁰² e que esta não mantenha exata correspondência com as investigações criminológicas, afirma-se que as escolhas político-criminais não podem prescindir da observação empírica, tendo em vista que a missão da política criminal é, nas palavras de Heinz Zipf, “[...] adotar decisões político-criminais com base no material criminológico”.³⁰³

3.2 Um Contexto Político-Criminal

Fundamentar-se na criminologia crítica, embora não exija vinculação a uma proposta político-criminal pronta e acabada, pelas razões expostas na seção precedente, exige, no mínimo, que se defenda modelos de resposta ao desvio que estejam plenamente comprometidos com a redução da força, da violência e do espaço de atuação do sistema penal. Logo, a base em que se assenta a proposta aqui apresentada é a do minimalismo penal. No entanto, conforme alerta Vera Regina Andrade, tratando-se de minimalismo penal é necessário estabelecer a perspectiva, ou nas palavras dela, é necessário “situar o lugar da fala”, tendo em vista que sob essa mesma designação encontram-se propostas teóricas bastante heterogêneas.³⁰⁴

Por sua vez, a compreensão da distinção entre as propostas minimalistas torna necessário um exame, ainda que breve, da proposta abolicionista que também não é singular. Assim, far-se-á previamente, uma incursão pelas bases do pensamento abolicionista, o qual é, também, importante à compreensão do modelo restaurativo, conforme se demonstrará adiante.

³⁰² José Cid Moliné apud FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O Estatuto Teórico da Política Criminal, In: **Novos desafios do direito penal no terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 818

³⁰³ ZIPF, Heinz. **Introducción a la política criminal**. Caracas: Revista de Derecho Privado, 1979, p. 9.

³⁰⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p. 463.

3.2.1 O Abolicionismo Penal como necessária utopia.

É pressuposto da perspectiva abolicionista a multirreferida deslegitimação do sistema penal, a qual decorre, sinteticamente: da contradição desse sistema quanto às funções declaradas não cumpridas e as funções que cumpre sem declarar: da sua ação seletiva e reprodutora de desigualdade; e da sua atuação apenas na exceção, conforme demonstram os estudos baseados nas cifras negras.³⁰⁵ Louk Hulsman, um dos principais e mais radicais teóricos do abolicionismo, ao elencar razões fundamentais para a abolição do sistema penal, ratifica a deslegitimação, afirmando que a punição estatal fundamenta-se ideologicamente em outra era, além de se apoiar num falso consenso, produzindo um sofrimento estéril, uma vez que não consegue resolver aquilo a que se propõe.³⁰⁶

Diante disso, o abolicionismo, ou abolicionismos, defende, no viés mais radical, que “direito penal bom é direito penal inexistente”,³⁰⁷ ou seja, propugna que seja abolida a programação normativa do exercício do poder punitivo e também que haja a supressão de todo o sistema penal, entendido como a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal, dando fim a toda cultura punitiva.³⁰⁸

Conforme já dito alhures, não há uma homogeneidade no que se costuma designar abolicionismo penal. Em verdade, sob essa denominação encontram posicionamentos político-criminais diversos, que decorrem de pressupostos teóricos também diferentes. Uma necessária distinção entre os abolicionismos é a estabelecida a partir da pergunta: o que se pretende abolir? Pois, de acordo com a resposta obtida, estar-se-á diante do abolicionismo sentido amplo ou sentido estrito. Assim, quando se pretende abolir um aspecto individualizado do sistema penal, por exemplo, a pena de morte, tem-se um abolicionismo de sentido restrito; porém se a resposta aproxima-se do viés radical anteriormente descrito, em que a pretensão abolicionista recai sobre o sistema penal, em seu conjunto, tem-se o abolicionismo em sentido amplo, cuja pretensão é a substituição do próprio sistema, por considerá-

³⁰⁵ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão.** Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p.470 e 471

³⁰⁶ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas.** O sistema penal em questão. Niterói: Luam Editora, 1993, p. 91.

³⁰⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. xxiv.

³⁰⁸ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão.** Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p.469.

lo um problema em si mesmo.³⁰⁹ A perspectiva restrita não é objeto dessa reflexão. Interessa o abolicionismo em sentido amplo, uma vez que é a partir dele que surgem propostas político-criminais que são base das ideias defendidas nesta dissertação.

Em verdade, o caráter plural do abolicionismo penal pode ser constatado em vários ângulos. Um deles refere-se à forma assumida, que pode ser como uma construção teórica e como movimento social. Assim, nas palavras de Vera Regina Andrade “[...] eis que o abolicionismo suscitou desde o início, a relação entre teoria e prática e, rompendo com os muros acadêmicos, aparece, simultaneamente, como teorização e militância social e, portanto, como práxis”.³¹⁰

Como prática social, o abolicionismo começaria na própria pessoa, seria, assim, como uma prática de libertação,³¹¹ pela qual se rompe com a justiça criminal que existe em todas as pessoas, sob a forma de julgamentos, discriminações e subordinações diversas. Logo, vê-se que o abolicionismo não restringe sua luta à abolição do direito e do sistema penal, em verdade, problematiza toda forma de subordinação e controle, inclusive o assujeitamento de crianças, jovens e mulheres.³¹²

Como uma construção teórica, tem-se mais uma evidência da pluralidade que se abrange sob o termo abolicionismo. Aqui a necessidade de falar em abolicionismos resta incontestável, pois os principais teóricos do abolicionismo não têm uma uniformidade de pressupostos, de métodos ou de caminhos para abolição³¹³. Assim, identificam-se, em regra, as seguintes variantes da proposta abolicionista:³¹⁴

- a. A fenomenológica de Louk Hulsman - pela qual o sistema penal é considerado um problema em si mesmo, pois causa sofrimentos

³⁰⁹ Cf. CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de e VANZOLINI, Maria Patricia (coord.). **Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 46.

³¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p. 463-464.

³¹¹ PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.

17.

³¹² Cf. PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 16.

³¹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p. 465-466.

³¹⁴ Cf. Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p. 465 e ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 98-102.

desnecessários e injustamente distribuídos, não apresentando efeito positivo para as partes envolvidas no conflito, sendo difícilimo o seu controle. Logo, Hulsman defende que esse sistema deva ser substituído por instâncias intermediárias e individualizadas de resolução de conflitos,³¹⁵ as quais chegariam à situação problemática como uma realidade fenomenológica e não como “delito”.³¹⁶

- b. A marxista de Thomas Mathiesen — pela qual o sistema penal está estritamente vinculado à estrutura capitalista, logo assume a tática de que o movimento abolicionista deve manter sempre uma relação de permanente oposição e competição com o sistema, as quais se fundamentariam, respectivamente, na diferença de pontos de vista sobre as bases teóricas do sistema e na ação política prática fora do próprio sistema.³¹⁷ Nessa vertente, a pretensão imediata é a de uma abolição dos cárceres.
- c. A fenomenológico-historicista de Nils Christie — apresenta-se muito semelhante à variante de Hulsman, porém mais fundamentada em argumentos históricos, dentre os quais se destaca expressamente a destrutividade dos laços comunitários pelo sistema penal, o qual dissolve a horizontalidade das relações e cria riscos de verticalização corporativa. Esta perspectiva é considerada por Zaffaroni e por este trabalho profundamente profícua para a realidade regional na América Latina, que é marcada pela verticalidade das relações.³¹⁸
- d. A estruturalista de Michel Foucault — que, diferentemente das demais teorias mencionadas, não é expressamente abolicionista, mas o é de fato, tendo sido, inclusive a primeira referência contemporânea desse movimento.³¹⁹ As marcas do abolicionismo em Foucault vão da denúncia da expropriação do conflito pelo Estado exatamente no momento em que surgem os estados

³¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 98 e 99

³¹⁶ Cf. CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de e VANZOLINI, Maria Patricia (coord.). **Direito Penal**: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 48.

³¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 99 e 100

³¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 100 e 101.

³¹⁹ Cf. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 126.

nacionais, com incontestável necessidade de concentrar poder à afirmação de que a criminologia legitimara o poder punitivo, já que cada instituição gera um saber como amparo de seu micropoder.³²⁰ Assim, ao longo da história o direito penal teria sido legitimado pelo humanismo falso do discurso ressocializador.³²¹ Também denuncia que a concepção de delito como um dano ao soberano e a construção da verdade processual não num embate entre as partes, mas estabelecida por um terceiro acima delas, gerariam uma assimetria e um maniqueísmo nas relações, que se concretizariam nas “instituições de seqüestro”³²², as quais têm no cárcere seu ápice de disciplinamento, e qual, defende Foucault, deve ser abolido.³²³

Certamente, o recorte do trabalho não permite maiores aprofundamentos em cada uma dessas variantes. Assim, cabe apenas destacar que todos, com maior ou menor intensidade, visam à desconstrução do discurso legitimador do poder punitivo estatal e a conseqüente extinção do sistema penal. Aqui, faz-se oportuno registrar que o modelo restaurativo, cerne deste capítulo, tem evidente influência do abolicionismo penal, porém não se defende neste trabalho propostas radicais e imediatas de abolição do sistema, como se verifica adiante.

Os abolicionistas não se limitam à proposta de substituição do sistema penal. Como se viu, ao denunciar as insuficiências e contradições do sistema penal, formulam propostas transformadoras com base na contribuição da criminologia crítica.³²⁴ Tais propostas, ressalte-se, não são sanções alternativas, mas alternativas à própria justiça criminal. O que não significa que não possam ser legais, civis, por exemplo. Dentre essas propostas destacam-se medidas conciliatórias extraestatais e indenizações reparatórias.

Outro aspecto importante, na perspectiva abolicionista, é a valorização dos protagonistas do conflito, pois, como denuncia o confisco do conflito pelo Estado,

³²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 101e 102.

³²¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 127.

³²² Expressão usada por Foucault para designar as instituições que teriam por fim incluir o indivíduo num programa normalizador, entre as quais estariam o manicômio, o hospital, a escola e a prisão.

³²³ Cf ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 62 e 63.

³²⁴ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. xxiv-xxv.

considera a vítima impotente ante a estrutura do sistema penal, diferentemente do que ocorre nos demais ramos do direito, nos quais a pessoa, cujo bem jurídico é violado, é — na maioria dos casos — a titular da demanda, tendo o poder de direcioná-la de acordo com os seus interesses.³²⁵ Decisivamente, Hulsman afirma sua profunda reprovação ao sistema penal uma vez que ele faz uma construção irreal do conflito, dando-lhe assim também uma resposta irreal e ineficaz. Afirma, ainda, que não se verifica nesse sistema o objetivo último da paz social, pois em vez de uma resposta aos conflitos sociais, o sistema penal é uma fonte criadora desses conflitos.³²⁶

Em que pese a relevância das ideias abolicionistas para o modelo restaurativo de resolução de conflitos, deve-se reconhecer que essas ideias radicais ganharam mais relevância por seu caráter de denúncia do que por sua força desconstrutiva do sistema penal. Eduardo Crespo, ao afirmar o não êxito das propostas abolicionistas, relaciona-o apenas à falta de disposição dos estados para renunciar ao uso do direito penal.³²⁷ O que, entende-se, só ratifica a crítica abolicionista de que o direito penal não tem como fim a pacificação social, mas o exercício do controle estatal sobre determinados grupos sociais.

No entanto, deve-se registrar que mesmo teóricos que afirmam a possibilidade de relegitimação do sistema penal reconhecem a relevância do valor teórico do abolicionismo para a avaliação do sistema e aceitam como viáveis propostas de abolição da pena privativa liberdade, de descriminalização de algumas condutas e de negação da ideologia do tratamento.³²⁸

³²⁵ HULSMAN, Louk. Práticas Punitivas: um pensamento diferente. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 4, nº 14, p. 13-26, abr./jun. 1996, p. 16.

³²⁶ HULSMAN, Louk. Práticas Punitivas: um pensamento diferente. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 4, nº 14, p. 13-26, abr./jun. 1996p. 21-22.

³²⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de e VANZOLINI, Maria Patricia (coord.). **Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 49.

³²⁸ CARVALHO, Salo de. “Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista”. In: CARVALHO, Salo de. e WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 144.

3.2.2 Minimalismos: entre o desejo de relegitimação do sistema penal e as estratégias para extingui-lo.

Se o exame do abolicionismo exige que se reconheça o seu caráter plural, com mais razão, o estudo das propostas de redução do sistema penal exige que se destaque a heterogeneidade que se encobre sob a designação de direito penal mínimo ou de minimalismo penal. Decerto identificam-se nas propostas reducionistas perspectivas bastante distintas, as quais serão aqui examinadas. Antes, porém, deve-se destacar que o traço distintivo entre as propostas abolicionistas e minimalistas é a aceitação pelas últimas da existência de um sistema penal,³²⁹ ainda que também partam do pressuposto da deslegitimação dele. As divergências e as convergências entre ambas as propostas ficam claras nas palavras de Vera Regina Andrade:

Constituindo e respondendo à deslegitimação, da qual são criadores e criaturas, enquanto o abolicionismo protagoniza a sua (do sistema penal) abolição e substituição por formas alternativas de resolução de conflitos, o minimalismo defende, associado ou não à utopia abolicionista, sua máxima contração.³³⁰

No entanto, conforme já mencionado, na defesa da máxima contração não se encontra uma homogeneidade, sendo possível identificar de imediato o minimalismo reformista e o minimalismo teórico, este último se subdivide em: minimalismo como meio para o abolicionismo e minimalismos como fim.³³¹

Vera Regina Andrade assevera que o minimalismo reformista, verdadeiramente, constitui-se num movimento de expansão e relegitimação do sistema penal, através do efficientismo penal, que busca associar a crise do sistema à falta de eficiência, isto é, a equívocos na operacionalização do sistema, os quais podem ser corrigidos, por exemplo, no binômio criminalidade grave/pena de prisão e criminalidade leve/penas alternativas. Assim, as penas alternativas à prisão seriam expressão desse efficientismo, que traz em si o ideal do movimento lei e ordem, mas que se justifica pelo princípio da intervenção mínima. No Brasil, a criação dos

³²⁹ CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de e VANZOLINI, Maria Patricia (coord.). **Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 50.

³³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p. 468.

³³¹ Cf ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p. 466.

juizados especiais criminais pela lei 9.099/95 seria uma expressão dessa proposta “minimalista”.³³²

No recorte teórico, identificam-se duas vertentes, ambas têm como pressuposto a multirreferida deslegitimação. 1) O minimalismo denominado garantismo e fundamentado no princípio da intervenção mínima e no uso da prisão como *ultima ratio*, tem como principal expoente Luigi Ferrajoli. Esse minimalismo configura-se como uma teoria de justificação, na qual a contração do sistema penal tem como fim a relegitimação do próprio sistema, daí ser considerado minimalismo como fim. 2) O minimalismo que concebe como irreversível essa deslegitimação e defende a contração do sistema penal como um meio ou estratégia para se alcançar um dia o abolicionismo. As maiores referências teóricas dessa proposta, inclusive para este trabalho, são Alessandro Baratta e Raúl Zaffaroni.

3.2.2.1 A antítese do garantismo penal: fortalecer o que se quer diminuir.

O garantismo penal é uma doutrina de justificação, a qual também tem pretensão de se constituir num modelo normativo de direito, baseado na estrita legalidade e voltado à minimização da reação violenta contra o delito. Assim, ao mesmo tempo em que defende pena mínima, afirma não se poder prescindir dela, buscando legitimá-la numa análise de custos, como se verifica nas palavras do próprio Ferrajoli:

Entretanto, pode-se dizer que a pena é justificada como um *mal menor* - ou seja - somente se é menor, menos aflitiva e menos arbitrária - se comparada com outras reações não jurídicas, que é lícito supor, se produziram na sua ausência; e que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da *anarquia punitiva*.³³³

A anarquia punitiva a que se refere Ferrajoli é o abolicionismo. Assim, ao mesmo tempo em que se propõe a ser uma alternativa viável aos modelos de

³³² Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo**: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p. 467.

³³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 271.

criminalização excessiva e punição desproporcional, o garantismo também se coloca como modelo alternativo ao proposto pela teoria abolicionista.³³⁴

Como se vê, enquanto o abolicionismo dá ênfase aos custos do sistema penal, o garantismo destaca os custos da anarquia punitiva,³³⁵ a qual — na ótica garantista — pode levar a quatro possíveis sistemas de controle social, todos privados de qualquer garantia contra o arbítrio e a prepotência, a saber: 1) os sistemas de controle *social-selvagem* em que a reação à ofensa não vem pela pena, mas pela vingança privada ou vingança de sangue; 2) os sistemas de controle *estatal-selvagem* em que a pena é distribuída conforme o arbítrio de quem a comina, sem garantias para o condenado; 3) os sistemas de controle *social-disciplinar* em que haveria uma auto-regulamentação em comunidades ideologizadas e éticas com policiamentos morais, “panoptismos” sociais difusos, entre outros; 4) os sistemas de controle *estatal-disciplinar*, caracterizados pelo desenvolvimento de funções preventivas da segurança pública, com técnicas de vigilância total, tais como espionagem e polícia secretas.³³⁶

O direito penal mínimo garantista apresenta como seus objetivos tanto a prevenção de delitos como a prevenção das penais informais. Quanto ao objetivo de prevenção de delitos, Ferrajoli busca superar ou ampliar o modelo utilitarista de pena de Beccaria— fundamentado na ideia do contrato social que visa ao maior bem-estar possível para a maioria— que denomina utilitarismo partido ao meio. Assim, defende um utilitarismo renovado que além de garantir o máximo bem-estar possível aos não desviantes, também garanta o mínimo mal-estar possível aos desviantes.³³⁷

Em relação a essa minimização de sofrimento, afirma, corretamente, já não se referir à prevenção de delitos, mas ao objetivo de prevenir o mal da reação espontânea, arbitrária e punitiva, que existiria na ausência da resposta penal,³³⁸ numa crítica sutil ao abolicionismo, que, de acordo com os riscos elencados no

³³⁴ CARVALHO, Salo de. “Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista”. In: CARVALHO, Salo de. e WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 143.

³³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo**: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p. 479.

³³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 273.

³³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 267-268.

³³⁸ Cf FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.

parágrafo precedente, negligenciara quanto ao mal em que o réu ou pessoas que lhe forem solidárias se tornam vítimas. Logo conclui que “a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente as injustas punições.”³³⁹

Desses objetivos resulta, segundo Ferrajoli, o impedimento ao exercício das próprias razões, que de modo mais abrangente minimiza a violência social, pois tanto o delito como a vingança são expressões desse exercício. Nessa perspectiva, a lei penal estaria apta a reduzir a dupla violência, o que impediria, por sua vez, a identificação do direito penal com a mera defesa social, pois, em verdade, o que se tem, no dizer de Ferrajoli:

[...] é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado como o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido [...]³⁴⁰

Não há dúvidas quanto ao fato de que a proposta de Ferrajoli apresenta-se com uma estruturação teórica digna de destaque entre abolicionistas e minimalistas, pois, diferentemente dos primeiros, apresenta uma indicação de respostas político-criminais para orientar as decisões dos juristas. No entanto, verifica-se uma coerência na omissão abolicionista, porque uma pauta programática sobre o que deveriam fazer os juízes teria que ser radicalmente dirigida à eliminação desses sistemas, pois de outro modo, seria relegitimante,³⁴¹ ou em outras palavras, seria a negação do próprio discurso abolicionista. Na perspectiva minimalista, verifica-se em Baratta, cuja proposta teórica será logo abordada, um paralelo para a construção de Ferrajoli, e, em que pese o maior fechamento teórico da proposta deste, é ao pensamento baratteano que se vincula este trabalho pelas razões que ficaram evidentes no decorrer deste capítulo.

A maior elaboração teórica da proposta de Ferrajoli não é suficiente para torná-la imune a críticas, não só de caráter político e ideológico, mas também quanto à viabilidade dela. Embora o garantismo não seja central para a opção político-criminal aqui adotada, é necessário trazer à baila três críticas que, entende-se,

³³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.

³⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.

³⁴¹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 91-92.

enfraquecem a proposta garantista e que, de certo modo, contribui para a opção por outro modelo minimalista.

Pretendendo fugir das críticas à ideologia da justificação apriorística da pena, o garantismo propõe, entre outros, a justificação parcial e contingente da pena e ainda que seja realizada *a posteriori*, o que implica que a pena só pode ser justificada empiricamente³⁴² Tal fato é compreendido como um avanço da teoria de Ferrajoli, pois, distinguindo fins programáticos e função real da pena, exige que haja uma correspondência entre aqueles e esta.³⁴³ No entanto, Ferrajoli estabelece que a prova empírica afeta uma pena concreta quando se demonstra não só que não previne delitos ou vinganças, mas também que não está em condições de fazê-lo. Logo, mas que demonstrar que o objetivo não foi realizado, é preciso demonstrar que não é realizável, não podendo a mera constatação empírica causar deslegitimação.

Essa exigência, como adverte Elena Larrauri, pode levar a tentativas infinitas de realização, pois para quem está convencido da necessidade da punição, restará sempre a ideia de que faltou maior severidade ou eficiência na aplicação da pena para que os objetivos justificadores fossem alcançados.³⁴⁴ Essa primeira crítica parece ser ratificada por Vera Regina Andrade quando denuncia os “minimalismos de híbrida identidade” que associados ao efficientismo têm, paradoxalmente, levado a uma expansão do sistema penal.³⁴⁵

Além dessa abertura que permite a apropriação pelo efficientismo penal, outro ponto criticado no garantismo, cuja pretensão é minimalista, é a pouca ênfase quanto à abolição da pena de prisão, pois embora defenda a redução da pena privativa de liberdade e até se declare a favor da abolição do cárcere, Ferrajoli o faz com timidez, admitindo apenas “desenhar uma estratégia de reforma do direito penal que aponte, a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade[...]”.³⁴⁶ Nas palavras de Larrauri: “Ferrajoli assume um conceito de pena

³⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 263, 264 e 265.

³⁴³ Cf. LARRAURI, Elena. Criminología Crítica: abolicionismo y garantismo. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Notadez/ITEC, ano IV, n. 20, p. 11-38, out./dez. 2005, p. 14.

³⁴⁴ LARRAURI, Elena. Criminología Crítica: abolicionismo y garantismo. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Notadez/ITEC, ano IV, n. 20, p. 11-38, out./dez. 2005, p. 14.

³⁴⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo**: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p. 484.

³⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 331.

que não exclui a pena de prisão [...] ainda que disposto a abolir a pena de prisão, não está disposto a elaborar um conceito de pena que vete de seu catálogo o cárcere.³⁴⁷

Finalmente, é bastante relevante para este trabalho a crítica ao rechaço de Ferrajoli à possibilidade da reparação. Segundo ele, a pena deve ser sempre a privação de um direito sofrida passivamente e: “Nisto radica a sua diferença com as sanções civis, como o ressarcimento do dano e a execução em forma específica, que são prestações positivas que satisfazem obrigações de fazer e têm conteúdo reparatório”.³⁴⁸ Esse posicionamento, de acordo com Larrauri, não se justifica numa proposta minimalista, não podendo ser fundamentado numa diminuição de garantia, mas, em verdade, numa renúncia à alteração na forma como hoje é concebido o direito penal, que se mantém afastado do direito civil, numa separação quase “ontológica”.³⁴⁹

3.2.2.2 Direitos humanos como orientação para uma máxima contração do direito penal.

A perspectiva minimalista que se passa a abordar, e que é base para a postura político-criminal defendida neste trabalho, não está comprometida com relegitimação do sistema penal, em verdade, tem-se aqui como utopia a própria extinção desse sistema, o que a torna, portanto, um minimalismo meio. A proposta minimalista ora abraçada tem como base o pensamento de Raúl Zaffaroni e de Alessandro Baratta, que embora não partam dos mesmos pressupostos, defendem, de um modo geral, uma política criminal de contração do sistema penal orientada pelos direitos humanos.

³⁴⁷ LARRAURI, Elena. Criminología Crítica: abolicionismo y garantismo. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Notadez/ITEC, ano IV, n. 20, p. 11-38, out./dez. 2005, p. 14-15.

³⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 336.

³⁴⁹ LARRAURI, Elena. Criminología Crítica: abolicionismo y garantismo. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Notadez/ITEC, ano IV, n. 20, p. 11-38, out./dez. 2005,

3.2.2.2.1 Um programa de política criminal alternativa de base materialista.

Com base nas considerações já expostas na seção destinada à criminologia crítica, no capítulo anterior, pelas quais se denuncia que os processos de criminalização reproduzem a lógica das relações sociais desiguais, Alessandro Baratta propõe uma política criminal alternativa das classes atualmente subordinadas. Explique-se. Tendo em vista a seletividade operada pelo sistema penal sobre as classes mais desfavorecidas economicamente, tanto na criminalização primária como na secundária, a criminologia crítica propõe uma luta radical contra os comportamentos socialmente negativos praticados por indivíduos pertencentes a classes sociais mais abastadas.

Decerto o comportamento desviante ou antissocial distribui-se igualmente por todos os grupos sociais, no entanto a criminalização e a perseguição não o são, ocasionando, muitas vezes, a não-criminalização e a não-perseguição dos comportamentos mais danosos socialmente. Baratta, então, delineia inicialmente sua proposta político criminal a partir de uma construção dirigida aos interesses das classes proletárias,³⁵⁰ exposta na obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, em que apresenta estratégias para essa política criminal.

Tais estratégias, resumidamente, devem: inserir o problema do desvio na análise das contradições que caracterizam as relações de produção, buscando fazer da política criminal uma política de transformação social e institucional; destacar o direito penal como um direito desigual, dirigindo à tutela penal para áreas de interesse essencial à vida dos indivíduos e da comunidade; adotar meios alternativos de controle mais eficazes, cuidando para evitar o pan-penalismo ou a simples extensão do direito penal, substituindo sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes; buscar a abolição do cárcere, através do alargamento de medidas alternativas, pela ampliação das formas de suspensão condicional da pena e de liberdade condicional, introduzindo formas de execução da pena detentiva em regime de semiliberdade e reavaliando o trabalho carcerário; atribuir máxima consideração à função da opinião pública e dos processos

³⁵⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 197.

ideológicos que ela desenvolve na sustentação e na legitimação do direito penal desigual.³⁵¹

No entanto, posteriormente, essa proposta foi aprimorada quando esse criminólogo estabeleceu princípios para um direito penal mínimo, baseando-se no respeito aos direitos humanos. Para os fins desse trabalho interessa, sobretudo, essa perspectiva aprimorada, a qual encontra mais sintonia com a proposta minimalista de Zaffaroni, que, como Baratta, estrutura seu pensamento, dirigindo-o à utopia abolicionista, sendo tal orientação, repita-se, base para o ideal minimalista defendido neste trabalho.

Nessa proposta de mínima intervenção penal, o conceito de direitos humanos assume uma dupla função. Uma negativa, pela qual se estabelece os limites da intervenção penal; outra positiva que indica o objeto possível, porém não necessário de tutela penal. Essa dupla função seria o meio mais adequado para a máxima contenção da violência punitiva que é erigida a condição de momento prioritário da política criminal alternativa.³⁵²

No entanto deve se destacar que assim como a contenção da violência punitiva exige a afirmação dos direitos humanos, essa afirmação exige a contenção da violência estrutural, a qual para ser compreendida impõe uma ampliação do sentido usual da palavra violência e do conteúdo dos direitos humanos.

Os direitos humanos compreendidos numa perspectiva histórico-social significam a proteção às necessidades reais de desenvolvimento do homem, como pessoa, como grupo humano ou como povo num determinado momento do desenvolvimento da sociedade. Logo, esses direitos excedem as determinações do direito nacional e das convenções internacionais, configurando-se assim como um caminho para a realização da própria ideia de ser humano ou da dignidade humana, uma proteção normativa às necessidades reais desse homem.

No entanto, essas necessidades reais encontram óbices decorrentes, sobretudo, das injustas relações de poder e de propriedade que impedem a satisfação dessas necessidades. Em outras palavras, a satisfação das necessidades de uns se produz às custas da não-satisfação das necessidades de outros. Essa

³⁵¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 200-204.

³⁵² BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 300-301.

discrepância identificada como uma injustiça social é também considerada uma violência estrutural, porque é a repressão de necessidades reais, sendo, portanto, uma negação dos direitos humanos.³⁵³

Logo, a violência estrutural é uma forma de violência da qual resultam, em muitos casos, as outras formas, como a violência individual ou grupal, a violência institucional ou internacional etc. O fato é que todas as formas de violência é violação aos direitos humanos. Assim, a luta contra a violência, inclusive punitiva, deve ser sempre integrada a um movimento pela afirmação dos direitos humanos e pela justiça social, para que possa ser considerada real.

Diante dessas considerações, conclui-se que os sistemas penais, sobretudo sua instituição carcerária, funcionam mais como um sistema de violação de direitos humanos do que como um sistema de proteção deles, sendo tais violações legais ou ilegais, como ocorre com as inúmeras arbitrariedades cometidas pelas agências policiais.

O programa de direito penal mínimo ora exposto baseia-se, primeiro, numa rigorosa afirmação dos direitos humanos, sobretudo para aqueles indiciados e condenados por esse sistema penal, e, segundo, numa rigorosa política de descriminalização, visando à superação do sistema penal e sua substituição por formas mais adequadas, diversificadas e justas de dirimir conflitos sem violar os direitos elementares da pessoa humana.³⁵⁴

A política criminal, nessa ótica, deve partir de uma estratégia global que compreenda a violência em toda sua abrangência, não se detendo a uma pequena parte dela, pautada no princípio da legalidade e da igualdade, deve estrategicamente evitar a criminalização dos mais frágeis e a impunidade dos mais fortes, pois, entende-se que, apenas dessa forma, ter-se-ia um controle eficaz e não apenas simbólico.³⁵⁵

As consequências da eficácia desse controle seriam, pois: o foco nas causas e não apenas nas manifestações dos conflitos e da violência; o objeto centrado em

³⁵³ BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 338.

³⁵⁴ BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 348-349.

³⁵⁵ BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, Derechos, p. 351.

situações e não em comportamentos dos autores implicados; e a possibilidade de formas de compensação e de restituição das vítimas, quando possível e necessário.³⁵⁶

Ao estabelecer os requisitos mínimos do respeito aos direitos humanos pela lei penal, Baratta enuncia princípios para uma mínima intervenção, centrando sua atenção na criminalização primária. Assim, de um ponto de vista interno do direito penal, estabelece princípios intrassistemáticos, que indicam os requisitos para que haja introdução ou manutenção de figuras delituosas da lei penal. Já de uma ótica externa, estabelece princípios extrassistemáticos, que indicam critérios políticos e metodológicos para uma prática de descriminalização e para o trato dos conflitos e dos problemas sociais numa forma alternativa a que oferece o sistema penal.³⁵⁷

Os princípios intrassistemáticos englobam: princípios de limitação formal; princípios de limitação funcional; e princípios de limitação pessoal ou de limitação da responsabilidade penal. Já os princípios extrassistemáticos abrangem: os princípios extrassistemáticos de descriminalização e os princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais.³⁵⁸

Tendo em vista a proposta deste trabalho, opta-se por abordar aqui apenas alguns desses princípios, em verdade, os mais relevantes para a crítica e para o posicionamento político criminal aqui estabelecidos. Assim, entre os limites intrassistemáticos, abordar-se-ão apenas alguns relativos à limitação funcional. Como não é possível abordar cada um deles com exaustão, serão, imediatamente, apenas demonstrados e esclarecidos, sendo retomados ao final do trabalho, quando serão relacionados diretamente à crítica à criminalização da violência contra a mulher e à proposta restaurativa.

O princípio da resposta não contingente, integrante da limitação funcional, exige que a lei penal seja uma resposta a problemas sociais fundamentais que sejam gerais e duradouros. O caminho trilhado até a construção de uma resposta penal dever ser de debate exaustivo, tanto no âmbito parlamentar, como no âmbito

³⁵⁶ BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, Derechos, p. 351 e 352.

³⁵⁷ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 304.

³⁵⁸ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 304-328.

da sociedade. Esse princípio exige que o caráter de abstração e generalidade da lei jamais possa ser derogado, além disso, rechaça qualquer experiência de direito penal de emergência.³⁵⁹

Também são dignos de destaque, ainda no âmbito da função da lei penal, os princípios da proporcionalidade abstrata, da idoneidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade concreta ou da adequação do custo social.

O primeiro exige que somente graves violações a direitos humanos possam ser objeto de lei penal, devendo as penas serem proporcionais ao dano causado pela violação. No entanto essa proporcionalidade é apenas uma condição necessária, mas não suficiente para a introdução ou manutenção de uma pena.³⁶⁰ De acordo com Baratta, outras condições se fazem necessárias, por isso pelo princípio da idoneidade impõe-se que o legislador realize um minucioso estudo dos efeitos sociais úteis que se deve esperar da pena. Logo, somente devem subsistir as condições para admissão de uma norma penal, se a análise, através de métodos sociológicos, de normas similares no mesmo ou em outros ordenamentos, provam ou mostram como altamente prováveis, algum efeito útil da pena em relação à situação que se entende violar ou ameaçar os direitos humanos.³⁶¹

O princípio da subsidiariedade, por sua vez exige que uma pena somente pode ser cominada se provado que não existem modos não penais de intervenção que possam ser adotados no enfrentamento da situação que põe em risco ou violadireitos humanos. Então, além da comprovação da proporcionalidade e da idoneidade de uma pena, é necessário também que se demonstre que essa pena não pode ser substituída por outros modos de enfrentamento menos danosos socialmente.³⁶²

Ainda dentre os princípios intrassistemáticos de limitação funcional, traz-se à baila o princípio da proporcionalidade concreta ou princípio da adequação do custo

³⁵⁹ CF BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p..308 e 309.

³⁶⁰ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 309.

³⁶¹ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 310.

³⁶² BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 310.

social, que, juntamente com o princípio do primado da vítima, é fundamental na crítica da criminalização da violência familiar contra a mulher, como se verificará. A proporcionalidade concreta impõe mais que um simples cálculo de custos e benefícios de uma lei penal, em verdade, exige que se proceda a uma análise dos elevados custos sociais que a incidência da pena tenha sobre aquelas pessoas sobre quem recai, sobre suas famílias, seu ambiente social e sobre a própria sociedade. Destaque-se que a violência penal pode agravar e reproduzir conflitos nas áreas em que intervém, a exemplo do que ocorre quando há relações intersubjetivas entre os envolvidos, como ocorre no tipo de conflito ora estudado.

Decerto não se pode olvidar de que em muitos casos a criminalização de uma conduta gera efeitos sociais tão nefastos que não há como se sustentar, por exemplo, o objetivo da pacificação social. No Brasil, o exemplo, mais evidente é o da proibição da produção e comercialização de algumas drogas, cujos efeitos sociais são os mais drásticos possíveis, causando muito mais violação aos direitos humanos do que certamente causaria a descriminalização da conduta.

Além disso, não se pode esquecer que, assim como a criminalização não é o bem negativo igualmente distribuído, os elevados custos sociais da imposição de uma pena também não o são. Logo, verifica-se que mais uma vez serão mais débeis socialmente quem mais sofrem os efeitos da pena, não só aqueles criminalizados, mas também suas famílias e suas comunidades o são.

O princípio do primado da vítima é também essencial à crítica orientadora desse trabalho e ao modelo político-criminal que se defende adiante. Assim, enquanto o discurso liberal firmou a necessidade de neutralização da vítima para que houvesse uma objetiva aplicação da pena, Baratta afirma que:

Substituir em parte o direito punitivo pelo direito restitutivo, outorgar a vítima e, mais em geral, a ambas partes dos conflitos interindividuais, maiores prerrogativas, de maneira que possam estar em condições de restabelecer o contato perturbado pelo delito, assegurar em maior medida os direitos de indenização das vítimas, são algumas das mais importantes indicações para a realização de um direito penal de mínima intervenção e para conseguir reduzir os custos sociais da pena.³⁶³

Preliminarmente, poder-se-ia afirmar que, por esse princípio, seria possível a adoção de práticas restaurativas dentro do próprio sistema penal. Estrategicamente,

³⁶³ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 316.

no entanto, essa possibilidade só será analisada na conclusão do trabalho quando se terão subsídios que permitam analisá-la com mais precisão e em contraposição a outras possibilidades.

Passa-se, então, a tratar dos princípios extrassistemáticos propostos por Baratta para a mínima intervenção penal, os quais são divididos em dois grupos: princípios de descriminalização e princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais. Também, quanto a esses, optou-se aqui por abordar aqueles mais diretamente relacionados à temática recortada neste trabalho.

Antes de tratar diretamente dos princípios de descriminalização, deve-se destacar que boa parte dos princípios intrassistemáticos também exercem essa função, pois ao delimitarem as condições para manutenção de leis penais, esses últimos impõem, de forma indireta, uma eliminação parcial ou total de figuras delitivas, ou mesmo a implementação de práticas que reduzam a violência das penas.³⁶⁴

De um ponto de vista externo aos sistemas penais, mais especificamente quanto à descriminalização, é de grande contribuição para a proposta ora apresentada para enfrentamento da violência familiar contra a mulher o princípio da privatização dos conflitos, o qual mantém evidente relação com os princípios da proporcionalidade concreta e do primado da vítima. Por esse princípio busca-se a reapropriação dos conflitos pelos envolvidos, visando à construção de possibilidades de se substituir, parcialmente, a intervenção penal por formas do direito restitutivo e acordos entre os protagonistas do conflito, num contexto de instâncias públicas e comunitárias de reconciliação.³⁶⁵

Outro princípio especialmente relevante para este trabalho é o de preservação de garantias formais pelo qual se exige que o deslinde de conflitos fora do âmbito penal, quer institucional, quer comunitário, seja realizado de forma que os envolvidos não se sintam num regime com garantias menores do que aquelas oferecidas formalmente pelo direito penal. Este princípio tem como objetivo afastar argumentos comumente usados para refutar políticas alternativas para a resolução de conflitos.

³⁶⁴ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 324.

³⁶⁵ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 326.

Certamente, esse princípio dá ensejo ao argumento de que o direito penal necessitaria apenas de garantias mais extensas, no entanto deve-se ratificar que na realidade o sistema penal não consegue concretizar, por todas as razões já mencionadas, as garantias do discurso. Por outro lado, a exigência de garantias e transparência podem sim ser atendidas em esferas não penais, desde que haja vontade, força política e criatividade sociológica adequada às exigências de uma política criminal mais comprometida com a emancipação dos sujeitos.

Sobre a metodologia para a construção de alternativas ao sistema penal, Baratta faz a seguinte afirmação, de caráter geral:

Os princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais implicam a liberação da imaginação sociológica e política da “cultura penal”, que tem colonizado amplamente o modo de perceber e de construir os conflitos e os problemas sociais numa sociedade. Esses princípios têm a função de enfrentar, por contraste, a coisificação dos conceitos de criminalidade e de pena e a de propiciar uma visão inovadora e mais diferenciada dos conflitos e dos problemas sociais.³⁶⁶

Ainda entre esses princípios de caráter metodológico para descriminalização deve-se destacar o princípio da especificação dos conflitos e dos problemas, que é forjado como oposição ao fato de o sistema penal constituir-se num aglomerado arbitrário de objetos heterogêneos cujo único elemento comum é o de estarem sujeitos à resposta punitiva. Assim, por esse princípio entende-se que os conflitos poderiam ser reagrupados de modo mais coerente, observando-se a diversidade de sua natureza, pois a heurística encaminharia para respostas construídas de modo diferenciado, o que, conseqüentemente, tornar-las-ia, mais adequadas à natureza dos conflitos.³⁶⁷

O princípio geral de prevenção, que também integra o grupo dos princípios metodológicos, embora não seja essencial para fundamentar a proposta defendida neste trabalho, é relevante para o posicionamento político que a enseja, o que o torna, assim, digno de nota. Por esse princípio, entende-se que é preciso enfatizar formas de controle preventivo em detrimento das formas repressivas. A repressão se

³⁶⁶ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 326.

³⁶⁷ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 328.

foca no indivíduo, nas ações definidas como desviadas, já a prevenção se volta para as situações complexas nas quais os conflitos se produzem.

Então, tendo em vista, a inter-relação entre direitos humanos e violência estrutural alhures mencionada, pode-se inferir que uma política de justiça social e de afirmação de direitos humanos é a forma mais eficaz de se realizar a prevenção geral de conflitos, pois a sociologia demonstra que o lugar e momento em que os conflitos sociais se produzem são mais complexos do que o momento e o lugar em que se manifestam. Logo, a compreensão e, por conseguinte, o deslinde do conflito exigem que se analise desde as ações e decisões do ato desviado até às situações em que estão envolvidos os vários autores e, ainda, das estruturas objetivas e dos mecanismos sociais complexos, nos quais as ações de cada autor se inscrevem como funcionais e não como causas.³⁶⁸

Entre todos os princípios extrassistemáticos de intervenção mínima construídos por Baratta, destaca-se como um dos mais importantes o da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais, que também é basilar para os propósitos deste trabalho. Segundo esse preceito, não é possível haver uma mudança democrática na política de controle social se os sujeitos não possuem uma condição ativa na definição dos conflitos que integram e na construção de formas idôneas de intervenção institucional e comunitária para dirimi-los. Logo, a condição de autonomia quanto à percepção e à consciência dos conflitos, das necessidades reais e dos direitos humanos, essenciais à ideia de democracia e de soberania popular, é considerada um princípio-guia para que se ultrapasse a condição do Estado de direito formal e se alcance o modelo de substancial de Estado dos direitos humanos.³⁶⁹

Certamente, as diretrizes político-criminais estabelecidas, ao longo desse tópico, já criam o contexto necessário para o desenvolvimento da proposta restauradora, que é o cerne deste capítulo. No entanto, considerando ser o pensamento baratteano uma expressão própria de países centrais, cuja realidade socioeconômica e, sobretudo, cultural difere bastante de países colonizados como o Brasil; e, ainda, as objeções que se poderia apresentar à adoção dessas ideias em

³⁶⁸ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 328.

³⁶⁹ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 329 e 330.

países em que o discurso de lei e ordem de recrudescimento de normas penais tem sido um dos principais motes para alavancar massas eleitoreiras ávidas de “segurança”,³⁷⁰ entende-se necessária uma base teórica autóctone para fundamentar a proposta adiante esboçada para o enfrentamento da violência familiar contra a mulher.

3.2.2.2 Uma perspectiva minimalista situada regionalmente.

Considerando as peculiaridades dos modelos colonial e neocolonial da América Latina — representados, respectivamente, pelos impérios ibéricos e pela América do Norte — Zaffaroni, ratifica a denuncia abolicionista da multirreferida deslegitimação, oferecida pela criminologia crítica, em especial por Baratta, mas afirma a necessidade e a possibilidade de uma resposta político-criminal latino-americana baseada no realismo marginal, em que os direitos humanos também são parâmetros para a estratégia de delimitação.³⁷¹

Em outras palavras, Zaffaroni parte de constatações semelhantes a da criminologia crítica, como a seletividade, a eficácia invertida, a proteção simbólica e a violência, que caracterizam o sistema penal, assim como a quebra dos vínculos comunitários decorrentes da atuação desse sistema, mas entende que a realidade latino-americana é ainda mais grave quanto à atuação das agências não judiciais, Assim, reforça as denúncias da criminologia crítica, acrescentando-lhes o genocídio causado pela operacionalidade desses sistemas na região cone sul.

Essa denúncia situada regionalmente baseia-se nas muitas mortes que esses sistemas executam ou viabilizam, a exemplo das causadas por grupos policiais ou parapoliciais em circunstâncias que vão das torturas “em que se perdem os limites” às mortes exemplares praticadas por grupos de extermínio formados por integrantes do próprio sistema.³⁷² Também afirma ser o poder dos sistemas penais na América Latina um poder configurador e não negativo ou repressivo, pois a militarização das agências não judiciais e a burocratização das agências judiciais permitem que as

³⁷⁰ Cf. NETO, Pedro Scuro. Chances e entraves para a justiça restaurativa na América Latina. In . BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 227.

³⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derechos humanos y sistemas penales en América Latina”. In: **Criminología crítica y control social**. 1. El poder punitivo del Estado. Rosário: Júris, 2000, p. 63.

³⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 123 e 124.

primeiras atuem com inteira discricionariedade. Práticas das agências não judiciais, como imposição de penas, violação de domicílio e de sigilo nas comunicações exercidas à margem de qualquer controle judicial, são evidências desse poder configurador dos sistemas penais latino-americanos.³⁷³ Destaca, ainda, a fabricação de realidades e ideologias, que vão da atuação dos meios de comunicação na “criação da criminalidade e na legitimação do sistema penal, já mencionada no primeiro capítulo, até a reprodução ideológica e acrítica dos sistemas penais pelas universidades”.³⁷⁴ Por fim, enfatiza o problema das penas sem condenação, que representam, segundo ele, 65% de todas as prisões efetuadas na América Latina, e das condições cárceres latino-americanos, as quais muito se assemelham aos campos de concentração,³⁷⁵ sendo verdadeiras máquinas de deterioração humana, o que evidencia a falsidade do discurso ressocializador.³⁷⁶

Esse contexto exige, pois, segundo Zaffaroni, mais que um uso alternativo do direito penal, como propõe Baratta ou a criminologia crítica, mas um direito alternativo capaz de promover a aceleração histórica, pois, mesmo considerando a validade central da proposta crítica, entende que a realidade latino-americana é mais emergencial, tanto porque não se verificam respostas à deslegitimação do sistema penal, havendo evidente tendência de se amontoarem os argumentos que ignoram ou pretendem ignorar tal deslegitimação,³⁷⁷ como e, sobretudo, pela prática genocida de seus sistemas penais.³⁷⁸ E é nessas constatações que se fundamenta a proposta do realismo marginal, modelo minimalista que pretende abranger tanto a dimensão criminológica, quanto a dimensão político criminal ou jurídico-penal.³⁷⁹

³⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 126.

³⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 127-132.

³⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derechos humanos y sistemas penales en América Latina”. In: **Criminologia crítica y control social**. 1. El poder punitivo del Estado. Rosário: Júris, 2000, p. 67.

³⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 135.

³⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 115.

³⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 114.

³⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 171.

O realismo marginal tem como pressuposto que “o exercício dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos”,³⁸⁰ pois, apesar de todos os instrumentos relativos a esses direitos parecerem pressupor a legitimidade do sistema penal, a natureza deles impõe reconhecer que essa legitimidade é apenas aparente.³⁸¹ Em verdade, tendo em vista o contexto em que os direitos humanos são consagrados internacionalmente, entende-se que não representam uma ideologia instrumentadora, mas certo compromisso ético, mais ou menos universal, pelo qual se entende que o direito à vida com dignidade deve hierarquizar toda a atuação estatal, inclusive e sobretudo, das agências punitivas.

Por essa razão o realismo marginal defende a necessidade e a urgência de um programa transformador, como um marco teórico sincrético, no qual os direitos humanos são indispensáveis tanto para estabelecer a estratégia, como para serem a própria estratégia.³⁸² Em verdade, entende que sistema penal não impede uma generalização da vingança, pois, conforme já afirmado, só alcança um número reduzidíssimo de casos, ao mesmo tempo em que a maioria das ocorrências, que ficam impunes, não generaliza vinganças desmedidas. Assim, entende não ser esse sistema uma meta insuperável, defendendo, portanto, um minimalismo estratégico como um caminho que possa conduzir ao abolicionismo.

O próprio Zaffaroni reconhece a possibilidade de objeções à sua proposta e busca responder algumas delas, por exemplo, a observação de que as declarações e os tratados de direitos humanos são muito gerais e imprecisos, não podendo, portanto orientar uma atuação em concreto. O contra-argumento a essa observação é feito reconhecendo-lhe algum grau de verdade, mas apenas em países centrais, porque, na América Latina, as violações aos direitos humanos são tão grosseiras, que, a despeito de qualquer imprecisão, esses direitos estariam aptos a oferecer pautas orientadoras para a transformação do sistema, a começar por hierarquizar regionalmente o direito humano à vida. Assim, demonstra-se que dada a gravidade da situação, os direitos humanos são sim uma orientação clara e útil com grande potencial transformador para uma região em que as mortes provocadas pela ação

³⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 147.

³⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 147 e 148.

³⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derechos humanos y sistemas penales en América Latina”. In: **Criminología crítica y control social**. 1. El poder punitivo del Estado. Rosário: Júris, 2000, p. .63.

ou pela omissão do Estado são fatos corriqueiros e fomentados pela atuação do sistema penal.

Outra objeção digna de destaque ao realismo marginal seria a de que, ao se pretender como uma construção latino-americana, incorreria na contradição de propugnar o discurso dos direitos humanos que fora construído pelos países centrais. Ao que Zaffaroni contra-argumenta, afirmando que o discurso dos direitos humanos foi construído (ou reconstruído) num contexto de contradição interna, em que o discurso racista e colonialista fora utilizado pelo nazismo, exigindo a construção de um outro discurso, ainda que não fosse funcional ao exercício do poder.³⁸³ Em verdade, esse discurso humanitário é mesmo disfuncional, sendo evidente isso, porque permite que se possa através dele desmistificar e deslegitimar a prática dos sistemas penais.

Também o caráter sincrético da proposta marginal, que nem distingue criminologia de política criminal, nem nega sua vinculação à política social e à antropologia a torna suscetível a críticas. Porém, seu mentor afirma que a realidade genocida impõe transformações urgentes, que podem e devem prescindir de uma construção teórica pura. Além disso, destaca a necessidade de a criminologia conectar-se a um conjunto de conhecimentos provenientes de diversos campos, tornando possível a implementação das táticas orientadas estrategicamente para reduzir as violações dos direitos humanos na atuação dos sistemas penais.

Finalmente, uma crítica ainda possível ao realismo marginal seria a de que o próprio discurso penal busca se fundamentar no ideal dos direitos humanos, pois ambos teriam em suas feições atuais a mesma origem burguesa, com pretensão de controle, podendo se objetar, portanto, que tal proposta político-criminal não apresenta potencial transformador propugnado por Zaffaroni. Acerca dessa crítica possível, pode-se afirmar que embora ambos estejam associados às lutas burguesas, o sistema penal atual teve sua configuração iniciada no século XVII, mas concluída apenas no século XIX, sob a égide do positivismo; enquanto os direitos humanos, cujas raízes são múltiplas, tiveram sua formulação moderna no século XVIII, com clara pretensão de limitar aquele.³⁸⁴

³⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derechos humanos y sistemas penales en América Latina". In: **Criminología crítica y control social**. 1. El poder punitivo del Estado. Rosario: Júris, 2000, p. 74.

³⁸⁴ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 152.

De fato, não se pode negar que os direitos humanos apresentem-se como um programa realizador de igualdade de direitos, enquanto os sistemas penais são instrumentos não só de consagração como da reprodução da desigualdade. E a observação dessa incompatibilidade torna-se perceptível no fato de que os dispositivos presentes nos instrumentos de direitos humanos sempre se dirigem a limitar e a conter o exercício do poder dos sistemas penais.³⁸⁵

É, ainda, importante ressaltar que as pautas orientadoras, referidas ao longo desse tópico, dirigem-se aos juízes, que, segundo o criminólogo argentino, ostentam um poder mais aparente do que real, em virtude de serem as agências policiais que de fato selecionam a clientela a ser criminalizada. Também o legislador latino-americano nada mais faz do que ampliar a arbitrariedade seletiva das agências policiais quando legisla um novo tipo penal.³⁸⁶

Assim, para o realismo marginal, o discurso jurídico-penal deve ser reduzido a uma construção pautadora de decisões da agência judicial fundamentada em dados da realidade, o que seria uma oposição ao idealismo que tende a criar “um mundo do jurista”, afastando-o do mundo real e dando-lhe uma segurança própria da alienação em que opera. No realismo, ao revés, o jurista experimenta menos certeza, porque as respostas são menos absolutas e mais contingentes.³⁸⁷

Esse exercício do poder pautado no direito humanitário, comprometido com a redução da violência do sistema teria uma função de contradição em relação às demais agências do sistema penal, logo o discurso jurídico não seria “pronto”, mas aberto às contingências, para que possa, assim, ser legítimo, mesmo num sistema deslegitimado e que não se pretende relegitimar.³⁸⁸

Desse modo, acredita-se se poder para salvar muitas vidas humanas, evitar muita dor e criar um caminho para que o sistema penal possa ser um dia suprimido e substituído por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos.

³⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 149.

³⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derechos humanos y sistemas penales en América Latina”. In: **Criminología crítica y control social**. 1. El poder punitivo del Estado. Rosário: Júris, 2000, p. 66.

³⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 188.

³⁸⁸ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 197e 198.

Para este trabalho, é, sobretudo, importante esse caminho a que se refere Zaffaroni, pois, trilhando-o, são construídas as ideias que serão expressamente defendidas adiante. Porém, deve-se destacar desde já a ciência de que, como adverte esse humanista, o caminho da redução progressiva da intervenção penal só dever ser percorrido quando os conflitos sejam subtraídos do modelo punitivo, para proporcionar-lhes outra via de solução de conflitos, pois renúncias ao sistema penal deve ser significar sempre renúncias ao próprio modelo punitivo.³⁸⁹

3.3 Justiça Restaurativa: um foco na autonomia, na responsabilidade e nas necessidades dos protagonistas do conflito.

Nesta seção, chega-se ao ponto central do trabalho: a compreensão da justiça restaurativa e de suas implicações no enfrentamento da violência familiar contra a mulher. Conforme mencionado alhures, há por parte da autora toda ciência de que se adentra em campo minado, pois se tratar da justiça restaurativa já exige, entre tantos obstáculos, a ruptura com o paradigma punitivo; associá-la à violência contra a mulher impõe, no mínimo, mais uma ruptura, dessa vez, com a crença feminista de que o sistema penal detém, por excelência, as condições para coibir a violência contra a mulher, contribuindo para a emancipação feminina.

O estudo da justiça restaurativa tem como primeira dificuldade, a polissemia do termo. Decerto que, sob essa designação encontram-se práticas plurais entre as quais nem sempre é possível identificar princípios comuns. Não integra, porém, as pretensões deste trabalho analisar práticas para lhes verificar, ou não, a natureza restauradora, por isso não se detém aqui no exame de práticas ou de programas específicos denominados “restauradores”. Antes se busca a identificação dos princípios e dos antecedentes do paradigma restaurador, a fim de que se possa, então, aproximar-se de conceito de justiça restaurativa, pois, como afirma Alisson Morris, a essência da justiça restaurativa não está na escolha de uma determinada forma, mas na adoção de práticas que reflita os valores e objetivos restauradores.³⁹⁰

³⁸⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 178.

³⁹⁰ MORRIS, Alisson. “Criticando os críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa”. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 442.

Identificados antecedentes, princípios ou valores e os objetivos, passa-se, em seguida, à análise da adoção da justiça restaurativa no deslinde da violência doméstica, ponderando seus dos riscos e suas vantagens. Também, far-se-ão, algumas considerações acerca da possibilidade de se adotar práticas restaurativas no contexto da Lei Maria da Penha, o que implicará ainda, uma necessária reflexão sobre a relação entre a justiça restaurativa e o sistema penal.

3.3.1 Antecedentes e influências político-criminais.

Segundo Mylène Jaccoud, o modelo restaurativo encontra vestígios históricos na organização social das sociedades comunais (sociedades pré-estatais européias e as coletividades nativas), que *privilegiavam as práticas de regulamento social centradas na manutenção da coesão do grupo*.³⁹¹ Como nessas sociedades, o interesse coletivo se sobrepunha aos interesses individuais, a violação a uma norma provocava reações voltadas ao restabelecimento do equilíbrio rompido.

A ideia contemporânea de justiça restaurativa, no entanto, teria, segundo essa criminóloga canadense, as seguintes origens: os movimentos de contestação das instituições repressivas, marcados, sobretudo, pelos estudos da Escola de Chicago; a redescoberta da vítima e a reação cultural à neutralização de práticas comunitárias de resolução de conflitos, decorrente da imposição de um sistema de direito único e unificador.³⁹²

Em relação aos movimentos de contestação das instituições repressivas, deve-se destacar que Mylène Jaccoud elenca a criminologia radical, uma das vertentes da nova criminologia ou criminologia crítica, como um dos movimentos inspiradores do ideal restaurador.³⁹³ A identificação dessa relação tem especial relevância para este trabalho, que busca fundamentar a justiça restaurativa na crítica da criminologia crítica.

³⁹¹ JACCOUD, Mylène. “Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa”. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 163.

³⁹² JACCOUD, Mylène. “Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa”. In BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 163.

³⁹³ JACCOUD, Mylène. “Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa”. In BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 164

Também acerca das origens e das influências da justiça restaurativa, García-Pablos de Molina afirma que não são claros e unívocos os seus antecedentes ideológicos. No entanto aponta como origens ou antecedentes próximos desse modelo de justiça os movimentos alternativos que propugnam pela solução dos conflitos à margem do sistema legal, englobados pelo termo *diversion*, as tendências vitimológicas clássicas e as doutrinas europeias abolicionistas.³⁹⁴

Elena Larrauri também se encaminha num mesmo sentido, apontando o abolicionismo e a vitimologia como sendo, fundamentalmente, as origens da justiça restaurativa, mas destacando a influência de grupos críticos do sistema penal interessados na busca de alternativas à prisão.³⁹⁵ Entre esses grupos, é claro deve se situar a criminologia crítica.

Como se pode verificar, há bastante convergência entre os autores quanto às origens criminológicas da política criminal restauradora, tendo sido todos esses antecedentes já mencionados no capítulo anterior, não sendo, pois necessário retomá-los. Somente a *diversion*, a que se refere Pablos de Molina não foi diretamente mencionada na reflexão do capítulo anterior, uma vez que se trata mais de um movimento político-criminal do que de uma observação empírica, sendo pois conveniente abordá-la neste capítulo. Assim, far-se-á, neste tópico, uma breve digressão pelo que se entende por *diversion*, para em seguida se buscar estabelecer as relações entre todos esses movimentos antecedentes e a justiça restaurativa, identificando o alinhamento entre esses diversos antecedentes para a configuração do modelo restaurador.

A *diversion*, desvio ou diversão é identificada como um dos pilares político-criminais decorrente da aplicação do interacionismo simbólico ao estudo do crime, através do *labeling approach*, cujo legado não se restringiu à compreensão criminológica, tendo assumido também uma dimensão política. Assim, juntamente ao movimento pela descriminalização, pela não-intervenção radical e pelo *due process*, o interacionismo, na perspectiva política, inclui também a defesa de fórmulas alternativas ou complementares ao sistema legal. Explique-se. A necessidade de evitar o estigma da justiça criminal sem deixar de responder à

³⁹⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 399.

³⁹⁵ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, nº 51. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov./dez. 2004, p.71.

conduta desviante provocou a busca por soluções mais informais ou não-institucionais que vão ser concebidas como diversão.³⁹⁶

Surgidas nos Estados Unidos, a *diversion* e conciliação são englobadas, por alguns autores, no modelo consensual de resolução de conflitos, mas como formas distintas. A primeira dar-se-ia na justiça formal, mas através de mecanismos menos formais, visando à ampliação da capacidade jurisdicional; já a segunda seria a resolução do conflito em termos aceitáveis pelas partes através de um mediador, que empregaria o senso comum, visando à coesão social, constituindo-se num desvio de casos para fora do sistema penal.³⁹⁷

No entanto, ao se referir a *diversion* Pablos de Molina não se preocupa em distingui-la da conciliação, antes parece tratar desta como parte integrante daquela. Em verdade, ele aborda a *diversion* num contexto amplo do modelo integrador para solução de conflitos, no qual inclui os sistemas de mediação, conciliação e reparação, que visariam resgatar a dimensão interpessoal do crime, o contexto real e histórico do conflito, propondo uma gestão participativa do conflito, ampliando o espaço comunicativo, através de aumento do círculo de pessoas 'legitimadas' para intervir na resolução do conflito.³⁹⁸

A configuração da *diversion*, diversão ou, ainda, diversificação é bastante aclarada pela distinção entre ela e a descriminalização e a despenalização. Assim, afirma-se que é a descriminalização é a retirada formalmente ou de fato do âmbito do direito penal de certas condutas que, por não serem tão graves, deixam de ser delitiva. A despenalização seria o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, mantendo-lhe como ilícito penal. Finalmente, a diversificação constituir-se-ia pela suspensão dos procedimentos criminais, mas com a manutenção formal se sua competência.³⁹⁹

Estabelecidas essas considerações acerca do que se considerou origens ou antecedentes próximos do modelo restaurativo, pode-se afirmar que, embora esses antecedentes tenham fundamentações teóricas e ideológicas distintas, é possível

³⁹⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 360.

³⁹⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 391.

³⁹⁸ GARCIA-PABLOS, Antonio de Molina. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp 398- 399.

³⁹⁹ CERVINI, Raúl *apud* MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha**: teoria e prática da vitimação feminina no sistema penal brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008, p. 68 e 69.

identificar pontos de convergência entre eles. Logo, no tópico a seguir, busca-se compreender, sucintamente, como todos os movimentos aqui mencionados se refletem, de algum modo, na justiça restaurativa.

3.3.1.1 A justiça restaurativa e suas vinculações criminológicas e político-criminais.

O caráter sintetizador da justiça restaurativa é afirmado por Pablos de Molina, para quem:

[...] este genuíno “movimento” tem sabido sintonizar as exigências sociais e expectativas de nosso tempo em torno do doloroso problema do crime - problema social e comunitário de primeira classe - de melhor forma, que os velhos projectos clichês categoriais da rançosa dogmática penal que é cada vez mais retórica do que ciência.⁴⁰⁰

É mesmo incontestável que a justiça restaurativa venha se afirmando como um modelo político-criminal capaz de responder a diversos movimentos críticos da justiça criminal, congregando muitas das propostas construídas no interior de cada um desses movimentos, como se busca demonstrar.

O interacionismo simbólico, como se viu no capítulo anterior, concebe um indivíduo numa *inter-ação* com o meio. Logo, um altera o outro, reciprocamente se modelando. Essa linha de pensamento é produto da Escola de Chicago, que como também demonstrado, buscou compreender a criminalidade a partir da reação social, tendo em vista a mencionada interação. A compreensão do crime nessa perspectiva sociológica levou, entre outros, a construção do enfoque no etiquetamento, que, por sua vez, vai contestar as instâncias de controle, as leis e seus conteúdos, por entender que a criminalidade é construída a partir da criminalização e através de mecanismos de seleção e discriminação. É a partir da compreensão interacionista do crime, que ganham relevância os efeitos da reação social pelo estigma que cria. Finalmente, decorre, ainda, da perspectiva interacionista a denúncia das cifras negras, que evidenciam que a maior parte dos conflitos sociais — inclusive, aqueles rotulados como crime — resolvem-se fora do controle estatal.

⁴⁰⁰ GARCIA-PABLOS, Antonio de Molina. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 398.

Esses estudos interacionistas, surgidos na Escola de Chicago, sobre a criminalidade e os efeitos do rótulo de criminoso e, ainda, sobre as cifras negras certamente são antecedentes importantes da justiça restaurativa, que, entre outras pretensões, busca afastar os efeitos perversos da rotulagem. Além disso, as próprias cifras ocultas, que revelam a seletividade, também sinaliza para o fato de que a sociedade encontra formas alternativas de lidar com muitos crimes fora do sistema penal. Em que pesem todos os problemas ocultados nessas cifras, elas revelam que o sistema penal é menos imprescindível do que aquilo que parece, o que mais uma vez pode contribuir para a crença num modelo restaurativo.

A relação entre a teoria da reação e a justiça restaurativa é evidentemente mais estreita, e quase paradoxal, em John Braithwaite⁴⁰¹, que, na obra *Crime, shame and reintegration*, relativiza o caráter determinante da rotulação na construção das carreiras criminosas, afirmando que também é possível que o estigma seja dissuasivo para algumas pessoas.⁴⁰² Porém, afirma que o rótulo em “[...] culturas que confiam muito na punição, exclusão e estigma para controle social irreversivelmente é muito mais um problema do que em culturas caracterizadas pela vergonha integradora.⁴⁰³

Braithwaite, conforme já dito alhures, diferentemente, da maioria dos teóricos da justiça restaurativa, que não fundamentam sua proposta político- criminal numa teoria criminológica, apresenta como fundamento para o ideal da justiça restaurativa, uma teoria criminológica eclética denominada de *vergonha ou constrangimento reintegrador*, na qual se destacam a teoria ou enfoque da rotulação, *labeling approach* e a teoria do vínculo social.⁴⁰⁴

Também são considerados antecedentes da justiça restaurativa os movimentos abolicionistas, que teriam inspirado, inclusive, a linguagem, a exemplo do uso do termo “conflito”, usado por ambos, que busca destacar a natureza problemática da situação em vez de sua natureza criminal ou ilegal. A valorização da autonomia dos protagonistas da situação problemática, em especial, da vítima, cujo

⁴⁰¹ Catedrático do Instituto Regulador da Rede de Comunicações e professor no programa de direito da escola de pesquisa de ciências sociais, Australian National University. Está trabalhando na integração da teoria da justiça restaurativa e na teoria do regulamento responsivo

⁴⁰² BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 19-20.

⁴⁰³ BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 18.

⁴⁰⁴ BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 38.

papel é bastante ampliado, quer na ótica abolicionista, quer na ótica da justiça restaurativa, assim como a superação do processo penal contemporâneo também são marcas dessa influência.

Elena Larrauri assevera, com plausibilidade, que a justiça restaurativa vem conquistando espaços do próprio movimento abolicionista, porém enquanto este pretende que vítimas e ofensores recuperem o conflito, apenas admitindo que terceiros integrantes da comunidade próxima atuem como mediadores, defendendo que a resolução dos conflitos deva ocorrer por meio do direito civil; a justiça restaurativa tem a pretensão análoga, mas admite um maior diálogo com a justiça penal.⁴⁰⁵ Essa relação ou possível relação da justiça restaurativa com o sistema penal é enfrentada em tópico específico dada a sua importância neste trabalho.

A preocupação em garantir à vítima, além da mencionada participação na resolução do conflito, a possibilidade de reparação dos danos sofridos é marca da influência da vitimologia na justiça restaurativa. Cumpre, porém, destacar que a possibilidade de reparação aqui referida não se confunde com a reparação que integra a norma penal, a qual no Brasil constitui-se, no Código Penal, como atenuante genérica, nos termos do art. 65, III, b; ou como causa de diminuição de pena, nos termos do art. 16. Decerto, na justiça restaurativa o conceito de reparação é muito mais amplo, como se vê adiante.

A influência dos grupos críticos do sistema penal na justiça restaurativa, embora pouco enfatizada entre os estudiosos do paradigma restaurador, é basilar na fundamentação deste trabalho, uma vez que a fundamentação criminológica adotada é de viés crítico. Não há dúvidas, porém, de que há autores que defendem a adoção da justiça restaurativa com pretensões legitimantes, buscando através da adoção de práticas restaurativas resgatar o projeto de um sistema penal humanizado nos moldes iluministas, tendo como principal referência o garantismo de Ferrajoli.⁴⁰⁶ No entanto, é indubitável que as práticas restaurativas também podem ser adotadas visando a um minimalismo-meio ou estratégico, com o qual, seguramente, apresentam maior convergência, em razão do fim abolicionista. Essa parece ser também a percepção de Elena Larrauri.

⁴⁰⁵ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, nº 51, nov.-dez. de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 70.

⁴⁰⁶ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 5.

Logo, deve-se reconhecer que, dependendo da linha teórica adotada como referência, a justiça restaurativa, tal qual o direito penal mínimo, pode ser afirmada como uma prática relegitimante para o sistema penal ou como uma estratégia abolicionista. Howard Zehr, uma das principais referências deste trabalho, não vincula a justiça restaurativa a uma teoria criminológica específica, porém ao estabelecer os princípios desse paradigma político-criminal, como se demonstra adiante, enfatiza valores que, em muito convergem para os princípios de um direito penal mínimo nos moldes propostos por Baratta e Zaffaroni, o que permite defender a justiça restaurativa no âmbito de uma política minimalista orientado pela afirmação dos direitos humanos.

3.3.2 Valores, características e princípios: caminhando para um conceito.

O delineamento de contornos teóricos para a justiça restaurativa tem sido, repetidamente, afirmado como algo difícil, que, mesmo quando realizado, é sempre contingencial. A pluralidade de práticas englobadas pelo estandarte “restaurativo” exige sempre um recorte do fenômeno, a partir do qual se podem definir princípios, valores e objetivos ou, mesmo, um conceito de justiça restaurativa.

