

O LUGAR DO DIREITO PENAL NA LUTA DOS MOVIMENTOS DE MULHERES NO BRASIL

THE PLACE OF CRIMINAL LAW IN THE FIGHT OF WOMEN'S MOVEMENTS IN BRAZIL

Luanna Tomaz Souza¹

Resumo: O artigo analisa em que medida os movimentos de mulheres têm utilizado o recurso ao direito penal como forma de enfrentamento à violência cometida de contra a mulher no Brasil e quais são os problemas decorrentes dessa vinculação. Num primeiro momento analisa-se a ação dos movimentos de mulheres no Brasil, depois os problemas do recurso ao direito nas ações dos movimentos sociais e se este pode ter um viés emancipatório. Por fim, é avaliado se a ação dos movimentos de mulheres tem importado uma legitimação de um sistema seletivo e violento.

Palavras-chave: Movimento de mulheres. Lei Maria da Penha. Teorias feministas. Sistema de justiça criminal.

Abstract: The article analyzes the extent to which women's movements have used the use of criminal law as a mean of coping with the violence committed against women in Brazil and which are the problems arising from this linkage. First, we analyze the action of women's movements in Brazil, then the problems of recourse to the law in the actions of social movements and whether it can have an emancipatory bias. Finally, it is evaluated whether the action of the women's movements has imported a legitimation of a selective and violent system.

Keywords: Women's movement. Maria da Penha law. Feminist theories. Criminal justice system.

1. INTRODUÇÃO

A partir da década de 80, os movimentos de mulheres no Brasil passam a discutir intensamente a questão da violência e isso indubitavelmente contribuiu para inúmeros

¹ É graduada em Ciências Sociais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) e em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Mestre em Direito na Universidade Federal do Pará e Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. É Diretora em exercício da Faculdade de Direito da UFPA e professora do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFPA. É pesquisadora do Grupo de Estudos sobre Mulher e Relações de Gênero Eneida de Moraes (GEPEM-UFPA). Coordena o Grupo de Estudos em Direito Penal e Democracia (UFPA), a Clínica de Atenção à Violência (CAV/UFPA) e o Núcleo de Estudos Interdisciplinares da Violência na Amazônia (NEIVA-UFPA). É conselheira da OAB-PA. Integra a Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da OAB. Tem experiência na área de Direito Penal e Processo Penal, Criminologia, Sociologia Jurídica, Segurança Pública, Direito das Mulheres e das Crianças e Adolescentes.

avanços como políticas públicas, em especial os conselhos e as delegacias da mulher, e avanços legais, em especial, a Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, e a Lei nº 13.104/2015, a Lei do Femicídio.

O presente artigo pretende analisar em que medida os movimentos de mulheres no Brasil se utilizaram do recurso ao direito penal como forma de enfrentamento à violência cometida de contra a mulher no Brasil e os problemas decorrentes dessa vinculação.

Essa preocupação se justifica diante do crescimento do encarceramento no país e o desenvolvimento de críticas contundentes a um punitivismo existente hoje que reafirma o excesso punitivo e ignora as mazelas do sistema de justiça criminal que atua de forma seletiva e reproduz violências e marginalidades.

Em um método dedutivo de análise parte-se de autores das Ciências Sociais e do Direito para compreender de que forma os movimentos sociais percebem os limites do recurso ao direito penal, sem ignorar os avanços em âmbito nacional e internacional, em especial no aspecto legal e de políticas públicas. A pesquisa também utiliza fontes secundárias de pesquisas realizadas e âmbito de dissertação e doutorado sobre a atuação dos movimentos no enfrentamento à violência cometida contra a mulher.

2. A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO DAS MULHERES ORGANIZADAS NO BRASIL

Os movimentos sociais foram objeto de pesquisa eminentemente da Sociologia. Por volta de 1840, o termo começou a ser utilizado por Lorenz Von Stein, que à época chamava a atenção para o movimento operário francês, o comunismo e os socialismos emergentes. A partir da segunda metade do século XX, os movimentos sociais passaram a assumir novas fisionomias. Novas bandeiras passam a surgir: o feminismo, o pacifismo, a ecologia, o que alguns autores vão denominar “novos movimentos sociais” (HERKENHOFF, 2004).