Assim, sempre que se estabelecem delineamentos teóricos para a justiça restaurativa não se alcança toda realidade de práticas que ela abrange. Em que pese ser esse, talvez, um problema de proporção elevada no fenômeno estudado, deve-se lembrar que não se trata de uma peculiaridade desse estudo, não devendo, pois, ser constantemente frisado como um entrave para a adoção de suas práticas restauradoras. Em verdade, se a exigência de um fechamento teórico, com práxis correspondente fosse condição para que ideias fossem concretizadas, certamente, seria difícil, por exemplo, a aplicação de uma pena, cujas teorias legitimantes, que lhe atribuem fins, estão longe de confirmar. Logo, talvez, seja salutar que a justiça restaurativa constitua-se antes como um conjunto de práticas cujas teorias ainda estão em construção do que como uma consistente construção teórica que não se confirma na práxis.

A despeito de todas as incertezas que envolvem o modelo restaurador, é possível identificar em seus teóricos a presença recorrente de alguns valores

orientadores, assim como, de características e objetivos da justiça restaurativa, que permitem a construção de alguma identidade ao modelo.

Entende-se que uma forma eficaz de iniciar a compreensão do ideal restaurador é confrontá-lo com a retribuição, que é, talvez, a única justificativa que restou intacta para a aplicação de uma pena.

Segundo Howard Zehr⁴⁰⁷, a distinção entre retribuição e restauração se dá pela forma como se opta em olhar o conflito. Assim, na justiça retributiva:

o crime é definido como violação da lei, os danos são definidos em abstrato, o crime está numa categoria distinta dos outros danos, o Estado é a vítima, o Estado e o ofensor são as partes do processo, as necessidades e direitos das vítimas são ignorados, as dimensões interpessoais são irrelevantes, a natureza conflituosa do crime é velada, o dano causado ao ofensor é periférico, a ofensa é definida em termos técnicos, jurídicos⁴⁰⁸.

Enquanto na restaurativa:

o crime é definido pelo dano à pessoa e ao relacionamento (violação do relacionamento), os danos são definidos concretamente, o crime está reconhecidamente ligado a outros danos e conflitos, as pessoas e os relacionamentos são as vítimas, a vítima e o ofensor são as partes no processo, as necessidades e direitos das vítimas são a preocupação central, as dimensões interpessoais são centrais, a natureza conflituosa do crime é reconhecida, o dano causado ao ofensor é importante, a ofensa é compreendida em seu contexto total: ético, social, econômico e político.⁴⁰⁹

O objetivo primordial desse modelo de justiça é, obviamente, a restauração, compreendida não apenas na perspectiva da vítima, mas também do ofensor. Ambos têm necessidades. As necessidades da vítima são, em regra: apoio e segurança, pois ela precisa ter oportunidades para expor seus sentimentos e de algum modo partilhá-los. Além disso, precisa de restituição, quer seja recuperação de perdas materiais, quer seja o reconhecimento do erro ou mesmo de uma declaração de responsabilidade.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ É um dos pioneiros da justiça restaurativa e é professor de Sociologia e de Justiça Restaurativa no curso de graduação em Transformação de Conflitos da Eastern Mennonite University em Harrisonburg, Virginia, EUA, também é co-diretor do Center for Justice and Peacebuilding.

⁴⁰⁸ ZEHR, Howard. **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottdale, PA: Herald Press, 2005, p. 181.

⁴⁰⁹ ZEHR, Howard. **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottdale, PA: Herald Press, 2005, p. 181.

⁴¹⁰ ZEHR, Howard. **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottdale, PA: Herald Press, 2005, pp. 192-193.

Quanto às necessidades dos ofensores, Howard destaca a de questionar os estereótipos e racionalizações equivocadas, tanto quanto ao evento como quanto à vítima, que contribuem para a conduta ofensiva. Também destaca a necessidade de aprender a canalizar a raiva e a frustração de modo mais apropriado e mesmo aprender a desenvolver uma auto-imagem mais sadia e positiva.⁴¹¹

Num processo restaurativo, a responsabilidade e o respeito são valores fundamentais, segundo esse sociólogo norte-americano. O ofensor precisa prestar contas pelo ato cometido, precisa responder pelo que fez, vendo as conseqüências naturais de seus atos, reconhecendo o dano e agindo para corrigir a situação. A responsabilidade, porém, não é apenas do ofensor, aqueles envolvidos no processo devem ser responsáveis também por ajudar a vítima assim como ao ofensor.⁴¹²

O respeito, mais que uma condição, é talvez o elemento motivador da justiça restaurativa. Essa noção de respeito ultrapassa a relação entre os envolvidos no conflito, pois ela representa o próprio respeito ao ser humano, por isso aqueles que coordenam os processos restaurativos precisam estar cientes da necessidade do respeito inclusive com o ofensor, pois ouvir respeitosamente a história de alguém, evitando juízos moralizantes é uma forma de lhe dar valor e dignidade.⁴¹³

Ainda, de acordo com esse teórico, a justiça precisa ser vivida e não simplesmente realizada por outros, pois essa vivência permite a troca de informações e fortalece os participantes, garantindo-lhes o *empoderamento*.⁴¹⁴ E essa vivência é experimentada no modelo restaurativo.

Interessante estratégia para se compreender a justiça restaurativa é adotada por esse norte-americano, que opta por um caminho de negação, pelo qual visa já responder a algumas das críticas mais frequentes a esse modelo de justiça. Assim, para ele, justiça restaurativa não é, primordialmente: perdão ou reconciliação, uma mediação, um caminho para reduzir a reincidência ou a repetição de ofensas, um programa particular ou um projeto estratégico, um mecanismo dirigido a crimes de menor potencial ofensivo ou a delinquentes primários, uma nova evolução ou uma criação norte americana, uma panacéia ou necessariamente uma substituição ao

⁴¹¹ ZEHR, Howard. **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottdale, PA: Herald Press, 2005, p. 200.

⁴¹² ZEHR, Howard. **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottdale, PA: Herald Press, 2005, p. 200-201.

⁴¹³ PRANIS, Kay. Restorative Values and Confronting Family Violence. In: STRANG, H. BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and family violence**. p. 30.

⁴¹⁴ ZEHR, Howard. **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottdale, PA: Herald Press, 2005, p. 203-204.

sistema legal, ou mesmo, necessariamente uma alternativa à prisão e uma oposição à retribuição.⁴¹⁵

John Braithwaite, que tem maior pretensão em sistematizar a justiça restaurativa, tendo lhe dado, inclusive um suporte criminológico através da teoria da vergonha reintegrativa —⁴¹⁶ à qual não se filia totalmente este trabalho — também sintetiza os valores (talvez fosse melhor princípios) que devem pautar o modelo em estudo, mesmo admitindo que tais valores não são estáticos e que podem ser reconstruídos a partir das análises empíricas.⁴¹⁷

Assim, esse criminólogo australiano, que entende a justiça restaurativa como uma forma holística de se fazer justiça no mundo,⁴¹⁸ sintetiza muito do que a maioria dos teóricos afirmam sobre o modelo restaurativo, sendo os valores elencados por ele relevantes contribuições para um delineamento teórico desse paradigma, os quais são classificados em três grupos.⁴¹⁹

O primeiro grupo refere-se a valores prioritários, porque são garantias processuais fundamentais que devem necessariamente se realizar nos procedimentos restaurativos,⁴²⁰ dada a sua maior importância, esses valores são tratados, de modo mais pormenorizado, a seguir. O segundo grupo é formado de valores não essenciais, que podem ser ignorados em razão do *empoderamento* dos participantes, mas que devem ser perseguidos e incentivados, pois por eles pode ser avaliado o sucesso do processo restaurativo. Assim, por exemplo, a reparação de propriedades perdidas, a cura e a restauração de emoções são valores importantes na justiça restaurativa, no entanto, mesmo que promovidos nos

⁴¹⁵ ZEHR, Howard. **The little book of restorative justice**. Intercourse, PA: Good Books, 2002.

⁴¹⁶ Em *Principles of Restorative Justice*, Braithwaite afirma que a vergonha reintegrativa não é um valor da justiça restaurativa, como fica subentendido na obra *Crime, shame and reintegration*, mas sim um meio de explicar as condições em que remorso, desculpa, perdão piedade, entre outros valores, ocorrem.

⁴¹⁷ Cf. BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice In: VON, HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SHIFF, M. (ed) **Restorative Justice & Criminal Justice**, 2003, p. 1-20, p. 01.

⁴¹⁸ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice In: VON, HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SHIFF, M. (ed) **Restorative Justice & Criminal Justice**, 2003, p. 1-20, p. 01.

⁴¹⁹ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice In: VON, HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SHIFF, M. (ed) **Restorative Justice & Criminal Justice**, 2003, p. 1-20, p. 08.

⁴²⁰ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice In: VON, HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SHIFF, M. (ed) **Restorative Justice & Criminal Justice**, 2003, p. 1-20, p. 08.

processos restaurativos, eles podem não ocorrer, pois não são obrigatórios.⁴²¹ O terceiro grupo constitui-se por valores menos importantes do que os do segundo grupo, refere-se, por exemplo, ao perdão ou ao pedido de desculpas, que, mesmo desejados não podem sequer ser incentivados sob pena de comprometer o *empoderamento*, que é um valor obrigatório no processo restaurador.⁴²²

Todos os valores do primeiro grupo são obrigatórios, porque visam evitar processos opressivos, dando garantias, sobretudo, ao ofensor, constituindo-se, assim em verdadeiros princípios. São eles:

- a) Não-dominação — embora se reconheça que relações de dominação estão presentes em todos os processos de interação social, a justiça restaurativa deve ser vivenciada de modo que possa minimizar as diferenças de poder. Afirma-se que não há justiça restaurativa caso se falhe na prevenção da dominação, portanto cabe aos participantes identificar as tentativas de dominar de algum dos envolvidos, garantindo voz àquele que tende a ser dominado.
- b) *Empoderamento* — decorrente da não-dominação, esse valor deve se sobrepor aos valores mencionados no segundo e terceiro grupos. Logo, é preciso que a vítima ou o ofensor tenham autonomia, por exemplo, para não perdoar ou não se desculpar, se não quiserem, sendo apoiados em suas decisões. Esse valor é um dos mais presentes nos teóricos da justiça restaurativa, sendo basilar para fundamentar as pretensões deste trabalho.
- c) Obediência aos limites- aqui se trata dos limites máximos estabelecidos legalmente para as sanções, pois esse princípio visa ao impedimento de qualquer desfecho que cause constrangimento ou à humilhação do ofensor, ainda que esse queira se submeter à situação vexatória. Assim, embora Braithwaite defenda a teoria da *vergonha reintegrativa*, através da qual busca explicar a ação restaurativa, essa vergonha, não deve causar uma estigmatização destrutiva.

⁴²¹ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice In: VON, HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SHIFF, M. (ed) **Restorative Justice & Criminal Justice**, 2003, p. 1-20, p. 11.

⁴²² BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice In: VON, HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SHIFF, M. (ed) **Restorative Justice & Criminal Justice**, 2003, p.1-20, p. 11 e 12.

- d) Escuta respeitosa – pode-se afirmar que esse valor estabelece uma das condições para o *empoderamento*, que é o direito de ser ouvido. Logo, escutar o outro respeitosamente constitui-se como uma condição para participar de um processo restaurativo.
- e) Compromisso com condições igualitárias de participação – deve ser preocupação da justiça restaurativa criar mecanismos para que a vítima, o ofensor e a comunidade afetada pelo conflito tenham condições de participar em condições de igualdade do processo restaurativo, devendo suas necessidades serem respeitadas de forma mais equânime, visando também ao *empoderamento*.
- f) *Accountability, appealability*⁴²³ considerado, por Braithwaite, um dos valores mais caros da justiça restaurativa, determina que aqueles que integrem um processo judicial, penal ou não, devam ter o direito de optar por um processo restaurativo, assim como o de rejeitar esse processo. Braithwaite questiona a existência de respostas predeterminadas ao desvio ou delito, sugerindo a possibilidade de modular a intensidade das respostas conforme as necessidades do caso concreto.
- g) Respeito aos direitos humanos – por esse valor se enfatiza a necessidade da observância, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. É especialmente relevante, porque se constitui numa orientação clara para a execução de programas restaurativos, pois, por ele, afirma-se que as práticas restaurativas devem ser vivenciadas com total respeito aos instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos.⁴²⁴

A despeito da já mencionada dificuldade de um conceito para a justiça restaurativa é bastante recorrente em seus estudiosos o conceito de Tony Marshall, para o qual: “A justiça restaurativa é um processo dialogado pelo qual todas as

⁴²³ *Accountability, appealabilite* não encontram tradução precisa na língua portuguesa, podendo ser compreendidos, respectivamente, como o ato de assumir ou se atribuir responsabilidade e a condição de algo ser recorrível ou apelável. Raffaella da Porcincula Pallamolla em *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*, sugere os neologismos *responsabilização* e *recorribilidade* como aproximações da tradução.

⁴²⁴ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice In: VON, HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SHIFF, M. (ed) **Restorative Justice & Criminal Justice**, 2003, p. 1-20, p. 08 a 11.

partes que têm um interesse numa determinada ofensa se juntam para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras.”⁴²⁵

Esse conceito, embora não necessariamente modelo, destaca três importantes características do modelo restaurador, a saber: a ideia de processo, a participação das partes e a existência de acordos restauradores.

Sobre essas características, muito presentes na obra de Howard Zehr, Elena Larrauri traz também algumas considerações. Primeiro, destaca a importância do processo dialogado, pois entende que vítima e ofensor têm benefícios com o diálogo. Aquela, porque tem oportunidade de expressar diretamente ao ofensor seus sentimentos de ira, medo, angústia, contribuindo desse modo para superar o impacto do delito, o que a faz experimentar uma maior satisfação no processo restaurativo. Este, porque pode, num gesto autônomo, tomar consciência do dano que causou, o que permite perceber como é mais justo o processo, que, conseqüentemente, se torna mais eficaz na contenção do desvio.⁴²⁶

De um modo geral, pode-se afirmar que os teóricos da justiça restaurativa enfatizam a importância do diálogo, sobretudo, pelo valor democrático que ele traz ao processo, algo inexistente no sistema penal tradicional, que é, quase sempre, corrosivo para a democracia participativa.

A segunda característica decorrente do conceito de Marshall refere-se à participação das partes envolvidas, assim, infrator e vítima são indispensáveis à condução do processo. Também é necessária a presença de um mediador ou facilitador, cujo papel é facilitar a discussão e zelar para que determinadas regras de procedimento e valores orientadores sejam observados. Defende-se, ainda, a participação da comunidade, fundamentando-a no apoio que essa comunidade pode oferecer a vítima e ao infrator, em determinados casos, no controle informal que essa comunidade pode ter com o infrator e, ainda, na revitalização do sentimento de comunidade.⁴²⁷

⁴²⁵ *Apud* LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, nº 51, nov.-dez. de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 73.

⁴²⁶ Cf. LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, nº 51, nov.-dez. de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 74 e 75.

⁴²⁷ Cf. LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, nº 51, nov.-dez. de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 77, 78 e 79.

Finalmente, extrai-se desse conceito a ideia do acordo reparador, que se define como aquele que repara simbólico ou materialmente a vítima, que permite a reintegração do infrator ou desviante e que restaura a comunidade afetada.⁴²⁸

Quanto à reparação da vítima Larrauri destaca, com base em Bottoms, a importância do pedido de desculpas, pois essas, embora não possam anular o dano ocorrido, quando decorrentes de um verdadeiro arrependimento e seguidas de um possível ato de perdão, podem transformar realidades. Além disso, o acordo restaurador pode ser uma compensação econômica para a vítima e, mesmo, algum trabalho a ser prestado pelo ofensor em favor da vítima ou da comunidade.⁴²⁹

Quanto à relevância para o ofensor, essa criminóloga enfatiza que não se costuma haver descumprimento do acordo reparador, o que se atribui, em grande parte, à consciência e à responsabilidade que o infrator ou desviante assume durante o processo restaurador.

A restauração da comunidade é, certamente, o tema mais difícil de se demonstrar, sendo a própria delimitação do que seja comunidade, um problema. Sobre essa dificuldade, Elena Larrauri destaca que, nas diversas instituições da justiça restaurativa, a comunidade não é entendida, necessariamente, como uma delimitação geográfica, mas sim como pessoas próximas da vítima e do ofensor, por exemplo, família, amigos, grupos de apoio etc.⁴³⁰ Também essa criminóloga traz alguns exemplos dessa restauração, como a reconstrução de microcomunidades ao tratar do vandalismo nas escolas ou do assédio sexual no trabalho.

Alisson Moris também reafirma esses valores, características e objetivos da justiça restaurativa, ao afirmar:

A justiça restaurativa também enfatiza os direitos humanos e a necessidade de reconhecer o impacto de injustiças sociais ou substantivas e de alguma forma resolver esses problemas [...]. Dessa forma, seu objetivo é a restituir à vítima a segurança, o auto-respeito, a dignidade e, mais importante, o senso de controle. Objetiva, além disso, restituir aos infratores a responsabilidade por seu crime e respectivas consequências; restaurar o sentimento de que eles podem corrigir aquilo que fizeram e restaurar a

⁴²⁸ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, nº 51, nov.-dez. de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 79.

⁴²⁹ Cf. LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, nº 51, nov.-dez. de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 80.

⁴³⁰ LARRAURI, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. In: BATARRITA, Adela Asua; CARRERA, Enara Garro. **Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena**. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 126.

crença de que o processo e seus resultados foram leais e justos. E, finalmente, a justiça restaurativa encoraja um respeito e sensibilidade pelas diferenças culturais, e não preponderância de uma cultura sobre outra.⁴³¹

Aqui se deve destacar a preocupação com a afirmação dos direitos humanos e com o reconhecimento de que as injustiças sociais e as necessidades devem ser ponderadas e minimizadas na resolução de problemas como mais um sinal da convergência, pelo menos, potencial, entre a criminologia crítica e sua política criminal minimalista e a justiça restaurativa.

Certamente, muitos dos valores, características ou objetivos mencionados neste tópico são suscetíveis de críticas, destaque-se especialmente, a noção de comunidade. Essas críticas, algumas plausíveis, são abordadas de um modo geral, ainda neste capítulo, mas em tópico específico.

Deduz-se do estudo acerca dos valores, objetivos e características da justiça restaurativa um conceito que a percebe como um conjunto de práticas que visam à resolução dos conflitos, através de um processo fundamentado no diálogo respeitoso entre os protagonistas, dirigido à reparação dos danos causados e à afirmação dos direitos humanos.

3.3.3 Críticas à justiça restaurativa: entre equívocos e os problemas reais.

A abordagem das críticas à justiça restaurativa admite como pressuposto a plausibilidade de algumas delas. Certamente, são ainda recentes as práticas do atual modelo restaurador e os seus delineamentos teóricos ainda incipientes, o que justifica as posturas cautelosas. No entanto, verificam-se, também, entre as críticas, posturas preconceituosas, no sentido mais literal do termo, uma vez que parte de conceitos equivocados e bastante genéricos sobre as formas de justiça pautadas no diálogo.

A maioria das críticas imputadas à justiça restaurativa, em verdade, não lhe são dirigidas com exclusividade, antes se dirigem a toda possibilidade de justiça criminal fundamentada no diálogo e menos preocupada com aspectos formais. No Brasil, essa forma de justiça tem como principal referência os juizados especiais

⁴³¹ MORRIS, Alisson. "Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa". BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 441.

criminais instituídos pela lei 9.099/95, cuja crítica lhe atribui, de modo geral, o defeito de procurar maximizar resultados com o mínimo esforço possível.⁴³² De pretensão minimalista, essa forma de justiça criminal tem sido denominada pejorativamente de *eficientismo penal*, porque relativizaria garantias do acusado, em favor da celeridade e de uma gestão “eficiente do crime”, o que resultaria num utilitarismo penal.

Silva Sánchez, por exemplo, afirma que o modelo de justiça penal negociada parte de uma inspiração ingênua de eficácia, a qual identificaria em princípios gerais do direito penal clássico e nas regras do devido processo um entrave para a solução real dos problemas. Assim, de acordo com o penalista espanhol, buscando uma gestão eficiente para determinados problemas, esse modelo se desconecta de valores, como a verdade e a justiça, que, quando muito, estão num segundo plano.⁴³³

As críticas ao modelo de justiça penal consensual ou dialogado, implantado no Brasil, sobretudo, a partir da lei 9.099/95 advêm das mais diversas tendências político-criminais, desde aqueles que defendem o discurso de lei e ordem, que veem os juizados como uma suavização excessiva e contraproducente no combate a criminalidade até de representantes do minimalismo penal, a exemplo de Salo de Carvalho, para o qual:

Sob a argumentação de maior dinamização da política criminal, maximização da eficácia do Poder Judiciário, celeridade na aplicação da sanção e relegitimação da vítima, tem-se como efeito a criação de um sistema administrativizado e/ou privatizado na resolução dos conflitos, carente das históricas garantias fundamentais, além de absolutamente hipertrofiado.⁴³⁴

Também o processualista Aury Lopes Jr. repudia as práticas de justiça dialogada, afirmando serem práticas de uma política de utilitarismo processual em que se busca a máxima eficiência. Em suas palavras:

Não podemos é pactuar com o desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômica e *eficiente* (pelo caráter coativo), para obtenção de um ressarcimento financeiro. Ora, para isso

⁴³² PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.16.

⁴³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 69-70.

⁴³⁴ CARVALHO, Salo. “Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista”. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 156-157.

existe o processo civil... Ademais, a autotutela e a autocomposição são figuras históricas e superadas.⁴³⁵

Em que pese já se ter aqui elementos suficientes para afirmar que o conteúdo dessas críticas não permite, em muitos aspectos, que elas possam ser dirigidas à justiça restaurativa, opta-se por fazê-lo, adiante, de forma mais global e sintetizada.

Destaca-se, desde logo, que apesar desses autores integrarem a corrente minimalista de pretensões relegitimantes para o sistema penal, teóricos minimalistas de pretensões abolicionistas também criticam o modelo instituído pela mencionada lei, embora com fundamentos distintos. Vera Regina Andrade, por exemplo, afirma que os juizados mantêm a lógica do sistema penal de atuar com eficácia invertida, contribuindo assim para ampliar o controle social e relegitimar o sistema penal.⁴³⁶

Não se pode negar que os juizados especiais criminais tenham causado a ampliação do controle do Estado, aumentando potencialmente seu poder punitivo, em especial, pela instituição da transação penal, que é, talvez, a razão principal das críticas mencionadas. No entanto, não se reafirma aqui um total repúdio à forma de justiça instituída na prática dos juizados. Antes se entende que esses juizados abriram as portas para que uma nova concepção de justiça criminal possa ser fomentada, em especial, através da conciliação, que permite superar a abordagem do conflito que o restringe a um único gesto, que é tipificado como crime, criando uma contextualização do evento desviante, através da pequena ampliação do espaço comunicativo, proporcionado pelos juizados.⁴³⁷

Essas considerações acerca da conciliação, certamente, permitem uma aproximação dela com o que aqui se tem falado sobre a justiça restaurativa, no entanto, deve-se afirmar que ambas não se confundem. A diferença elementar entre ambas reside no paradigma de justiça que as orienta. Assim, enquanto, na conciliação desenvolvida no âmbito dos juizados, isto é, num contexto penal, ainda impera a preocupação de encontrar um culpado e de ameaçá-lo com uma pena, caso não haja conciliação, que é fomentada pelo conciliador, que, por sua vez, vê no acordo todo o objetivo do processo; na justiça restaurativa, mesmo quando

⁴³⁵ LOPES JR. Aury. "Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista". In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 101.

⁴³⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2008, p. 467.

⁴³⁷ Cf. MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimação feminina no sistema penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008, p. 208-210.

vinculada ao sistema penal, as práticas do encontro são desenvolvidas fora do ambiente penal. Além disso, conforme já dito anteriormente, o paradigma que a orienta é o da restauração, cujo objetivo não está simplesmente no acordo final, mas no processo, que também deve ser restaurador.

Marília Mello sintetiza problemas da conciliação nos juizados especiais criminais em dois aspectos: a postura dos profissionais, que não são preparados para o papel que lhes foi destinado e o ambiente penal, com todos os estigmas que lhe são inerentes. Ambos contribuem para o sentimento do medo e da fragilidade dos protagonistas ante a força do poder do sistema penal, coagindo, sobretudo, o autor do fato a buscar a conciliação como uma forma de evitar o processo criminal.

O cotejamento entre essas considerações sobre a conciliação instituída pela lei 9.099/ 95 e a justiça restaurativa permite ratificar o entendimento de que não se tratam do mesmo instituto. Em verdade, permite concluir que a justiça restaurativa amplia aspectos positivos da conciliação, como a ampliação dos espaços de comunicação, a contextualização do conflito e o protagonismo dos envolvidos; ao mesmo tempo que supera os dois problemas mencionados no parágrafo precedente, pois, apenas para enfatizar, as práticas restaurativas não podem ocorrer num ambiente penal, além disso, exigem profissionais comprometidos com os valores restauradores, que vão olhar o conflito com outras lentes e que são treinados para não impor suas próprias interpretações ou soluções.⁴³⁸

Logo, pode-se concluir que grande parte das críticas ao modelo dialogal de justiça refere-se a uma prática que não corresponde ao ideal restaurador. Assim, a crítica mais comum do eficientismo ou utilitarismo penal não podem recair sobre a justiça restaurativa. Restaria, talvez, a crítica às práticas de privatização, que — argumenta-se — afetariam as garantias penais e processuais ou à ampliação das redes de controle as quais de analisa logo a seguir.

Tratando mais especificamente da justiça restaurativa, Alisson Morris elenca alguns problemas comumente imputados ao paradigma restaurativo e busca avaliá-los a consistência e a plausibilidade. Alguns desses problemas são baseados em aspectos relativos à crítica anteriormente mencionada, outros, porém, são mais específicos do modelo restaurador. Diante da impossibilidade de se abordarem

⁴³⁸ ZEHR, Howard, **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottdale, PA: Herald Press, 2005, p. 1.

todas as críticas dirigidas à justiça restaurativa, destacam-se os problemas apontados a seguir:

- a) erode direitos subjetivos do infrator; b) aumenta a rede de controle social;
- c) trivializa o crime; d) fracassa em “restaurar” vítimas e infratores, não produzindo reais mudanças.⁴³⁹

A primeira das críticas entende que a justiça restaurativa tem como objetivo uma obtenção mais fácil de uma responsabilização do infrator, visando apenas acordo entre os participantes e que, para alcançar esse fim, negligencia direitos do infrator. Essa crítica, de certo modo, já foi enfrentada anteriormente, mas se pode acrescentar que a celeridade está longe de ser um objetivo da justiça restaurativa. Além disso, Alisson Morris destaca que um processo restaurativo é pautado num conjunto de regras, inclusive legais, as quais obviamente não podem reduzir garantias, cujo fundamento se encontra nos direitos humanos, que são um dos valores imprescindíveis para a configuração de uma prática de justiça restaurativa. Finalmente, nenhum outro valor orientador da justiça restaurativa pode justificar essa crítica, mas ao contrário, todos, em verdade, visam ao respeito ao ser humano e, sobretudo, à autonomia dos sujeitos.

Essa criminóloga enfatiza que a contestação a essa crítica não está fundamentada apenas nas bases teóricas da justiça restaurativa, mas que é confirmada nas práticas restaurativas. Para ilustrar, cita programas restaurativos realizados na Austrália, nos Estados Unidos e na Nova Zelândia, nos quais os ofensores são sempre assistidos e orientados por advogados, para que não haja qualquer supressão de direitos subjetivos do infrator. Acerca dessa assistência por advogados, deve-se frisar que Braithwaite afirma ser imprescindível na orientação a quem vai participar de um processo restaurativo.

Essa crítica, em verdade, fundamenta-se numa vinculação – que vem sendo posta pela crítica como necessária – de que qualquer pretensão de adoção de práticas que não se pautem pela lógica do sistema penal é necessariamente uma opção por processos sem garantias. Essa vinculação, embora possível, não se constitui num silogismo. Como foi posto, tanto teoricamente, como empiricamente, a justiça restaurativa não tem se desenvolvido prescindindo de garantias ou de

⁴³⁹ MORRIS, Alisson. “Críticoando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa”. BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 444–454.

regulação legal. Obviamente, a regulação de praticas restauradoras, em hipótese alguma, pode criar mecanismos de ampliação do poder punitivo, pois não se pode perder de vista, que a pretensão de reduzir esse poder é um dos fundamentos do próprio modelo proposto.

Responde, decisivamente, a essa crítica relativa às garantias do infrator Elena Larrauri quando afirma:

[...] em minha opinião não se trata de justiça quando se simplifica em forma disjuntiva de garantias sim ou garantias não, uma vez que evidentemente é garantias sim, porém isso não implica assumir o direito penal em sua forma atual, que se caracteriza não apenas por assegurar algumas garantias, mas também por estar orientado pelo objetivo de castigar, em vez de solucionar ou neutralizar o conflito, por impor penas ao infrator e por negar autonomia a vítima.⁴⁴⁰

A segunda crítica afirma que a justiça restaurativa pode contribuir para extensão das redes de controle, pois tenderia a criminalização de conflitos banais ou a recriminação de meras incivildades, atualmente, ignoradas pelo sistema penal e a um foco em infratores com poucas chances de reincidência, o que tornaria a justiça restaurativa mais intrusiva. Considera-se essa crítica, que também não é exclusivamente dirigida às praticas restaurativa, como decorrente de um receio justificável, basta lembrar o ocorrido no Brasil, com a instituição dos juizados, para que se possa compreender a sua origem. No entanto, argumenta-se em favor da justiça restaurativa, o fato de que, diferentemente, do ocorrido nos juizados, o paradigma restaurador não é um recurso para encurtar o processamento de crimes de pequeno potencial ofensivo. A experiência da Nova Zelândia, por exemplo, ratifica essa afirmação, pois, não se dirigem os processos restaurativos aos menores infratores que praticaram delinquência menor. E, mesmo, com maiores, as práticas restaurativas são dirigidas e aplicáveis até a condutas delituosas de média e alta gravidade, a exemplo de roubos qualificados, homicídios, entre outros.⁴⁴¹

Leonardo Sica também enfrenta essa crítica, apontando vários exemplos de que a mediação, uma das formas de concretização da justiça restaurativa, em regra, não se dirige a casos de bagatela. Assim, cita as experiências belgas, nas quais os

⁴⁴⁰ LARRAURI, Elena. Criminología Crítica: abolicionismo y garantismo. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Notadez/ITEC, ano IV, n. 20, p. 11-38, out./dez. 2005, p. 15.

⁴⁴¹ MORRIS, Alisson. "Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa". BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 446.

programas de mediação só recebem casos em que a promotoria já tenha constatado indícios de autoria e materialidade suficientes para o oferecimento da denúncia, e, principalmente, o modelo austríaco, que só permite a inclusão nos programas de mediação de condutas de gravidade média para adultos e médio-alta para menores.⁴⁴²

No entanto, Alisson Morris admite que a expansão é possível, principalmente, nos casos em que o envio de casos para os programas restaurativos se faz pela via policial ou mesmo no âmbito policial. Parece ilustrar esse caso o exemplo citado por Hulsman dos encontros cara a cara, em que a própria polícia se encarrega de promover o encontro entre ofensor e ofendido para que decidam fazer, ou não, um acordo, pois, segundo o abolicionista, esses encontros são promovidos em situações nas quais o fato já não ingressaria no sistema penal. Destaque-se, ainda, que mesmo nesses casos, ele atribui um valor a iniciativa, porque as pessoas têm uma oportunidade de um apaziguamento.⁴⁴³

Sobre essa possibilidade de expansão, pode-se concluir que há mecanismos para evitá-la, pois como se defende que as práticas restaurativas sejam desenvolvidas com limites legais, é possível conter indesejáveis ampliações do controle penal.

Ainda quanto a essa crítica, deve-se destacar que em relação aos poderes da polícia, apenas alguns países em que as “reuniões restaurativas” são utilizadas como forma de a polícia não levar os infratores à justiça, é possível ocorrer aumento. No entanto, nem todos os teóricos reconhecem essa prática como restauradora, uma vez que não reflete os valores restaurativos. Por outro lado, encontros restaurativos com grupos familiares na Nova Zelândia são a evidência de uma restrição dos poderes da polícia, que sequer podem levar os jovens ao encontro restaurativo.⁴⁴⁴

Quanto à trivialização do crime ou do desvio, pode-se argumentar, de um modo geral, que a justiça restaurativa aborda essa conduta de modo mais sério do que o próprio sistema penal, pois visa a uma responsabilização autônoma do

⁴⁴² SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 152 e 153.

⁴⁴³ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói (RJ): Luam Editora Ltda, 1993, p. 133.

⁴⁴⁴ MORRIS, Alisson. “Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa”. BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 446 e 452.

infrator, que pode ser confrontado, sobretudo, com as consequências de suas ações e com os sofrimentos por ele causados. Os efeitos de um processo restaurativo certamente são mais impactantes do que nos processos em que os infratores não são mais do que observadores passivos e dos quais passam a se sentir vítima.

Como essa crítica, destaca Alisson Morris, é mais comum nos casos de violência contra a mulher, volta-se a ela mais adiante, quando se trata especificamente da justiça restaurativa nesse âmbito.

Outras críticas referem-se à impossibilidade de se alcançar a restauração ou à incapacidade da justiça restaurativa realizar mudanças. Contra essas objeções, a primeira defesa é lembrar o que se entende por uma justiça restaurativa. Conforme afirma Zehr, em seu conceito negativo, a restauração não é, necessariamente, perdão, reconciliação ou uma forma de evitar reincidência, entre outros. Antes é uma recomposição de segurança, dignidade, auto-respeito, senso de controle, autonomia e responsabilidade ou *responsabilização*.

A essas críticas, no entanto, Alisson Morris responde afirmando que as pesquisas confirmam grande êxito dos processos restaurativos, e mesmo admitindo que as reparações monetárias não são comuns, assevera que as vítimas nem sempre estão buscando uma vingança ou uma compensação financeira pelos danos sofridos e que o ofensor, em regra, sente-se restaurado por assumir suas responsabilidades, recuperando o senso de controle, sentindo ter vivido um processo justo e, muitas vezes, tendo a possibilidade de minimizar os efeitos de sua ação.⁴⁴⁵

Apenas para ilustrar a resposta a essa crítica, destaca-se que uma pesquisa sobre a atuação do VORP – *Victim-Offender Reconciliation Program*, ou Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor, desenvolvido no Canadá e no norte dos Estados Unidos, com foco nos crimes contra o patrimônio, apontou que somente 11% das vítimas participantes expressou algum tipo de insatisfação com o processo, enquanto 97% aprovaram o programa e recomendam-no. Quanto ao sentimento de

⁴⁴⁵ MORRIS, Alisson. “Críticoando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa”. BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 448.

justiça experimentado pelos participantes 80% das vítimas e dos ofensores declararam ter sido feita a justiça em seus casos particulares.⁴⁴⁶

Quanto à reincidência, Alisson Morris afirma que a maioria das pesquisas identifica uma menor taxa entre infratores que se submetem a processos restaurativos do que entre aqueles submetidos à justiça penal convencional, e conclui, declarando que o mais importante, porém, é que nenhuma pesquisa mostra uma maior reincidência dos infratores submetidos a processos restaurativos.⁴⁴⁷

Uma objeção que tem sido posta às formas de justiça dialogal que precisa ser aqui enfrentada refere-se à privatização do conflito como uma comercialização do processo penal, mencionada na citação de Salo de Carvalho.⁴⁴⁸ Embora se saiba que mais uma vez a referência para essa crítica seja a prática dos juizados especiais criminais, em especial à transação que, já se mostrou, não se confunde com a justiça restaurativa, é necessário admitir que essa crítica, em parte, também alcança a justiça restaurativa. Assim, deve-se argumentar quanto à privatização que o consenso oriundo do processo restaurativo contempla a dimensão social do conflito ao exigir a participação da comunidade na construção do possível acordo, além disso, à ideia de privatização opõe-se, na justiça restaurativa, a ideia de democratização da gestão do conflito.⁴⁴⁹ Quanto ao caráter da comercialização do processo, o contra-argumento está no fato de que nos processos restaurativos, a reparação não pode ser restrita à compensação financeira, antes está associada a reparações de emoções, conforme mencionado alhures. Destaque-se, ainda, que esse contra-argumento baseia-se não só na construção teórica da justiça restaurativa como em suas práticas, pois — conforme se mencionou, ao tratar da capacidade restauradora desse modelo de justiça — a restituição de perdas econômicas é o que menos se tem alcançado no processo restaurador.

⁴⁴⁶ ZEHR, Howard, **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottsdale, PA: Herald Press, 2005, p. 164-166.

⁴⁴⁷ MORRIS, Alisson. “Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa”. BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 448 e 449.

⁴⁴⁸ CARVALHO, Salo. “Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista”. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 151.

⁴⁴⁹ Cf. SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal – O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 150.

3.3.4 A relação entre a justiça restaurativa e o sistema penal.

Uma questão bastante relevante na discussão sobre a justiça restaurativa está em estabelecer a relação desse modelo de justiça com o sistema penal. Sobre essa questão, é esclarecedora a observação de Elena Larrauri, para quem a mediação vítima-ofensor, embora possa ser uma modalidade de justiça restaurativa, vem se distinguindo desta, exatamente, pela relação da primeira com o sistema penal. Assim, enquanto a mediação/ reparação ocorreria sob a tutela do sistema penal, a justiça restaurativa, realizada, através de outros meios, tenderia a ser mais independente dele.⁴⁵⁰

Nessa perspectiva, na mediação/restauração, os casos entram primeiro no sistema penal que determina o que deve ser encaminhado aos centros de mediação. Por vezes, os acordos de mediação precisam ser aprovados pelo juiz, e em alguns casos, apenas têm algum impacto na pena, que continua sendo imposta. Já na justiça restaurativa, a intervenção dar-se-ia antes do ingresso no sistema penal, e sendo o acordo aprovado por todos, os casos não entrariam no sistema, o que implica, por exemplo, verdadeira substituição do sistema penal.

Deve-se esclarecer que entre mediação e justiça restaurativa, a relação nem sempre se configura como sendo esta um gênero da qual a outra é espécie. Em verdade, uma pode ser mais ampla ou mais restrita do que a outra, dependendo da perspectiva adotada. Assim, a mediação pode ser mais ampla, quando se considera que ela possa ser um mecanismo de resolução de conflitos proveniente de qualquer tipo de relação; enquanto a justiça restaurativa seria mais restrita porque seria dirigida a conflitos mais graves com repercussões criminais. Em outra perspectiva, porém, a justiça restaurativa pode ser mais ampla, porque além da mediação, comporta outras formas de realização, como conferências de grupos familiares e círculos de sentença.

Retomando da relação da justiça restaurativa com o sistema de justiça penal, registra-se o posicionamento de Mylène Jaccoud, a qual sugere uma distinção entre perspectivas minimalista e maximalista, não do sistema penal, mas da própria justiça

⁴⁵⁰ LARRAURI, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. In: BATARRITA, Adela Asua; CARRERA, Enara Garro. **Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena**. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 126-127.

restaurativa. Assim, afirma que, na primeira, o sistema penal deve ser afastado da administração dos processos restaurativos, que ficam limitados à adoção de práticas informais ou a uma regulação civil. Já a perspectiva maximalista defende que a justiça restaurativa deve transformar profundamente o modelo retributivo e, para isso, deve integrar o sistema de justiça penal. Na perspectiva minimalista, a participação é voluntária, na segunda obrigatória. Os maximalistas enfatizam os resultados, logo, mesmo os processos sendo impostos, as sanções poderiam ser restaurativas. Já os minimalistas destacam o processo, por isso partiriam da necessidade de que a participação seja voluntária para que pudesse, assim, gerar efeitos restauradores.⁴⁵¹

O problema da corrente minimalista, que, segundo essa criminóloga, é, atualmente mais dominante, é ficar restrita a crimes menores, o que significaria a ampliação das redes de controle, como foi explicado anteriormente. O problema da corrente maximalista é a dificuldade de manter-se restaurativa dentro de uma justiça estatal, principalmente, penal.

Há, ainda, a tendência defendida, sobretudo, pela teoria da atribuição do mérito, ou *just desert theory*,⁴⁵² que entende que um acordo formado num quadro puramente restaurativo pode não ser proporcional à gravidade do delito, assim infratores envolvidos em crimes semelhantes, poderiam acabar tendo punições distintas. Assim, embora reconheçam um valor ao ideal restaurativo, afirmam os teóricos do *just desert* que a prática da justiça restaurativa deve ser limitada pelo estado, que deve impor uma estrutura para garantir os direitos dos ofensores.⁴⁵³

Para Mylène Jaccoud, a mera inclusão de iniciativas restaurativas dentro do sistema penal obscurecem o limite e os objetivos dessa justiça, logo, se a finalidade do sistema continua sendo a punição, mesmo que lhe sejam acrescidas práticas restaurativas, ele será retributivo. No entanto, ela concebe a possibilidade da inclusão, a partir de uma mudança na lógica do sistema para valorizar a reparação da vítima com a contribuição do ofensor, que o faria em detrimento da pena.

⁴⁵¹ Cf. JACCOUD, Mylène. “Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa”. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 172.

⁴⁵² Essa teoria tem como principais teóricos Ashwort e von Hirsch.

⁴⁵³ Cf. MORRIS, Alisson. “Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa”. BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 439.

Revelando uma compreensão sobre a justiça restaurativa centrada no resultado, defende que mesmo com elevado grau de constrangimento do ofensor e com a imposição de uma sanção para corrigir o dano poder-se-ia haver restauração, a qual decorreria da finalidade da atuação estatal.⁴⁵⁴

O entendimento que orienta esse trabalho só permite a concordância com o primeiro posicionamento dessa criminóloga. De fato, entende-se que a cultura punitiva e hierárquica do sistema penal, facilmente, suplantaria qualquer pretensão restaurativa e democratizante⁴⁵⁵, porém não se admite que a justiça restaurativa possa ser desenvolvida com foco apenas no resultado. É aqui assente a percepção da restauração como decorrente tanto do processo como do resultado, isto é, do acordo restaurativo, pois é através do processo que valores caros ao ideal restaurativo podem se concretizar. Onde fica, por exemplo, o *empoderamento* na imposição de uma sanção que visa apenas reparar a vítima?

Howard Zehr defende que as práticas restauradoras podem se dar no campo da legalidade, sem vínculos com o sistema criminal. Sinaliza, inclusive, para uma maior compatibilidade da justiça restaurativa com o direito civil, que, diferentemente do direito penal, define os atos lesivos em termos de dano e obrigação em termos de responsabilidade e não de culpa. Assim, ter-se-ia acordo e restituição em vez de punição.⁴⁵⁶ O VORP, referência desse sociólogo norte-americano, é uma organização independente, externa ao sistema de justiça criminal, mas que trabalha em cooperação com ele. Os casos são encaminhados ao programa, em regra, pela via judicial e, extraordinariamente, pela via policial.⁴⁵⁷

Esse posicionamento, certamente, é o mais adequado à perspectiva abolicionista, que propugna ser o âmbito civil um contexto jurídico adequado para que o Estado possa continuar intervindo nos conflitos, até mesmo quando

⁴⁵⁴ JACCOUD, Myléne. “Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa”. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 173.

⁴⁵⁵ Deve-se destacar que esse posicionamento não parece muito mais democrático do que a ideia de reparação do penalista Claus Roxin para quem a reparação voluntária, que considera ter grande futuro no direito penal, levando não só a diminuição da pena ou a uma suspensão condicional, mas até mesmo, a dispensa da pena, pois, nesse caso, a reparação, pelo menos, decorre da vontade do autor, não é imposta.

⁴⁵⁶ ZEHR, Howard, **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottdale, PA: Herald Press, 2005, p. 215.

⁴⁵⁷ ZEHR, Howard, **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. Scottdale, PA: Herald Press, 2005, pp. 160-161.

necessária uma coerção física.⁴⁵⁸ De fato, ter-se-ia desse modo uma verdadeira alternativa ao sistema penal. Elena Larrauri entende que é possível desenvolver essa forma de justiça restaurativa sem que se prescindia de todos os princípios do direito penal, o caráter público, por exemplo, estaria garantido pela presença da comunidade, o que, juntamente com os princípios legais, garantiria que o acordo contemplasse o interesse coletivo. Também afirma que estar no âmbito civil não significa prescindir da força do aparato do sistema penal, inclusive apoio policial.⁴⁵⁹ Essa possibilidade a princípio parece problemática, porque não se visualiza de onde viria o controle à força policial, no entanto é possível que a autora vislumbre essa possibilidade, por via da mediação, conforme a distinção que ela mesma propõe.

O que parece preocupante é que a total e imediata desvinculação do sistema penal concretize a hipótese de que a justiça restaurativa se configure de forma mínima, sendo destinada a eventos de baixa gravidade, o que implicaria, por sua vez, na expansão do controle social e num baixíssimo impacto da adoção do modelo nos problemas da justiça penal.

Por outro lado, a opção de desenvolver práticas restaurativas dentro do sistema penal é, ainda, mais problemática, não há dúvidas de que, desse modo apenas se garante uma forma de contribuir para a relegitimação desse sistema, sem que lhe cause qualquer mudança relevante. A lógica da produção de violência e desigualdades que nele impera impede o desenvolvimento de qualquer iniciativa que se pautem em valores como a não-subordinação, o respeito, ou qualquer outro que oriente o ideal restaurador.