Esses movimentos têm cumprido um papel relevante no processo de remodelamento das instituições sociais, tornando-as mais democráticas e abertas à participação popular. Em razão disso, importantes concepções e valores sociais têm sido repensados, de modo a poderem abrigar as novas demandas sociais, possibilitando o exercício de práticas coletivas voltadas à afirmação da autonomia dos sujeitos e grupos sociais. A condição deficitária das minorias, a qual impede que a cidadania possa ser gozada indistintamente por todos, vem sendo progressivamente minada (SOUZA JÚNIOR, 1991).

A rigor, no Brasil, datam de 1977 e 1978 os primeiros estudos, atraídos pelo ineditismo de práticas populares numa conjuntura de despolitização repressiva e, a despeito de obstáculos jurídicos e institucionais, pela percepção de que este processo instaurava práticas políticas novas em condições de abrir espaços sociais inéditos e revelando novos atores. Junqueira (2001) chama a atenção para o fato de que, no Brasil, tais movimentos surgem com características diferentes dos países centrais, atentos a problemáticas específicas da realidade nacional e politizando espaços antes silenciados. Na Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras de 2002, por exemplo, em sua Carta de Princípios, os movimentos de mulheres² destacaram uma agenda de compromissos com questões muito amplas como a “justiça econômica e social”, “a crítica ao modelo neoliberal injusto, predatório e insustentável do ponto de vista econômico, social, ambiental e ético”, “comprometer-se com a luta pelo direito à terra e à moradia”, e outros temas ligados à política global.

Segundo Christo (1998), contudo, é o âmbito da micropolítica que estes movimentos sociais têm como objetivo precípua, buscando melhorias em determinados aspectos da vida cotidiana, reelaborando condições consideradas desfavoráveis, colocando em pauta temas como o desequilíbrio ecológico, a poluição, a falta de habitação e saneamento básico, o preconceito racial, a discriminação por orientação sexual e as questões de gênero.

As abordagens da micropolítica podem ser relacionadas com processos de singularização, de valorização da subjetividade no qual se inserem os movimentos sociais. Guattari e Rolnik (1996) destacam que o que caracteriza estes movimentos não é somente uma resistência contra o processo de serialização da subjetividade, mas também a tentativa de produzir modos de subjetividade originais e singulares.

Evidentemente, não podemos aqui desconsiderar a relevância da articulação entre os partidos políticos e os movimentos sociais, uma vez que através das entidades partidárias as reivindicações e os projetos desses movimentos sociais encontram representação e transcendem as transformações locais. Por vezes, diante da diversidade representada pela construção destes movimentos há questões gerais que os unificam no âmbito da macropolítica como a luta pelos direitos humanos ou o campo mais progressista da política, identificado, em regra, como esquerda.

² Há que se ressaltar neste trabalho que mesmo usando o termo “movimentos de mulheres” e/ou “movimentos feministas” no plural, é reconhecida as especificidades presentes em cada movimento que os compõem. Utiliza, contudo, o termo no plural para marcar o reconhecimento a sua diversidade.

Isso também demonstra como a noção de diversidade é marcante para estes movimentos. Em primeiro lugar, pela dimensão que esta ocupa no âmbito da igualdade propugnada entre homens e mulheres. Em segundo lugar, pela própria forma com que esses movimentos são construídos, aglutinando segmentos extremamente diversos em torno de uma pauta comum na defesa dos direitos das mulheres. De onde você fala, de que entidade você faz parte, todas essas questões marcam sua construção como sujeito deste movimento.

Na construção da III Conferência Nacional de Políticas Públicas Para as Mulheres o próprio regimento impõe a observância da representação de classe, étnico racial, geracional e de liberdade sexual da composição das delegadas (art. 24, § 2º). Desta feita, muito marcante na construção da Conferência era o segmento de representação, que podia colocá-las como comissão organizadora, como delegadas, ou como simples participantes.