Tendo como referência o modelo do VORP, em que a justiça restaurativa não integra o sistema penal, mas tem regulação legal e trabalha em cooperação com a justiça criminal, poder-se-ia alcançar condutas delitivas de gravidade maior, o que provocaria, talvez, um maior impacto na redução do sistema penal. Nesse caso, configura-se uma hipótese de mediação, tendo em vista que as práticas restaurativas ocorreriam fora do sistema penal, o que é condição mínima para que se supere o paradigma punitivo, sem intervenção de juízes, promotores ou

⁴⁵⁸ HULSMAN, Louk. Práticas Punitivas: um pensamento diferente. Trad. Helena Singer. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 14, 1996, p. 18.

⁴⁵⁹ LARRAURI, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. In: BATARRITA, Adela Asua; CARRERA, Enara Garro. **Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena**. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 128.

advogados, mas conduzida por especialistas em justiça restaurativa, que atuariam como mediadores ou facilitadores.

Mireille Delmas-Marty ao tratar da mediação, vai situá-la no que chama de categorias vizinhas do direito penal. Em verdade, sugere mesmo ser paradoxal o fato de que a mediação tenha por objetivo evitar o sistema penal, mas que ainda tenha nele uma referência primeira.⁴⁶⁰ No entanto, essa autora admite que a diversidade de práticas sob essa designação não permite que se possa abordá-la como um fenômeno único. Em suas palavras: “Mediação-punição, mediação-reparação ou mediação-reconciliação, a proximidade é, portanto variável em relação a pena propriamente dita.”⁴⁶¹

Leonardo Sica, que defende a mediação como forma de adoção de justiça restaurativa no Brasil, denomina a prática como mediação penal. Opta-se, no entanto, neste trabalho, pela expressão mediação restaurativa, que está mais próxima da proposta larrauriana porque se entende que é preciso enfatizar que não há nessa prática pretensão punitiva. E, sendo necessário identificá-la entre as três possibilidades indicadas por Delmas–Martin, dever-se-ia associá-la às duas últimas, quais sejam: reparação e conciliação, embora, deva-se alertar para o fato de que ambas não parecem dar conta da mediação numa perspectiva restaurativa.

Os requisitos considerados para que se identifique uma mediação restaurativa são, pois: voluntariedade; confidencialidade; oralidade; informalidade; neutralidade do mediador; ativo envolvimento comunitário; autonomia em relação ao sistema.⁴⁶² Obviamente, os valores e objetivos restaurativos, já fartamente demonstrados, são os requisitos para que mais que mediação se tenha também a restauração.

Nessa hipótese, restariam indagações relativas ao momento e ao modo em que os casos seriam remetidos à justiça restaurativa. Leonardo Sica sintetiza cinco possibilidades de ingresso dos casos na justiça restaurativa, a saber:

- a) pré-acusação — com encaminhamento feito pela polícia;
- b) pré-acusação — com encaminhamento feito pelo Ministério Público, após receber a *notitia criminis* e verificar a materialidade do crime e os indícios de autoria.

⁴⁶⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 13.

⁴⁶¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 14.

⁴⁶² Cf. SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 55.

- c) pós-acusação e pré-instrução — com encaminhamento pelo juiz após o oferecimento;
- d) pré-sentença — com encaminhamento pelo juiz, após encerramento da instrução, como forma de viabilizar a aplicação de pena alternativa, como reparação de dano, ressarcimento etc;
- e) pós-sentença — com encaminhamento pelo juiz, com a finalidade de inserir elementos restaurativos durante a fase da execução.⁴⁶³

Os princípios que norteiam este trabalho exigem que se destaque não ser a primeira opção desejável, pois, ainda que seja a alternativa que mais reduza o contato do infrator com o sistema penal, essa possibilidade garante grande poder discricionário à polícia, que como se vem demonstrando ao longo deste trabalho, é uma das principais agências de seletividade do sistema penal, já tendo, em regra, uma atuação à margem da legalidade.

Também as duas últimas possibilidades apresentam problemas, porque não evitam o processo penal e os estigmas que dele decorrem, além disso, a possibilidade da mediação durante a execução poder-se-ia configurar verdadeiro *bis in idem*, fazendo o infrator suportar dois processos. Os defensores dessa possibilidade o fazem, porque advogam a restauração como um valor em si mesmo, o que não é, necessariamente, um equívoco, porém nessa perspectiva inexistente compromisso com a redução do sistema penal e seus horrores, o que não se coaduna com as pretensões deste trabalho.

Restariam, assim, as opções *b* e *c*. A primeira, opção pré-acusação, apresenta a vantagem de reduzir o contato com o sistema penal. A segunda, porém, permite que o juiz possa avaliar a necessidade do processo restaurativo, evitando o envio dos casos de bagatela, pois uma das grandes preocupações é a de não expandir as redes de controle.

Finalmente, é pertinente ao estudo empreendido nesta subseção alertar para a necessidade de que a implementação das práticas restaurativas tenham como referência a cultura jurídica de cada país.⁴⁶⁴ Assim, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro é base eminentemente legal, não parece possível

⁴⁶³ Cf. SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 29 e 30.

⁴⁶⁴ MIERS, *apud* PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.102.

pensar em outra forma de justiça restaurativa senão com regulação legal, além disso, a crítica ainda muito incipiente no Brasil acerca da atuação do sistema penal, aliada a crença majoritária de esse sistema é que garante a pacificação social, fragilizaria imensamente ou mesmo inviabilizaria qualquer pretensão de se defender alternativas de resolução de conflito, que não mantenha qualquer relação com esse sistema.

3.3.5 Delimitações Oficiais: entre os princípios básicos estabelecidos pelas Nações Unidas e a necessidade de regulação no Brasil.

Embora o recorte deste trabalho não comporte grandes inserções no tema desta subseção, entende-se necessário destacar, ainda que superficialmente, os esforços oficiais para dar diretrizes à justiça restaurativa, cujas práticas heterogêneas geram receios e críticas, dificultando a sua implementação; os possíveis equívocos desse esforço e, ainda, no caso do Brasil, como tem o legislativo recepcionado a ideia de uma justiça restaurativa.

A Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU busca encorajar os estados-membros a inserirem programas de justiça restaurativa na área criminal, para isso elenca princípios básicos nos quais devem se inspirar os estados para implementarem seus programas.

Sendo princípios não indicam com precisão o caminho que deve ser percorrido para construção dos referidos programas, não apresentam um modelo, mas apenas diretrizes que devem ser observadas ao se definirem as regras dos programas de cada país.

Dentre os princípios estabelecidos pela ONU, alguns, entendem-se, são mais importantes, porque sintetizam, ou mesmo sincretizam, posicionamentos que no campo teórico permanecem controvertidos. Assim, o entendimento de justiça restaurativa para ONU, estabelecido no primeiro artigo da resolução, afirma a necessidade tanto de processos como de acordos restauradores.

Em relação ao processo, destaca que deve se caracterizar pela participação ativa da vítima e do ofensor na construção da resolução dos problemas decorrentes do crime com ajuda de facilitador, além disso, destaca que a participação de outras pessoas e da comunidade deve ocorrer, se conveniente. O uso do termo facilitador, acredita-se, visa demonstrar a não-limitação da justiça restaurativa ao modelo da

mediação, pois a própria resolução elenca além da mediação, os círculos de sentença ou as conferências como estratégias para o processo, apenas enfatizando a necessidade de que o facilitador seja imparcial e busque promover a participação dos envolvidos no processo.

Quanto aos resultados restaurativos, a resolução afirma que eles decorrem do fato de serem construídos no processo restaurativo, e que incluem respostas como restituição, prestação de serviços à comunidade, objetivando atender desde às necessidades da vítima às necessidades coletivas e à própria reintegração do ofensor.

Sobre a utilização dos programas restaurativos, a ONU entende ser possível em qualquer estágio do conflito dentro do sistema criminal, porém afirma que só deve haver encaminhamento de casos em que haja prova suficiente de autoria, em que vítima e ofensor concordem livremente em participar, devendo ambos partilharem da concordância sobre fatos essenciais do caso.

Finalmente, é digna de destaque a necessária observância das garantias processuais fundamentais de modo a garantir a vítima e ofensor um processo justo, sem que haja qualquer violação dos direitos fundamentais de ambos, quer previstos no direito nacional, quer determinados por instrumentos internacionais.

De um modo geral, as pretensões político-criminais deste trabalho são contempladas na resolução da ONU, principalmente, no que tange à necessidade de que os programas de justiça restaurativa estejam fora do sistema penal, ainda que haja mútua cooperação, e à voluntariedade para a participação, pois, reafirma-se, não entender ser possível restauração quando é a força do sistema que orienta a prática.

Leonardo Sica afirma que a justiça restaurativa é um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Parafraseando esse autor, atreve-se a dizer que no Brasil a justiça restaurativa é um ideal em busca de uma regulação, pois num país cuja cultura jurídica é pautada na predominância da lei, é, sempre, difícil implantar qualquer prática de justiça que não se oriente por uma norma preestabelecida pelo legislativo.

Em que pese já haver no Brasil práticas denominadas de justiça restaurativa, mesmo não havendo uma regulação legal, as observações sugerem que essas experiências focam-se em crimes de bagatela ou mesmo atípicos, com pretensões

meramente disciplinadoras; e sobrepõem-se ao sistema penal com propostas pós-sentença, podendo causar *bis in idem* ou revitimização.⁴⁶⁵

Obviamente, deve ser destacado o mérito da preocupação em instituir práticas que minimizem os efeitos do sistema penal, que se dirijam a uma revitalização do Poder Judiciário ou que visem, simplesmente, apaziguar conflitos. No entanto, além dos problemas decorrentes dessa prática bem intencionada, como os apontados no parágrafo precedente, os equívocos quanto ao desenvolvimento dessas práticas podem destruir as potencialidades da justiça restaurativa como uma política criminal diferenciada, uma vez que tem sido utilizada para fortalecer ou *ressignificar* instituições às quais deveria ser uma alternativa.

Não se pode negar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em alguns dos seus artigos, já abra uma porta para a justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato, inclusive revela uma tendência mundial, pois conforme afirma Leonardo Sica: “[...] as melhores experiências de justiça restaurativa e mediação surgiram nos tribunais de menores e expandiram-se para a justiça comum”.⁴⁶⁶ Também destaca esse autor que os crimes de ação penal privada ou condicionada à representação abrem espaço direto para que a mediação possa ser oferecida como opção às partes para que busquem a reparação. Ainda, as infrações de pequeno potencial ofensivo, definidas a partir das disposições da lei 9.099/95 e da lei 10.259/01 podem ser um campo para experimentação das práticas restaurativas, ainda que se devam ressaltar as várias incoerências entre os objetivos da justiça restaurativa e alguns dos princípios dos juizados especiais criminais.⁴⁶⁷

Na perspectiva deste trabalho, é difícil pensar essas práticas de pretensões restaurativas nos moldes aí apresentados – talvez apenas em caráter experimental mesmo – pois, como se vem afirmando, não se vislumbra uma justiça restaurativa dentro do sistema penal. Logo, o posicionamento aqui adotado é o de que é imprescindível uma regulação legal, na qual fiquem claros, no mínimo, os valores e os princípios orientadores desse novo modelo de justiça, sua autonomia em relação ao sistema penal e, ainda, a definição dos critérios para o envio dos casos para os

⁴⁶⁵ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 226.

⁴⁶⁶ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 226.

⁴⁶⁷ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 227.

programas restaurativos, de modo que não seja um ato de mera discricionariedade do juiz ou promotor encaminhar os casos.

O projeto de lei nº 7006/2006, que tramitou na Câmara dos Deputados, propunha alterações no Código Penal e Processual Penal e ainda na Lei dos Juizados Especiais para viabilizar o uso de procedimentos da justiça restaurativa. Essa tentativa de regulação, entretanto, foi rejeitada, recentemente, pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, que embora lhe tenha reconhecido a constitucionalidade e a juridicidade, no mérito decidiu pela rejeição.

Nas palavras do relator:

Se do ponto de vista formal e material nenhuma mácula pode-se atribuir ao Projeto, o mesmo não se pode afirmar de seu mérito, especialmente, quanto à oportunidade.

O País passa por um período de sentimento de impunidade, com grande produção legislativa com o objetivo de criminalizar condutas e agravar penas. Esse projeto, por sua vez, caminha em sentido contrário, despenalizando condutas.⁴⁶⁸

Do ponto de vista das pretensões deste trabalho, esse projeto apresentava vários problemas. Só para ilustrar, já em seu primeiro artigo defendia o uso dos procedimentos restaurativos como facultativo e complementar ao sistema penal. Assim, ao estabelecer que o encaminhamento de casos à justiça restaurativa seria uma faculdade dos sistemas penais, o mencionado projeto destoava da perspectiva político criminal minimalista como a que aqui se defende, e, por essa ótica, não se considera grande perda a mencionada rejeição.

No entanto, considerando-se a motivação da rejeição, há muito que lamentar. Primeiro, porque ao admitir “a grande produção legislativa no sentido de criminalizar condutas e agravar penas”, constata-se que o legislador sequer conhece os princípios elementares do direito penal clássico, como o da mínima intervenção. Logo, pode-se concluir que ignora todo o debate acerca das pretensões minimalistas, reproduzindo um discurso maximalista de *lei e ordem*, sem qualquer fundamentação sociológica ou criminológica. O direito penal é aqui, definitivamente, considerado como o único recurso político para responder as condutas antissociais. Depois, porque — ao mencionar o sentimento de impunidade, ao qual visa responder

⁴⁶⁸ BRASIL. Câmara do Deputados. **Projeto de Lei 7006/2006**. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Relator Min. Antonio Carlos Biscaia. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/712142.pdf>. Acesso em: 20.03.2010.

criminalizando condutas e agravando penas — demonstra usar o direito penal para acalmar as massas, para criar e reforçar sensação de segurança num evidente uso do direito penal simbólico, que somado às pretensões eleitoreiras, consagra uma política criminal que se tem denominado de populismo penal.⁴⁶⁹

3.3.6 Evidências do diálogo possível entre o paradigma restaurador e a gestão da violência familiar contra a mulher.

Nos capítulos precedentes, em especial na abordagem da criminologia feminista, ficou bastante explicitado que o direito penal e seu sistema não são adequados como resposta à violência doméstica, em especial à violência familiar contra a mulher. No entanto, deve-se reconhecer que essa constatação está longe de se caracterizar como uma tendência no Brasil, quer no senso comum, quer no meio especializado, inclusive, acadêmico. Em verdade, predomina, a despeito de toda evidência da incapacidade do sistema, o discurso de *lei e ordem* e do endurecimento do sistema para enfrentar essa forma de violência.

Os problemas do sistema penal, apontados ao longo deste trabalho, em especial as suas insuficiências em gerir a violência familiar, sinalizam para a possibilidade do uso da justiça restaurativa, nos termos postos anteriormente, como meio mais eficaz de lidar com as peculiaridades desse tipo de violência. Não há dúvidas de que muitos dos problemas aqui apresentados sobre a gestão da violência familiar contra a mulher poderiam ser solucionados nas práticas restauradoras. No entanto, também não há dúvidas de que admitir a adoção dessas práticas impõe reconhecer a possibilidade de problemas para essa gestão, mas é nos limites das muitas convergências e das poucas divergências entre as peculiaridades dessa violência e das práticas restaurativas que se dá o diálogo ora proposto.

Definitivamente, esse é um diálogo difícil, pois, em regra, o primeiro posicionamento do movimento feminista considerado oficial ante qualquer forma de resolução da violência familiar contra a mulher que afaste ou minimize o papel de controle do sistema penal será negativo. Logo, esse movimento diz não à justiça

⁴⁶⁹ Cf. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. **¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2009, núm. 11-08, p. 08:1-08:64. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 11-08 (2009), 2 jun, acesso em 17/09/09, p. 08:48, p. 44. Tradução nossa.

restaurativa. Porém, demonstrou-se alhures que o feminismo oficial não representa a voz e os anseios das mulheres, comumente, vítimas dessa forma de violência, nem mesmo representa todos os grupos políticos engajados nos movimentos pela emancipação da mulher. Além disso, grande parte do rechaço à justiça restaurativa é oriundo do desconhecimento desse modelo.

Elena Larrauri, por exemplo, menciona pesquisas empíricas realizadas entre mulheres feministas comprometidas com organizações de apoio a mulheres maltratadas que demonstram que as críticas ao modelo restaurativo são diretamente proporcionais ao desconhecimento dele. No entanto, essa criminóloga também afirma haver uma crítica dos estudos feministas a pouca preocupação dos partidários da justiça restaurativa em incluir a variável de gênero no desenvolvimento científico e prático do paradigma restaurador.⁴⁷⁰

De fato, é ainda bastante escassa a literatura que associe violência contra a mulher e justiça restaurativa, o que denota ser incipiente o diálogo entre os teóricos de ambos os movimentos. Donna Coker⁴⁷¹ reconhece a dificuldade desse diálogo, mas sinaliza para sua necessidade, pois entende que ele poderia construir campos enriquecedores para a prática da antiviolaência doméstica, uma vez que possibilitaria a criação de processos anti-subordinativos para homens e mulheres, já que sistemas opressores favorecem o uso da violência e elevam a vulnerabilidade à agressão, limitando ainda a capacidade da mulher de escapar da violência.⁴⁷²

Essa observação confirma parte do que se afirmou na seção destinada à criminologia feminista de que a violência doméstica se dá em intersecção com outras formas de violência e de que agressores e vítimas nesse conflito, comumente, encontram-se em situação de subordinação e de incapacidade de autodeterminação.

Nesse sentido, pode-se, preliminarmente, destacar que a justiça restaurativa e seus valores orientadores parecem aptos a contribuir para minimizar os efeitos desse contexto de subordinação em que se encontram os protagonistas da violência intrafamiliar.

⁴⁷⁰ LARRAURI, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. In: BATARRITA, Adela Asua; CARRERA, Enara Garro. **Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena**. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 129 e 130.

⁴⁷¹ Professora de Direito na University of Miami School of Law na Flórida. É ativista, advoga e estuda a assistência a mulheres agredidas. Atualmente está trabalhando no desenvolvimento de estratégias contra a violência doméstica, mais efetivamente contra mulheres pobres

⁴⁷² COKER, Donna. Transformative justice: anti-subordination process in cases of domestic violence. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002, p. 128.

Para uma melhor avaliação acerca do potencial da justiça restaurativa no controle da violência doméstica, a seguir são sistematizados ganhos e possíveis inconvenientes da aplicação de práticas restaurativas no enfrentamento da violência em estudo. Apesar das convergências para as quais se vem sinalizando, ao longo desse trabalho, entre o paradigma restaurador e as peculiaridades da violência contra a mulher, parte-se do pressuposto de que objeções à aplicação da justiça restaurativa no enfrentamento dessa forma de violência tenham algum fundamento plausível, por isso aqui se faz uma ponderação sobre essas objeções, buscando identificar-lhes a consistência, para que se possa fazer um balanço ao final do tópico do que se tem a ganhar e a perder com justiça restaurativa,

3.3.6.1 Vantagens e possíveis inconvenientes da justiça restaurativa no controle da violência familiar.

Uma das principais objeções ao emprego da justiça restaurativa no controle da violência em estudo é a de que esse modelo provocaria uma banalização da violência, ofuscando a gravidade do fato. Essa crítica, em verdade, já foi mencionada, quando se tratou das críticas gerais à justiça restaurativa, refere-se noutras palavras à trivialização do conflito. Elena Larrauri afirma que essa objeção nasce da percepção da justiça restaurativa como uma repetição das práticas dos juizados especiais, além disso, os partidários dessa crítica, em regra, são contrários a qualquer forma de deslinde da violência contra a mulher que não seja a pena de prisão.⁴⁷³

O argumento que se contrapõe a essa objeção deve partir do reconhecimento de que o direito penal é um meio poderoso de demonstrar a desaprovação de uma determinada conduta, mas que, além de não ser o único, cobra um alto preço social, inclusive, para a mulher vítima da violência, como a revitimização decorrente, sobretudo, da sua impossibilidade de ela intervir no desfecho do processo penal. Decerto, outras medidas menos violentas podem ser bem mais eficazes no enfrentamento do maltrato de mulheres por seus familiares. Além disso, conforme já foi esclarecido anteriormente a proposta da justiça restaurativa não se confunde com a proposta dos juizados, que se pauta pela lógica da economia processual.

⁴⁷³ LARRAURI, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. In: BATARRITA, Adela Asua; CARRERA, Enara Garro. **Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena**. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 130 e 131.

Decisivamente, pode-se argumentar que, ao se defender o uso de práticas restaurativas, não se tem como objetivo central apenas evitar um processo penal, mas criar condições de autodeterminação para os envolvidos no conflito, conseguindo de modo mais efetivo os objetivos que se busca no sistema penal.

Confirmando, esse contra-argumento Elena Larrauri, assevera:

Definitivamente, na opinião de feministas que também promovem a justiça restaurativa, a justiça restaurativa se apresenta (deve ser avaliada) como uma forma mais efetiva de conseguir objetivos de: censurar o comportamento, proteger a vítima, reduzir a reincidência e reintegrar o infrator.⁴⁷⁴

Uma outra objeção, refere-se ao fato de que a mediação poderia também causar sobrevitimização, uma vez que, ao ser confrontada com o agressor, do qual teria supostamente medo, a mulher ficaria em situação de desequilíbrio de poder. Esse desequilíbrio, além de prejudicar o caráter voluntário dessa participação, poderia provocar receio na vítima quanto às consequências da veracidade de sua explicação num encontro posterior com o agressor. Acresce-se a isso, o fato de que a participação da comunidade não seria nenhuma garantia para a vítima, uma vez que — afirma a crítica — em alguns casos a violência familiar contra a mulher teria respaldo social.⁴⁷⁵

Em verdade, acredita-se que essa crítica possa ser situada numa outra, que se considera mais ampla e mais consistente, que é a da privatização do conflito. Como se destacou alhures, os movimentos feministas sempre buscaram publicizar a violência contra a mulher, pois entendiam que o espaço privado era um campo, por excelência para a prática da subordinação, nos moldes da cultura patriarcal. Portanto, essa objeção, talvez, seja a que mais dificulta o diálogo entre a justiça restaurativa e o feminismo oficial.

Até mesmo teóricos e defensores da justiça restaurativa, como Heather Strang⁴⁷⁶ e John Braitwaite, admitem o receio de se defender a aplicação da justiça

⁴⁷⁴ LARRAURI, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. In: BATARRITA, Adela Asua; CARRERA, Enara Garro. **Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena**. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 132.

⁴⁷⁵ Cf LARRAURI, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. In: BATARRITA, Adela Asua; CARRERA, Enara Garro. **Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena**. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 132.

⁴⁷⁶ Diretora do Centro pela Justiça Restaurativa da Australian National University. Ela dirigiu experiências de vergonha reintegradora em Canberra que examinou a eficácia de uma justiça restaurativa no Reino Unido.

restaurativa na violência doméstica, apesar do êxito geral desse modelo de justiça. O temor é justificado em razão de possíveis problemas decorrentes da privatização. Porém, esses mesmos autores questionam, se esse receio é prudência ou falta de coragem⁴⁷⁷.

Em verdade — já se contrapondo a objeção — o que se percebe na fala desses teóricos é a angústia de se opor a uma luta histórica dos movimentos feministas pela publicização dos conflitos familiares. No entanto, conforme lembra Donna Coker a preocupação feminista em distinguir público e privado e em construir a violência doméstica como uma questão pública não considera a cooptação do conflito como uma forma de controle estatal sobre mulheres negras e pobres.⁴⁷⁸ Como se demonstrou alhures, no Brasil, essa crítica é bastante aprofundada por Vera Regina Andrade.

A despeito disso, é necessário reconhecer que o problema da privatização e de suas implicações não é de todo infundado. Certamente, há riscos em qualquer tentativa de se dar mais poderes às mulheres, inclusive o da revitimização e, embora não seja comum que os maus-tratos às mulheres tenham respaldo social, deve-se reconhecer que, muitas vezes, a família e a comunidade são incapazes ou não desejam se opor à violência doméstica⁴⁷⁹.

Porém os riscos de vingança ou de revitimização não são especificidades das práticas de mediação restaurativa, ambos existem, acredita-se, com mais intensidade dentro do sistema penal. Primeiro, ao submeter o agressor às condições de humilhação e desrespeito à sua dignidade, o sistema faz com que ele se torne a vítima e veja como injusta a pena que lhe for imposta. Nesse caso, a revolta não se dá contra o sistema, mas contra a mulher, que de algum modo contribuiu para que ele sofra a pena. Depois, já mostrou a empiria, a mulher, em regra, não tem medo do seu agressor, mas, ao contrário, sofre quando o vê submetido ao sistema.

⁴⁷⁷ STRANG, H. BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002, p. 01-03.

⁴⁷⁸ COKER, Donna. Transformative justice: anti-subordination process in cases of domestic violence. In: STRANG, H. BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002, p. 129.

⁴⁷⁹ COKER, Donna. Transformative justice: anti-subordination process in cases of domestic violence. In: STRANG, H. BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002, p. 129.

Finalmente, contra essa objeção, devem se lembrados os requisitos da mediação restaurativa e os valores que orientam a sua prática. Assim, a justiça restaurativa deve ser uma escolha, restando sempre à vítima a possibilidade de recorrer a outro sistema. Além disso, os mediadores são sempre preparados para as especificidades do conflito de que estão tratando, como as expectativas das vítimas, lembrando, ainda, que não-dominação, igualdade entre as partes e, sobretudo, o *empoderamento* são valores essenciais dos processos restaurativos.

Certamente, não se encerram aqui as objeções à adoção das práticas restaurativas ao deslinde da violência contra a mulher, porém, acredita-se terem sido apresentadas as críticas mais comuns e relevantes.

Afirmar que a justiça restaurativa pode trazer mais vantagens para as mulheres vítimas de violência familiar poderia deixar subtendido que, nesse caso, haveria mais desvantagens para o homem agressor, pois é comum que os interesses de vítima e ofensor sejam, necessariamente, contrapostos. Assim, sinalizar para formas mais eficazes de atender às expectativas das mulheres agredidas, não significa aqui se afastar dos direitos do ofensor, mas ao contrário. O objetivo é mostrar, na justiça restaurativa, que as consequências da ação sofridas pelo ofensor podem ser encaminhadas menos contra ele e mais em favor da vítima.

As vantagens a seguir elencadas estão diretamente relacionadas às observações da criminologia feminista sobre os problemas decorrentes do enfrentamento da violência em estudo dentro do sistema penal, entre os quais se destacaram: a revitimização da mulher, ocasionada pelos vínculos afetivos com o agressor e pela irrelevância de suas expectativas para o sistema penal, cuja resposta é sempre única: o castigo; a incapacidade do sistema de neutralizar a violência, às vezes, até ampliada pela denúncia; as cifras negras, que mostram que poucos casos são denunciados e, finalmente, a reprodução da desigualdade social na distribuição da resposta penal, que faz com que os homens e mulheres alcançados pelos efeitos nocivos da pena sejam, exatamente, aqueles que já vivem outros processos de subordinação.

Assim, a primeira vantagem a ser destacada é a de que, na justiça restaurativa os protagonistas do conflito são escutados, respeitosamente, sendo suas histórias, sobretudo as expectativas da vítima, importantes para o desfecho do

processo. Kay Pranis⁴⁸⁰, que trabalha diretamente com casos de violência familiar, atendendo casos em que tanto as vítimas quanto os agressores frequentemente têm origem em grupos marginalizados, afastados do poder, destaca que escutar respeitosamente a história de uma pessoa é dar a ela dignidade e valor.⁴⁸¹

Para as mulheres agredidas, o fato de serem escutadas pode contribuir, entre outras, para que elas ratifiquem a razão contida em sua história, ao verem que a rejeição à violência que sofrem é compartilhada por outras pessoas. O que pode mesmo levá-la à decisão consciente da necessidade do afastamento do agressor. Independentemente, da decisão a que chegam, o fato é que investigações empíricas concluem que as mulheres vitimadas se sentem tratadas de forma mais justa na justiça restaurativa do que no sistema penal.⁴⁸²

Para os agressores, como quase sempre, o comportamento agressivo na família é uma tentativa de adquirir poder, experimentar uma experiência de poder que não é adquirida através do subjulgamento alheio pode ser uma forma eficaz de aprender um novo caminho de autodeterminação, além disso, contar uma história pode ser uma forma de assumir responsabilidades⁴⁸³.

Outra vantagem que se pode destacar refere-se às cifras negras. Feministas partidárias da justiça restaurativa têm enfatizado que as mulheres que não denunciam a violência de que são vítimas, em regra, não o fazem porque não julgam o sistema penal adequado à resolução do problema, pois não querem penalizar o marido, nem ser vistas como a responsável pela prisão dele, por exemplo. Também a flexibilidade da resposta, que permite reconhecer a existência da pluralidade das mulheres vítimas, faz com que aquelas que não queiram, por exemplo, afastar-se ou separar-se do agressor possam sentir-se menos constrangidas em buscar a justiça.

Logo, a possibilidade do recurso à justiça restaurativa permitiria que o enfrentamento da violência contra a mulher pudesse ocorrer com menor receio das consequências. Essas feministas afirmam que a possibilidade de participar de um

⁴⁸⁰ Programadora de Justiça Restaurativa com o departamento de correção Minnesota e também coordenadora dos círculos de paz e justiça restaurativa entre os Estados Unidos e o Canadá.

⁴⁸¹ PRANIS, Kay. Restorative Values and Confronting Family Violence. In: STRANG, H. BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002, pp 30-31.

⁴⁸² Cf. LARRAURI, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. In: BATARRITA, Adela Asua; CARRERA, Enara Garro. **Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena**. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 135.

⁴⁸³ PRANIS, Kay. Restorative Values and Confronting Family Violence. In: STRANG, H. BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002, pp 30-31.

processo, com maior protagonismo, daria as mulheres mais coragem para buscar ajuda e mesmo para persistir na busca pela solução.⁴⁸⁴

Uma vantagem incontestável da justiça restaurativa para os movimentos feministas e para as mulheres em geral é o *empowerment*. Um dos principais valores desse modelo de justiça e um dos grandes objetivos dos movimentos das minorias, inclusive, os feministas, o *empoderamento* tem sido a ponte para o diálogo os teóricos de ambos os movimentos.

É claro que, sendo o *empoderamento* um conceito amplo, que inclui, entre outros, maiores recursos sociais para uma vida autônoma, a justiça restaurativa não tem como alcançá-lo em sua amplitude. Porém, não se pode contestar que uma das formas mais eficazes de dar poder a uma pessoa é ouvi-la e que o poder de alguém é sempre diretamente relacionado ao número de pessoas dispostas a escutá-lo. E isso a justiça restaurativa certamente oferece àqueles que participam de seus processos.

A despeito de todas as objeções que são postas à justiça restaurativa e, em especial ao emprego dela no trato da violência familiar contra a mulher, são notórias as convergências entre as pretensões feministas de combate a essa forma de violência e os valores da justiça restaurativa. O diálogo entre ambos os movimentos, obviamente, só pode ser efetivado pela superação dos déficits criminológicos do discurso feminista, tornando mais evidente o caráter preponderantemente simbólico da proteção penal à mulher e sinalizando para outras possibilidades político-criminais mais eficazes no enfrentamento do problema e, ainda, mais coerentes com a história político-ideológica desses movimentos.

3.3.7 A Lei Maria da Penha: novos enfoques e a (in) compatibilidade com a Justiça Restaurativa.

O preâmbulo da lei 11.340/2006 afirma ser a lei fundamentada no art. 226, § 8º da Constituição Federal. O caput do mencionado dispositivo constitucional preconiza ser a família base da sociedade, tendo, portanto, especial proteção do Estado, enquanto o seu referido parágrafo assegura a assistência à família, não

⁴⁸⁴ LARRAURI, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. In: BATARRITA, Adela Asua; CARRERA, Enara Garro. **Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena**. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 135 e 136.

apenas como grupo, mas considerando cada uma das pessoas que a integram, através de mecanismos para coibir a violência no âmbito intrafamiliar.

Em que pese, não se pretender aqui se defender um discurso de proteção à família em detrimento dos desrespeitos aos direitos individuais fundamentais de seus integrantes, no caso específico, aos direitos da mulher, deve-se destacar que não se pode interpretar a Lei Maria da Penha, desconsiderando o preceito constitucional que lhe serve de lastro.

Essa necessidade de uma interpretação em consonância com os princípios constitucionais, certamente, é ainda mais necessária em relação aos aspectos penais e processuais penais da mencionada lei, pois como enfatiza Cláudio Brandão “além do caráter técnico – dogmático, o direito penal tem um caráter político.”⁴⁸⁵

Assim, a lei em todos os seus dispositivos, de caráter repressivo ou não precisa observar, sobretudo, os direitos fundamentais da mulher, mas sem perder de foco que a família também é um valor constitucional. Logo, é certamente muito mais um contexto político-criminal de *lei e ordem*, que determinou a ênfase nos dispositivos repressivos da lei do que uma interpretação político-constitucional.

A força do fundamento constitucional, que além de proteger a família, exige também que se considere o direito da mulher de se autodeterminar vem se afirmando mais recentemente, pelo menos no judiciário, em detrimento da ênfase no caráter punitivo da lei 11.340/2006. Uma evidência disso é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no que tange a imprescindibilidade da representação da vítima para proposição da ação penal nos casos de lesão corporal leve decorrente de violência doméstica e familiar contra a mulher, posicionamento que se consolidou nesse tribunal, conforme ratificam os julgados abaixo elencados.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. LEI MARIA DA PENHA. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Lei Maria da Penha é compatível com o instituto da representação, peculiar às ações penais públicas condicionadas e, dessa forma, a não-aplicação da lei 9.099, prevista no art. 41 daquela lei, refere-se aos institutos despenalizadores nela previstos, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

2. O princípio da unicidade impede que se dê larga interpretação ao art. 41, na medida em que condutas idênticas praticadas por familiar e por terceiro,

⁴⁸⁵ BRANDÃO, Cláudio. “Significado político-constitucional do direito penal”. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.) **Direito penal contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.120.

em concurso, contra a mesma vítima, estariam sujeitas a disciplinas diversas em relação à condição de procedibilidade.

3. A garantia de livre e espontânea manifestação conferida à mulher pelo art. 16, na hipótese de renúncia à representação, que deve ocorrer perante o Magistrado em audiência especialmente designada para esse fim, justifica uma interpretação restritiva do art. 41 da Lei 11.340/06.

4. O processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não é a melhor solução para as famílias que convivem com o problema da violência doméstica, pois a conscientização, a proteção das vítimas e o acompanhamento multidisciplinar com a participação de todos os envolvidos são medidas juridicamente adequadas, de preservação dos princípios do direito penal e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção à família.

5. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal 2006.01.1.119499-3, em curso no Juizado da Violência Doméstica Familiar contra a Mulher do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (HC 95.261/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 08/03/2010)⁴⁸⁶

HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA LEVE. ARTIGO 129, PARÁGRAFO 9º DO CÓDIGO PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA NO JUÍZO DE ORIGEM. IMPETRAÇÃO JULGADA PREJUDICADA.

1. A ação penal referente ao delito previsto no artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, é publica condicionada à representação da vítima. E a representação, nos termos do artigo 16 da Lei nº 11.340/06, pode ser retratada somente perante o juiz.

2. Agiu acertadamente, portanto, a MMª Juíza ao julgar extinta a punibilidade da espécie, após a retratação da ofendida. A determinação de prosseguimento da ação penal, portanto, caracteriza o constrangimento ilegal descrito na inicial.

3. Superveniência de decisão do juízo monocrático, declarando extinta a punibilidade da espécie, pela prescrição da pretensão punitiva.

4. Impetração prejudicada.

(HC 124.106/MS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010)⁴⁸⁷

Assim, a injustificada controvérsia, instaurada desde a promulgação da lei, acerca da interpretação do art. 16 da lei em comento vem sendo superada por uma jurisprudência mais comprometida com o fundamento constitucional da lei. É

⁴⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal** 2006.01.1.119499-3, HC 95.261/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 08/03/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702793850&pv>. Acesso em: 20.03.2010.

⁴⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. HC 124.106/MS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702793850&pv>. Acesso em: 20.03.2010.

importante destacar que no julgamento dos recursos repetitivos, tomou-se como referência Maria Lúcia Karam e sua percepção acerca do direito de autodeterminação da mulher ante a ânsia pela punição e pelo sistema penal:

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente ofendida, o seu direito e o seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar o direito à liberdade de que é titular para tratá-la como coisa fosse, submetida à vontade dos agentes do Estado, que, inferiorizando-a e vitimando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar. E sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é, ou não, um agressor, ou que, pelo menos, não deseja que seja punido.⁴⁸⁸

Também foi destacada, nas mencionadas decisões, a necessidade da composição dos conflitos, para facilitar as questões do direito de família, aduzindo serem estas bem mais relevantes do que a imposição de uma pena criminal ao agressor. Assim, a possibilidade de dispor da representação pode ser interpretada como uma forma pela qual as mulheres podem exercer o poder na relação com os companheiros.

Dessas decisões e seus fundamentos, conclui-se que o processamento do ofensor contra a vontade da vítima, cujos supostos anseios de vingança o Estado visaria conter, não parece ser mais considerada um ponto relevante para o enfrentamento da violência em estudo. Aparentemente, vem se construindo uma nova percepção sobre a lei 11.340/2006, que aponta para o fato de que um processo penal e um possível encarceramento não são, necessariamente, as soluções mais adequadas nesse conflito, nem para as mulheres que perdem autonomia, nem para as famílias que convivem com o problema da violência.

Em verdade, a hierarquia do ordenamento jurídico e as observações criminológicas, fartamente expostas neste trabalho, impõem a necessidade de uma percepção da lei em comento na qual o foco recaia sobre as medidas educativas, sobre a proteção às vítimas e sobre o acompanhamento multidisciplinar, uma vez que, assim, pode-se conferir um pouco mais de eficácia ao comando constitucional de proteção à família e, sobretudo, de afirmação dos direitos fundamentais da mulher.

⁴⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento de Recursos Repetitivos. Relator Min. Jorge Mussi.

A instituição de equipes de atendimento multidisciplinar no âmbito dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista no art. 29 da Lei Maria da Penha, tem sido apontada por juristas brasileiros como uma porta para a justiça restaurativa no âmbito desses juizados. Luiz Flávio Gomes, por exemplo, referindo-se à justiça restaurativa, afirma:

A Justiça do Futuro (mas que já está começando a ter nascimento em algumas cidades) está contemplada no art. 29 da Lei Maria da Penha que prevê, dentro dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a possibilidade de participação de uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde. A essa equipe compete fornecer subsídios escritos ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas voltados para a ofendida, agressor, familiares etc.⁴⁸⁹

Sobre essa possibilidade é necessário, preliminarmente, trazer à lembrança as constatações da criminologia feminista, em especial com base na pesquisa de Marília Mello, acerca das vantagens e dos problemas da conciliação no trato da violência familiar contra a mulher no âmbito dos juizados especiais criminais.

Conforme sintetizado alhures, a conciliação nos juizados tinha como problema o fato de ser conduzida por profissionais despreparados para conduzir uma conciliação, além disso, ocorria dentro de um ambiente penal, no qual os estigmas e a ameaça da punição estavam sempre presentes. A esses dois problemas acrescenta-se a preocupação com a celeridade e o eficientismo penal, denunciado por todas as correntes minimalistas. No entanto, os juizados ampliaram os espaços de comunicação, deram mais autonomia aos envolvidos no conflito, permitiram uma percepção contextualizada do desvio e, sobretudo, viabilizaram formas alternativas à punição.

Considerando essa observação preliminar, poder-se-ia, comparativamente, afirmar que o atendimento por equipes multidisciplinar, uma das faces não punitivas da lei, poderia ser explorado a fim de se reconquistarem algumas vantagens dos juizados que foram perdidas com o advento da lei 11.340/2006.

No entanto, deve-se destacar que o referido artigo e os demais que integram o título V da Lei Maria da Penha não concedem qualquer poder decisório aos

⁴⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. "Lei Maria da Penha e Justiça Restaurativa". Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>, 21 novembro. 2007, p.01, acesso em: 29 de março de 2010.

protagonistas do conflito. Mesmo que criem oportunidades de diálogo para as partes e que possam sinalizar para medidas outras de proteção à família e a seus integrantes, a instituição dessas equipes não cria possibilidades de alternativas à pena, muito menos de alternativa ao sistema penal. Acrescente-se, ainda, que tais equipes, conforme se depreende do art. 32 da lei em comento, integrariam o quadro funcional do Poder Judiciário, o que de modo algum, pode ser comparado à participação de membros da comunidade num processo restaurativo.

Assim, embora se reconheça que as equipes multidisciplinares possam contribuir, em alguns casos, para minimizar os efeitos de um processo penal, tanto para a mulher vitimada, como para o ofensor, não se pode reconhecer nelas uma justiça restaurativa, tendo em vista que não se verifica em sua previsão legal sinais de valores caros à justiça restaurativa como *o accountability*, pelo qual se deseja que os envolvidos num processo penal possam optar por um processo restaurativo.

Em verdade, a pretensão de fazer das equipes multidisciplinares um processo restaurativo poder-se-ia configurar como uma violação do princípio do *non bis in idem*, pois o ofensor, além de suportar todos os sofrimentos próprios do processo penal, teria ainda que se submeter a um processo no qual é preciso enfrentar a rejeição à sua ação desviante, sendo incentivado a assumir responsabilidades dela decorrentes.

CONCLUSÃO

No real da vida as coisas acabam com menos formato, nem acabam. Pelejar por exato dá erro contra a gente. Não se queira⁴⁹⁰.

Certamente, não se pretende pelejar aqui pela exatidão de um posicionamento. Todavia, não teria sentido a construção deste trabalho se não houvesse a pretensão de se defender que a justiça restaurativa é um modelo de resolução de conflitos bastante adequado ao enfrentamento da violência contra a mulher e, ainda, que esse modelo de justiça é compatível com uma proposta de política criminal minimalista pautada na afirmação dos direitos humanos.

Antes de se proceder a um detalhamento dessa conclusão mais geral - para a qual, em verdade, sinalizou-se, durante todo o trabalho - julga-se necessário explicitar relações que foram estabelecidas para que se chegasse às ideias que estão aqui expostas.

Assim, deve ser destacado que, ao se vislumbrar a possibilidade de que a mulher pudesse encontrar na justiça restaurativa um caminho para o controle da violência familiar, não se conhecia – embora já existisse de modo escasso - qualquer literatura, nacional ou estrangeira, que defendesse o uso da justiça restaurativa para essa forma de conflito. Uma observação mais superficial, inclusive, exigiria que essa possibilidade fosse descartada, tendo em vista a aparente incongruência entre o esforço dos movimentos feministas para publicizar a violência familiar e o caráter mais privatizante da justiça restaurativa. A superação dessa dificuldade foi bastante facilitada pela criminologia crítica feminista, que, embora não falasse em justiça restaurativa, já denunciava os equívocos de se buscar a emancipação da mulher no sistema penal.

Também defender a justiça restaurativa, tendo como fundamentação a criminologia de viés crítico não era simples, pois, embora a política criminal defendida pelos críticos do sistema penal abrisse portas para práticas restauradoras, os teóricos da justiça restaurativa não a vinculam, em regra, a uma teoria criminológica. Que se conheça somente John Braithwaite o faz, mas o faz a partir de

⁴⁹⁰ ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 19ª ed, 2001, p.101.

uma teoria eclética, teoria da vergonha reintegradora, na qual sequer a criminologia crítica está inserida.

Assim, a opção foi manter o posicionamento político – crítico e buscar na política criminal proposta por Baratta e Zaffaroni, os espaços em que as práticas restaurativas se inserissem e, ao mesmo tempo, destacar na justiça restaurativa suas origens nos movimentos de contestação das instituições repressivas.

Restou incontestável que a perspectiva minimalista ora defendida seja compatível com a justiça restaurativa. Basta que se recordem, por exemplo, os princípios do direito penal mínimo estabelecidos por Baratta, para que se perceba, com exatidão, essa compatibilidade. Assim, princípios intrassistemáticos; como princípio da idoneidade, da subsidiariedade, da proporcionalidade concreta, do primado da vítima; e extrassistemáticos, como o princípio da privatização dos conflitos, da preservação de garantias, da especificação dos conflitos ou o princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais; demonstram uma evidente compatibilidade do modelo restaurativo com essa proposta minimalista.

Também na perspectiva do realismo marginal de Zaffaroni, a justiça restaurativa encontra respaldo. Só para ilustrar, ao estabelecer a intervenção mínima como tática, esse argentino destaca a necessidade de que a renúncia à intervenção penal deva ser a renúncia ao modelo punitivo em qualquer instância, afirmando que a diminuição progressiva da intervenção penal deve ocorrer à medida que os conflitos sejam retirados do modelo punitivo para outras formas de resolução de conflito como a reparação ou a conciliação. Essa exigência é, seguramente, atendida pela justiça restaurativa que mais que se propor a ser uma alternativa ao sistema, é uma alternativa à punição.

Por outro lado, as influências e os valores da justiça restaurativa não deixam dúvidas de que esse modelo de justiça vem sendo construído com pretensão de se opor à lógica seletiva e reprodutora de desigualdades do sistema penal. Valores obrigatórios às práticas restaurativas, tais como o da não-dominação, do *empoderamento*, da igualdade entre as partes e do respeito aos direitos humanos, demonstram um compromisso com a superação de práticas do sistema penal tradicional.