Essas contradições e antinomias não podem nos permitir desconsiderar a grande contribuição destes movimentos ao criar formas de luta e de defesa da cidadania baseadas na participação e no reconhecimento da diversidade nas esferas de participação. As práticas autoritárias ainda vigentes na estruturação de determinadas organizações partidárias impõem na maioria das vezes limites na distribuição do direito de decisão ao estabelecer inúmeras hierarquias, que tais movimentos, em que pese ainda sentirem tais influências, tentam constantemente irromper.

As práticas coletivas expressas nos novos movimentos sociais são importantes instrumentos de construção de uma cidadania que é fruto da conquista e tem como cerne a capacidade de criar padrões de convivência social não excludentes, mas que promovam o respeito às diversidades.

A ideia de cidadania que mais se coaduna com o projeto de democracia dialógica é aquela que toma o indivíduo como sujeito de direitos e que, ao exercê-los, influi e delimita as funções do Estado. Tal concepção destaca a interdependência entre cidadania e participação. Esses elementos não podem ser objeto de concessão do Estado, nem de um segmento social aos demais, nem mesmo de um projeto de política social moldado sem a prévia reflexão e deliberação dos membros da comunidade a que se destina. Nenhuma instância social pode conceder a cidadania ou estabelecer os limites da participação, porque do contrário teremos um arremedo de cidadania, viciada na sua origem e deficitária no seu exercício.

O Direito, sob o paradigma humanista da modernidade, constituiu-se a base da formação de uma noção fundamental: a de sujeito de direito. Essa noção vem remeter à ideia mais abrangente de pessoa humana, a qual lhe serve de referência antropológica, e que é individualizada no contexto da relação jurídica.

Na esfera dos movimentos sociais, autores como Souza Júnior (1991) constroem a noção de sujeito coletivo: uma coletividade onde se elabora uma identidade e se organizam práticas mediante as quais seus membros pretendem defender interesses e expressar suas vontades, constituindo-se nessas lutas. A análise da experiência da ação coletiva dos novos sujeitos sociais, que se exprime no exercício da cidadania ativa, designa uma prática social que autoriza estabelecer a determinação de espaços sociais a partir dos quais se enunciam novos direitos e a constituição de novos processos sociais.

Os movimentos de mulheres são um exemplo de como formas de luta organizada e criativa podem contribuir para a evolução das relações sociais. Através da diversificação das estratégias de conquistas, que variam desde o diálogo com entidades partidárias e sindicais, até a inserção dos movimentos em outras organizações coletivas baseadas em identidades étnicas, religiosas, as mulheres organizadas forçaram o debate público sobre as relações de gênero.

O movimento feminista teve sua eclosão a partir dos anos 60, sempre pautado por uma grande multiplicidade, em que momentos unitários foram efêmeros e com objetivos muito específicos. Surge como movimento organizado no último século nos Estados Unidos. Antes, podemos apenas destacar atuações individuais ou de pequenos grupos nas lutas das mulheres em busca de seus direitos (CELMER, 2008).

No Brasil, a ação das mulheres organizadas não é recente, ganhando, entretanto, maior repercussão na década de 70 quando, inclusive por iniciativa das Nações Unidas, foi proclamado o Ano Internacional da Mulher (1975). Atualmente, os movimentos de mulheres são uma realidade em quase todo o país, havendo diversos grupos e organizações femininas que objetivam a superação da discriminação sexual e a implementação de políticas públicas que contemplam as necessidades das mulheres.

No presente artigo será feita referência especial aos movimentos de mulheres, pois nem todos os movimentos de mulheres se identificam como feministas. Na realidade, conforme ressalta Gregori (1992), mesmo o movimento feminista não pode ser considerado uma entidade concreta, um movimento unificado, mas está sujeito a influências históricas,

culturais, sociais, conflitos e contradições. Sua definição assim é difícil, tal qual a quantidade de tendências, de agrupamentos e a diversidade de ideias, envolvendo visões de mundo que se pautam, essencialmente, na busca por uma relação de maior simetria entre os sexos. Este termo traduz, assim, todo um processo que se constrói no cotidiano e que não tem ponto determinado de partida ou chegada, mas é repleto de transformações, contradições, avanços e recuos (SOUZA, 2009).

No Brasil, historicamente, a depreciação foi utilizada como arma antifeminista. Mulheres que lutavam por direitos ou que assumiam atitudes consideradas inadequadas ao modelo tradicional de feminilidade e às relações estabelecidas entre os gêneros eram consideradas na sociedade, e em parte ainda o são, como "masculinizadas, feias, despeitadas" (SOIHET, 2013). Isso criou uma resistência à identificação de mulheres desta forma. Inegável, contudo, que os movimentos feministas e de mulheres, em toda sua diversidade, são uma referência fundamental em temas do interesse das mulheres no plano internacional e também nacional, sendo um dos movimentos sociais do país de maior força e expressão de resistência às inúmeras violações aos direitos humanos.

No Brasil, a partir da década de 70 e 80, os movimentos começam a dar atenção especial à questão da violência cometida contra a mulher, tornando-a visível na mídia, principalmente diante da repercussão da morte de Ângela Diniz.

A partir disto, em São Paulo, no ano de 1980, é criado o primeiro grupo de combate à violência contra a mulher, o SOS-MULHER, cuja experiência foi pioneira no sentido da defesa dos Direitos das Mulheres e, também, de oferecer apoio psicológico e material a mulheres vítimas de violência. Apesar de sua curta duração (1980-1983) é o embrião das organizações não-governamentais de defesa da mulher no Brasil.

Em 1985, é criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, que aos poucos foi perdendo sua autonomia financeira e administrativa, esvaziando-se o órgão. Em resposta ao dismantelamento do Conselho, principalmente pelo Governo Collor, o movimento de mulheres voltou à luta e criou o Fórum Nacional de Presidentes de Conselhos da Condição e Direitos da Mulher, uma instância de articulação política rapidamente reconhecida e legitimada.

O chamado “Lobby do batom”, instituído pelos movimentos de mulheres brasileiras, incluindo 26 deputadas federais constituintes, obtém significativo avanço, garantindo que na

Constituição Federal fosse prevista a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (CELMER, 2008).

O Brasil chegou a sediar, em junho de 1994, em Belém, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, um marco na luta dos movimentos de combate à violência cometida contra a mulher.

Em 2002, é criada a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres através da Medida Provisória 103, no primeiro dia do governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, para desenvolver ações conjuntas com os Ministérios e Secretarias Especiais, com o fito de incorporar as especificidades das mulheres nas políticas públicas e estabelecer as condições necessárias para a sua plena cidadania, consolidando uma importante parceria entre os movimentos e o Estado na elaboração das políticas públicas.

Fica clara assim a importância da atuação dos movimentos para impulsionar as políticas públicas voltadas à violência conjugal. Cecilia Santos (2010), observou, contudo, que quer no domínio da formulação, quer no da implementação, há mecanismos de absorção/tradução destas demandas pelo Estado, que, numa perspectiva pós-estruturalista, pode ser considerado um espaço de lutas discursivas e de poder em que são legitimados e reconstruídos inúmeros interesses, direitos, identidades, categorias e relações sociais.

Os movimentos de mulheres extrapolaram assim os limites do seu status e do próprio conceito. Foi além da demanda e da pressão política na defesa de seus interesses específicos. Entrou no Estado, interagiu com ele, ao mesmo tempo em que conseguiu permanecer como movimento autônomo, elaborando e executando políticas dos lugares onde ocupava. No espaço do movimento, reivindica, propõe, pressiona, monitora a atuação do Estado, não só com vistas a garantir o atendimento de suas demandas, mas acompanhar a forma como estão sendo atendidas (SOUZA, 2009).

Nesse sentido, muitas demandas são absorvidas pelo Estado sem que sequer se reconheça a atuação dos movimentos de mulheres. É muito comum movimentos serem alijados das políticas após seu estabelecimento. Isto cria uma relação dicotômica que não expressa a importância destes movimentos para sua existência, além de retirar dos mesmos o protagonismo sobre seus rumos. Alimenta-se, na verdade, a lógica de que os movimentos de mulheres estão distantes da compreensão sobre o mundo jurídico e suas nuances, quando, na realidade, foi através destes movimentos que tal questão passou a ser reconhecida como um fenômeno jurídico.