Outra questão que precisa ser, ainda, enfatizada, diz respeito à possibilidade de se ter o abolicionismo como meta e o garantismo como estratégia. Essa questão se impõe e precisa ser enfrentada, pois, ao mesmo tempo em que se afirmou ter-se

aqui o abolicionismo como uma utopia também se afirmou que a justiça restaurativa não prescinde de garantias. Como é, tradicionalmente, consolidada uma oposição entre garantismo x minimalismo meio, a pretensão poderia parecer contraditória, porém ratifica-se aqui o entendimento de que essas perspectivas não sejam, necessariamente, inconciliáveis. Explique-se. Primeiro, entende-se que mais do que devolver o conflito aos protagonistas, a justiça restaurativa pretende envolvê-los no deslinde, logo não significa que se trate de uma justiça totalmente privatizada e conduzida pelo arbítrio da vítima, como uma vingança privada, por exemplo. Depois, esse envolvimento dos protagonistas não implica desconsiderar os direitos do ofensor, mas ao contrário significa reafirmá-los, sobretudo, porque se defende que as práticas restaurativas precisam ser reguladas legalmente. Logo, embora tenha influências abolicionistas, a justiça restaurativa, nos moldes ora defendidos, está comprometida com garantias, tanto relativas à vítima, como ao ofensor.

Estando apresentadas as explicações acerca das correlações estabelecidas entre os distintos modelos teóricos, volta-se à conclusão inicialmente exposta para um maior detalhamento.

Conforme se demonstrou no primeiro capítulo, a criminalização da violência familiar contra a mulher, instituída pela lei 10.886/04 e o recrudescimento de normas penais e processuais penais ocorridos com o advento da lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, consagram-se como um evidente uso do direito penal simbólico. Essa qualificação, que é atribuída ao direito penal cujas funções manifestas e latentes não se apresentam convergentes, não é algo incomum nesse direito, que, em regra, tem tido fins práticos diferentes daqueles pelos quais se justifica teoricamente.

De fato, o contexto da criminalização não deixa dúvidas quanto ao fato de que as leis mencionadas, que não criminalizaram qualquer nova conduta, tinham como principais objetivos: responder aos grupos feministas de pressão, reforçando a reprovação social à violência contra a mulher, instituindo valores e difundindo ideologias; e, sobretudo, criar a ilusão de que os políticos estavam adotando medidas eficazes para combater o problema.

Essa eficácia está longe de ser confirmada pela criminologia. O estudo criminológico empreendido no segundo capítulo, em especial na seção da criminologia crítica, demonstrou fartamente que o sistema penal, cuja atuação, em regra, não se pauta na programação normativa que lhe justifica, não tem se

mostrado eficaz no controle do desvio, não sendo, portanto, diferente com o desvio oriundo do conflito intrafamiliar.

O caráter, preponderantemente, simbólico da proteção penal foi demonstrado com base em vários fundamentos. No discurso que fundamentou a criminalização, por exemplo, verificou-se, durante o estudo, que as vozes feministas que defenderam e exigiram a criminalização não representavam o universo das mulheres que, de fato, são agredidas. Além disso, esse discurso sequer representava o pensamento de todos aqueles politicamente engajados com as lutas emancipadoras dos grupos sociais excluídos, tendo ele sido ouvido em razão da forte pressão política que o feminismo mais radical foi capaz de exercer, através de campanhas e apelos midiáticos, aos quais os políticos ávidos por votos responderam incrementando o direito penal.

A criminologia crítica feminista denuncia o déficit criminológico do discurso feminista criminalizador da violência contra a mulher, uma vez que esse discurso, ao defender a emancipação da mulher através do recurso ao sistema penal sinaliza para o desconhecimento de que esse sistema opera com seletividade e que reproduz em seu interior todas as desigualdades sociais, inclusive aquelas decorrentes das relações de gênero. Algumas criminólogas críticas, ainda, apontaram o equívoco do feminismo criminalizador - classificado como feminismo oficial - ao identificar a violência familiar contra a mulher como uma violência decorrente das relações de gênero. Essa crítica considera tal identificação um reducionismo, porque se centra nos protagonistas, esquecendo-se do contexto em que eles se inserem e da intersecção dessa violência com a violência estrutural. Também a ideologia criminalizadora demonstra desconsideração às relações afetivas que envolvem os protagonistas desse tipo de conflito. E essas relações, uma das peculiaridades mais marcantes do conflito familiar, constituem-se num relevante entrave para que a mulher agredida busque a violência certa do sistema penal.

O fato é que estudos empíricos demonstram que o recurso ao sistema penal no enfrentamento da violência estudada tem sido mais do que ineficaz, pois além dos problemas não contingenciais desse sistema, tais como a seletividade e arbitrariedade, a sua lógica única de punição e os seus procedimentos autoritários são agravados diante das peculiaridades da violência intrafamiliar contra a mulher. Todas as investigações criminológicas confirmam que sentimentos de impotência,

de fraqueza e de culpa são os mais experimentados pelas mulheres que recorrem ao sistema penal, pois a punição oferecida a seus ofensores, com o quais, normalmente, mantêm vínculos afetivos, não é, em regra, o que elas procuram. Destaque-se, ainda, que a violência sofrida pelo ofensor no sistema penal, não raro, implica uma escalada da violência no interior da família.

Finalmente, o discurso punitivo configura-se como uma contradição dos movimentos feministas, cuja bandeira sempre fora progressista e marcada pela oposição às instituições repressivas e pela afirmação dos direitos humanos. Essa contradição, inclusive, tem dado margem a críticas de que os movimentos sociais de esquerda, no qual se inclui a criminologia crítica, teriam a pretensão de realizar a justiça social através do sistema penal, caracterizando o que se tem denominado de esquerda punitiva. O que, entende-se, fragiliza muito esses movimentos que passam a ser responsabilizados pelas políticas criminais maximalistas.

Todas essas constatações redundaram numa conclusão preliminar: a de que as mulheres precisam dizer não ao sistema penal.

O estudo da justiça restaurativa, por sua vez, revelou muitas convergências entre os valores orientadores desse paradigma de justiça não só com a perspectiva político-criminal adotada pela autora – o que já foi explicitado – mas também com as expectativas das mulheres vitimadas, amplamente destacadas pela criminologia crítica feminista, e, ainda, com as pretensões dos movimentos feministas.

O feminismo foca sua luta, sobretudo, na autodeterminação da mulher e na igualdade de direitos, por sua vez, as mulheres vitimadas desejam ser escutadas e buscam, em regra, respostas não punitivas para o conflito e a pacificação das relações familiares. Essas pretensões se coadunam, quase sem ressalvas, com os valores orientadores da justiça restaurativa. Assim, valores como o do *empoderamento*, da não-dominação e da igualdade entre as partes atendem bem às expectativas feministas. Por outro lado, valores como o da escuta respeitosa e do *accountability* e *appealability* permitem a construção de processos e respostas mais apropriadas aos anseios das mulheres agredidas.

Finalmente, na perspectiva do ofensor, a justiça restaurativa pode ter como mérito o fato de evitar ou reduzir os efeitos perversos de um processo ou de uma condenação criminal, como os estigmas e a violência das penas, o que o faz perceber, normalmente, o processo como mais justo. Esse sentimento de justiça,

conseqüentemente, facilita uma atitude autônoma de responsabilização e contribui para que o ofensor possa desenvolver um sentimento de apreço pela ordem social.

O interesse coletivo é contemplado, na justiça restaurativa, com a participação da comunidade no processo, o que democratiza a gestão do conflito. Essa participação fortalece o sentimento de comunidade e permite a construção de uma nova perspectiva do consenso, superando a ilusão de que a lei seja o instrumento, por excelência para a expressão da “vontade do povo”.

Poder-se-ia objetar, aqui, que a justiça restaurativa foi apresentada, neste trabalho, como uma panacéia e, sobretudo, como a solução perfeita para todos os problemas decorrentes da violência familiar contra a mulher, sendo capaz de responder às expectativas de todos os envolvidos. Essa crítica, porém, seria injusta, visto que no decorrer do trabalho muitos dos riscos imputados à justiça restaurativa foram considerados plausíveis, dentre os quais se destaca o da expansão da rede de controle, e, no caso específico da violência familiar contra a mulher também se admitiu, por exemplo, a possibilidade da revitimização e os problemas decorrentes de uma prática mais privatizante.

No entanto, em que pese a plausibilidade desses riscos, enfatiza-se que eles nunca poderão alcançar a gravidade dos abusos e das arbitrariedades que têm caracterizado o sistema penal, cujas pretensões e garantias tão aclamadas não se comprovam nas observações empíricas, que mais identificam nesse sistema uma capacidade de reprodução de condutas socialmente negativas e das injustiças próprias da estruturação social.

Essa constatação de vantagens da justiça restaurativa em relação ao sistema penal não estão envoltas na inocência de que aquela possa, mesmo a médio prazo, substituir este. Primeiro, porque essa substituição demandaria a construção de um novo modelo de sociedade, o que de certo modo, é reconhecer que não se pode ainda prescindir, totalmente, da força de contenção do sistema penal; segundo, porque se reconhece que ainda não se construiu um espaço político que permita instituir uma forma de justiça mais comprometida com a ética do que com a reprodução de poder.

A despeito desse quase pessimismo, acredita-se que o âmbito das relações familiares, cujo sentimento de coesão e fraternidade não encontra paralelo nas demais relações sociais, possa ser o campo propício para gestar essa nova concepção de justiça, que é também uma nova concepção de sociedade.

Reafirma-se, pois, a aposta num modelo restaurativo de resolução de conflitos cuja principal força advém da linguagem, da palavra comunicada, que é capaz de instituir realidades. E, nesse ponto, encontra-se a convergência entre o tema abordado nesta dissertação e a trajetória de Riobaldo, personagem de Guimarães Rosa, cujas falas são aqui usadas como epígrafes. Esse personagem que se reconhece, no início de sua história, como sujeito de forças limitadas, incapaz de se colocar como igual perante os líderes jagunços, resolve fazer um pacto com o diabo para que ganhe força e poder. A partir do ato de linguagem no qual Riobaldo estabelece o suposto pacto, passa a se reconhecer forte, ou nos termos utilizados neste trabalho, passa a sentir *empoderado*. Ao final, o protagonista de Grande Sertão: Veredas descobre que não havia diabo, concluindo que toda a força que imaginava ter conquistado, através do pacto, brotara dele mesmo, permitindo concluir que as palavras pronunciadas no pacto é que causaram a sua transformação.

As práticas restaurativas fundamentam-se nesse poder instituidor da linguagem, logo se sabe que, ao dar voz aos protagonistas de um conflito, também lhes está conferindo um poder de autodeterminação, pelo qual se pode *empoderá-los* e responsabilizá-los. Além disso, como as palavras ganham força na enunciação, aposta-se que muito se poderá fazer com elas num contexto cuja finalidade é a de restaurar.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Revista do Instituto dos advogados de Pernambuco**, Recife, v. I, n. 2. p. 13-39, 1998.

ALEXANDER, Jeffrey C. **Las teorías sociológicas desde la Segunda Guerra Mundial**. Barcelona: Gedisa, 2000.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e abolicionismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Seqüência. Florianópolis, ano XXVI, n. 52, p. 163-182, julho, 2006.

_____. **Sexo e gênero: a mulher e o feminino na criminologia e no sistema de justiça criminal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 11, p. 2, n. 137, abr., 2004.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Prefácio. Do limite do sentido ao sentido do limite do reformismo penal. In: AZEVÊDO, Jackson C. de. **Reforma e “contra” – reforma penal no Brasil**. Florianópolis: OAB-SC Ed., 1999.

_____. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n.30, p. 24-36, junho 1995.

_____. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 48, maio/junho, 2004, pp. 260-290.

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 10ª edição. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **Sobre a violência**. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumaran, 1994.

ÁVILA, Maria Betânia. **Textos e imagens do feminismo**: mulheres construindo a igualdade. Recife: SOS CORPO, 2001.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. Trad. de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, 2, pp. 89-114, 1999.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico, Trad. Ana Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 5-24, 1994.

_____. Funciones instrumentales y simbólicas Del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdeF, 2004.

_____. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. **Criminología y sistema penal** (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004.

_____. Principios del derecho penal mínimo. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. (compilación in memoriam). Buenos Aires: IBdeF, 2004.

_____. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 338.

_____. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**, (compilación in memoriam). Buenos Aires: editorial B de F, 2004, p. 92.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. **A função penal reparatória no marco criminológico da reação social**. São Paulo, Tese de Láurea apresentada na FADUSP, 2005.

BERGALLI, R.; RAMIREZ, Juan Bustos.; MIRALLES, Teresa. **El pensamiento criminológico**. Vol. 1. Bogotá: Temis, 1983.

BERINSTAIN. Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Trad. de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BERTONI, Eduardo Andrés. El derecho penal mínimo y la víctima. In: ESER, A./HIRSCH, H./ROXIN, C./CHRISTIE, N./MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 120-129, 2007.

_____. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Curso de direito penal: parte penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração dos conflitos**. Brasília, 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005.

BRASIL. Câmara do Deputados. **Projeto de Lei 7006/2006**. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Relator Min. Antonio Carlos Biscaia. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/712142.pdf>. Acesso em: 20.03.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal** 2006.01.1.119499-3, HC 95.261/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 08/03/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=>. Acesso em: 20.03.2010.

BRAITHWAITE, John. **Restorative justice & responsive regulation**. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. **Crime, shame and reintegration**. New York: Cambridge University Press, 2007.

_____. STRANG, Heather. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002.

BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice In: VON, HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SHIFF, M. (ed) **Restorative Justice & Criminal Justice**, 2003, p. 1-20, p. 01.

BRITO, Alexis Augusto Couto de e VANZOLINI, Maria Patricia (coordenação). **Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BUSTOS RAMÍREZ Juan. **Victimología: presente e futuro- hacia em sistema penal de alternativas**. Barcelona: PPU, 1993.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2008.

CAMPOS, Carmem Hein. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. **Revista Estudos Feministas**, vol. 11, n. 1/2003, pp 155-170, p. 164

_____. A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org.). **Verso e Reverso do controle penal: (dê)saprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

_____. (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **Antimanual de criminología**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Teses e antíteses sobre os procesos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. Direitos humanos: delinquentes e vítimas, todos vítimas. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, ano 11, n. 15/16, p. 187-202, 1. e 2. semestres de 2007.

CASTILLO-MARTÍN, Márcia. OLIVEIRA, Suely de. (org.). **Marcadas a ferro: violencia contra a mulher uma visão multidisciplinar**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

COKER, Donna. Transformative justice: anti-subordination process in cases of domestic violence. p. 128-152. In: STRANG, H. BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002, p. 128.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”. In: Ciências Penais: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, v. 1, pp. 09-37, jul./dez., 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. **¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2009, núm. 11-08, p. 08:1-08:64. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 11-08 (2009), 2 jun], acesso em 17/09/09.

DEL VECCHIO, Georgia. **A justiça**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: ZAPATERO, Luis A; NEUMANN, Ulfrid; MARTIN, Adán Nieto (coords.) **Crítica y justificación Del derecho penal em el cambio de siglo**. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla – La Mancha, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação. Reflexões a partir da obra de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org.) **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura primitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **O Suicídio**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 15 ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

ESER, A./ HIRSCH, H./ ROXIN, C./ CHRISTIE, N./ MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Ferreira, Francisco Amado. **Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra Editora, 2006.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal – o criminoso e o crime**. Trad. de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FILHO, Altamira de Araújo Lima. **Lei Maria da Penha comentada**. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1995.

FREITAS, Ricardo de Brito de A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Razão e sensibilidade** – fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. Ciências criminais e filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 63, ano 14, p. 188-230, nov./dez. 2006.

_____. O Estatuto Teórico da Política Criminal, In: FOPPEL, Gamil (coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

FROMM, Erich. **A linguagem esquecida**: uma introdução ao entendimento dos sonhos, contos de fadas e mitos. Rio de Janeiro: Zahar, 1962

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. “Lei Maria da Penha e Justiça Restaurativa”. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>, 21 novembro. 2007, p.01, acesso em: 29 de março de 2010.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 1998.

_____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: **Pena y Estado**: función simbólica de la pena. São Paulo: IBCCrim, nº 1, 1991.

HERMAN, Leda Maria. **Maria da Penha lei com nome de mulher**: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2007.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho penal material. In: ESER, A./ HIRSCH, H./ ROXIN, C./ CHRISTIE, N./ MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

_____. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. In: ESER, A./ HIRSCH, H./ ROXIN, C./ CHRISTIE, N./ MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

HULSMAN, Louk. Práticas punitivas: um pensamento diferente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 4, nº 14, pp. 13-26, abr./jun. 1996.

_____. Alternativas a justiça criminal. In: PASSETI, Edson (coord.) **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói (RJ): Luam Editora Ltda, 1993.

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e violência contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2004.

JACCOUD, Myléne. “Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa”. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 163.

JÚNIOR, Miguel Reale. PASCHOAL, Janaína (coord.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva (orgs.). São Paulo: IBCCrim, 1997.

KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, vol. 8, n. 48, pp 146-162, 2008.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, nº 51. São Paulo: RT, pp. 67-105, 2004, p. 71.

_____. **Mujeres, derecho penal y criminología**. Madri: Siglo veintiuno, 1994.

_____. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. **La herencia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo veintiuno, 1991.

_____. Justicia restauradora y violencia doméstica. In: BATARRITA, Adela Asua. CARRERA, Enara Garro (eds.). **Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena**. Bilbao: Universidad Del Pais Vasco, 2009.

_____. Victimologia. In: ESER, A./ HIRSCH, H./ ROXIN, C./ CHRISTIE, N./ MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, pp. 294-295.

_____. Criminología Crítica: abolicionismo y garantismo. In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Notadez/ITEC, ano IV, n. 20, p. 11-38, out./dez. 2005, p. 14.

LISZT, Franz von. **La idea del fin en el derecho penal**. Trad. Carlos Pérez del Valle. Granada: Comares, 1995.

LOPES JR. Aury. “Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista”. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 101.

MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: ESER, A./ HIRSCH, H./ ROXIN, C./ CHRISTIE, N./ MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

MATURANA, Humberto R. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

MAYER, Dayse de Vasconcelos. **Justiça Constitucional Multiportas e a Sociedade de Risco**. Recife: Revista Advocatus, ano 2, nº 3, outubro 2009. p. 41-48.

_____. **A democracia capturada: a face oculta do poder: um ensaio jurídico-político**. São Paulo: Método, 2009.

MELLO, Marília M. P. de. **Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimação feminina no sistema penal brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: SED. 2008.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo: B de F, 2003.

_____. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORIN, Edgar. **O método III. O conhecimento do conhecimento/1**. 2.Ed. Trad. Maria G. de Bragança. Sintra: Europa-América, 1996.

MORRIS, Alisson. "Crítico dos críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa". In: BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 442.

MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NETO, Pedro Scuro. Chances e entraves para a justiça restaurativa na América Latina. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, 2005, p. 227.

OUTHWAITE, William; BOTTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do Século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: Aproximações ao Caso Espanhol e à Realidade Brasileira. In: Cezar Roberto Bitencourt. (Org.). **Direito**

Penal no Terceiro Milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. , p. 639-657.

_____. **Justiça restaurativa:** da teoria à prática. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

_____. Breves apontamentos acerca da relação entre justiça restaurativa e o sistema de justiça criminal brasileiro. Boletim IBCCRIM, ano 17, nº 206, janeiro 2010. p. 14.

PALAZZO, Francesco. Estado constitucional de derecho y derecho penal. **Teorias actuales en el derecho penal.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASSETTI, Edson. SILVA, Roberto Baptista Dias da. (org.). **Conversações abolicionistas:** uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

_____. **Curso livre de abolicionismo penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 68. São Paulo: CEBRAP, pp. 39-60, 2004.

POPPER, Karl. A Demarcação entre Ciencia e Metafísica. *In:* CARRILHO, Manoel Maria (Org). **Epistemologia: posições e críticas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 203-265, 1991.

_____. **A lógica da pesquisa científica.** 10. ed. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2003.

_____. **A lógica das ciências sociais.** Trad. Estevão Rezende Martins. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. **El desarrollo del conocimiento científico:** conjeturas y refutaciones. Buenos Aires: Paidós, 1983.

PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. **Diálogos sobre a justiça dialogal.** Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 81-99, 2002.

_____. **Transação Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.16.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e a constituição**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRANIS, Kay. Restorative Values and Confronting Family Violence. In: STRANG, H. BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and family violence**. p. 30.

REALE JR. Miguel. **Instituições de direito penal**: parte penal. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Restorative justice in Canada. **A consultation paper**. Departamento de Justiça do Ministerio da Justiça do Canadá, maio/2000. Disponível em <http://canada.justice.gc.ca/en/site-map.html>. Acesso em: 15 de out. 2007.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. 19ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1993.

_____. La reparación en el sistema de los fines de la pena. In: ESER, A./ HIRSCH, H./ ROXIN, C./ CHRISTIE, N./ MAIER, J./BERTONI, E./BOVINO, A./LARRAURI, E. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

ROBERT, Philippe. **Sociologia do Crime**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

_____. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**, Cadernos pagu (16) 2001: pp.115-136. Disponível em:<<http://www.unicamp.br/pagu/Cad16/n16a07.pdf>>p.123. Acesso em 15 de março de 2009.

_____. Gênero e patriarcado: a necessidade da violência. In: CASTILLO-MARTÍN, Márcia. OLIVEIRA, Suely de. (org.). **Marcadas a ferro: violência contra a mulher uma visão multidisciplinar**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005, p. 39.

SÁNCHEZ, Mauricio Martínez. Latinoamérica como referente material para la construcción de la Sociología Jurídico-Penal: El legado Del profesor Baratta. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 51. São Paulo: RT, pp. 303-320, 2004.

SALDANHA, Nélon. **Ordem e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós moderna**. 4 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SANTOS, Cláudia. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo antiprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, a. 16, n. 1, p. 85-113, jan./mar. 2006.

_____. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 16, n. 71, março-abril de 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANZBERRO, Guadalupe Pérez. **Reparación y conciliación em el sistema penal. ¿Apertura de una nueva via?** Granada: Comares, 1999.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1972.

SCOTT, Joan W. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação e Realidade, Porto Alegre: UFRGS, 1990.

SHERMAN, Laurence W. STRANG, Heather. **Restorative justice: the evidence**. London: The Smith Institute, 2007.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Justiça restaurativa e mediação penal** – o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SPONVILLE, André Comte. **Valor e verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

STRANG, H. BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and family violence**. Cambridge University Press, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Criminologia e Feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In: **Pena y estado**: función simbólica de la pena. São Paulo: IBCCrim, nº 1, 1991.

TORRES, Ana Maria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à Sociologia**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2004.

WITTGEINSTEIN, Ludwig. **Observações filosóficas**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2005.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina.** Buenos Aires: Depalma, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** v. 1, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZEHR, Howard. Retributive Justice, Restorative Justice. **New perspectives on crime and justice.** Kitchener Mennonite Central Committee. Canada Victim Offenders Ministries, 1985.

_____. **Changing lenses: a new focus for crime and justice.** Scottdale, PA: Herald Press, 2005.

_____. **The little book of restorative justice.** Intercourse, PA: Good Books, 2002.

_____. TOEWS, Barb. **Critical issues in restorative justice.** Monsey: Criminal Justice Press, Willan Publishing, 2004.

ZIPF, Heinz. **Introducción a la política criminal.** Caracas: Revista de Derecho Privado, 1979.