3. O RECURSO AO DIREITO NAS AÇÕES DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

É interessante observar o papel que o direito pode ou não ocupar nas lutas sociais contra hegemônicas. A ideia de Democracia sem fim de Boaventura de Souza Santos (1997) supõe que o exercício democrático societal está longe de se cumprir com as instituições democráticas representativas. A democracia realiza-se por um continuado aprofundamento das práticas democráticas, processo que implica por um lado uma crescente participação dos cidadãos e por outro a capacidade do exercício democrático para confrontar as desigualdades.

Madalena Duarte (2011) constrói a ideia de “justiça sem fim”, como aquele processo que permite que o direito opere como instrumento de democracia e justiça social para aqueles que delas mais carecem. É também o processo que continuamente reinventa os sujeitos de direitos no seio de formações sociais em constante mudança. Os movimentos sociais são aqui parte essencial deste processo.

A ação dos movimentos sociais parte da articulação entre uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. Segundo Santos (2002), a primeira é uma investigação que visa demonstrar que o que não existe é, na verdade, ativamente produzido, como não existente, isto é, como uma alternativa não-credível ao que existe. Pauta-se numa perspectiva de uma política de reconhecimentos que toma parte na transformação do que existe criando novos espaços de possibilidade. Ao reconhecer eixos emancipatórios no direito, a sociologia das ausências explora a possibilidade do seu uso em lutas contra-hegemônicas. A escolha dos movimentos de mulheres pauta-se numa sociologia das emergências, isto é, pela evidência daquilo que existe como uma tendência, pela presença de um “ainda não”, de uma “possibilidade e uma capacidade concreta que nem existem no vácuo, nem estão determinadas”. Os movimentos incluem, assim, o recurso ao direito e aos tribunais como uma pauta estratégica.

Nos finais do século XIX e princípios do século XX, após um primeiro período de entusiasmo, começa uma contestação social às promessas não cumpridas da modernidade. O direito começa a denotar fragilidade. Passa a se aproximar das pessoas judicializando a vida social de uma forma sem precedentes, dando maior visibilidade aos tribunais.

Segundo Duarte (2011), coloca-se nesse momento também um dilema aos tribunais: continuar a aceitar a omissão política, que poderia salvaguardar sua independência, mas

torná-los socialmente irrelevantes ou aceitar sua cota-parte de responsabilização política na atuação promocional do Estado. Esta opção ocorreu nos países com fortes movimentos sociais, levando os tribunais a posturas pró-ativas, a intervir no domínio da inconstitucionalidade por omissão e à coletivização da litigiosidade. O direito, ainda permanecendo estatal, volta a colocar-se no centro das lutas sociais como um instrumento privilegiado e aceito pelos movimentos contestatórios que podiam inclusive usar o direito contra o Estado.

No contexto hodierno, torna-se evidente que algumas promessas não foram cumpridas e nunca se cumprirão, outras foram cumpridas em excesso. O Estado enfraquece e a comunidade torna-se mais marginalizada do que nunca. Se no momento anterior, as relações sociais estavam amplamente reguladas pelo direito, com a crise do Estado-Providência, verifica-se que nem todas as áreas são reguladas pelo direito. Também ao contrário do período anterior, onde o direito foi politizado, agora ele é politizado até certo limite. Diante dos excessos e déficits da modernidade, o direito foi um instrumento de refreamento de velhas expectativas e regulação de novas, sendo que historicamente ele permitia operar mudanças sociais que não colocavam em causa o paradigma da modernidade, antes o reproduziam. Cabe então perguntar se seria legítimo seu uso nas direções emancipatórias.

Sobre esse aspecto são identificadas por Duarte (2011) duas principais correntes. A primeira seria a derrotista. Inspirada no pensamento marxista, acredita que o direito não é só hegemônico, como serve a propósitos hegemônicos. Estas opiniões caminham no sentido de que o direito contribui para a legitimação das instituições e relações sociais dominantes:

A dependência política que se esconde por detrás de uma aparente neutralidade do direito e de suas instituições proporciona que, para vários autores, o direito seja tido como instável, ambíguo e manipulável, podendo ser utilizado para justificar qualquer decisão judicial. A aparente instabilidade do direito e a maleabilidade dos direitos é mais visível e contextos de instabilidade social, política e/ou econômica (DUARTE, 2011, p. 27).

Ao recorrer ao tribunal, o movimento põe nas mãos do juiz o rumo de suas lutas, podendo a decisão ter consequências intencionais ou não. Outra questão relevante a considerar é a distância entre o “direito presente nas leis” (*Law in books*) e o direito efetivamente exercido (*Law in action*). Muitas vezes, mesmo quando os desenhos legislativos

são concebidos ao encontro das agendas emancipatórias, a fraca capacidade das suas instituições para impor tais agendas frustra estes direitos em sua concepção original. No Brasil, por exemplo, é comum a expressão “lei que pega” e “lei que não pega”. O mesmo acontece quanto às decisões judiciais. O Poder Judiciário nem sempre tem a capacidade para implementar suas decisões para pessoas para além dos litigantes, havendo sempre espaço para evasão legal.

A discrepância entre o direito legislado e o direito exercido na prática pode também ter origem na agenda política que promove a criação de determinadas leis. Há direitos que só se permitem ser progressistas porque se sabe que não vão ser efetivados, na tentativa de simular uma transformação social e emudecer as reivindicações dos grupos empurrando o direito escrito para frente de práticas que não serão concretizadas.

Outro argumento apresentado contra a mobilização do direito pelos movimentos sociais é o fato de aquele aniquilar a diferença. A lei uniformiza-os na medida em que todos são iguais perante a lei, e naturaliza-os, considerando que todos eram iguais antes da lei. Isso leva também a despolitização do movimento social por inúmeras razões. Primeiro, o fato de muitos movimentos verem transformações legais como um fim em si mesmo, perdendo a noção dos objetivos que levaram a politização. Em segundo, a despolitização ocorre na sequência da individualização dos direitos. Uma experiência coletiva é transformada numa reclamação individual, perdendo-se o impacto político desejável.

Essa despolitização é marca da própria formalização e burocratização que a relação com o mundo jurídico acarreta, impedindo a expansão do movimento, ou então, o moldando em termos semelhantes aos de uma firma de advogados e consultores. Permite também ao Estado condicionar a ação dos movimentos, pois os tempos e a linguagem destes tornam-se a linguagem e os tempos definidos pelo andamento do processo.

Em algumas situações há inclusive a criminalização dos seus/as militantes. Numa situação de conflito entre os movimentos e o aparelho estatal, este se coloca muitas vezes não numa postura de administrar o conflito, mas de criminalizar a conduta dos militantes. Esse controle, essa intervenção operada pelo Estado, situa-se concretamente através da estruturação das chamadas agências de criminalização (polícia, ministério público, poder judiciário, dentre outras) (FOSCARINI, 2008).

Esta perspectiva tem afinidade com o ceticismo com que Foucault (1979) lê as possibilidades de ação emancipatória na modernidade. Apesar de relativizar a centralidade

das emanações da soberania nos Estados modernos, o autor confere pouco espaço para conceber o direito fora do exercício da dominação.

A perspectiva derrotista tende a desvalorizar as experiências que dão conta das possibilidades emancipatórias do direito, sustentando-se primordialmente na ideia do direito como instrumento de poder pelos grupos dominantes e nas práticas do exercício do direito, tendentes que são a reiterar o *status quo*.

Para Duarte (2011), a perspectiva informada procura repensar o direito, adequando-o às reivindicações normativas dos grupos subalternos e dos seus movimentos, bem como das organizações que lutam por alternativas à globalização neoliberal.

Reconhece que há um direito emanado do Estado, contudo, acredita que o direito oficial é muito diverso, e por vezes contraditório, assim como nem todo o direito se reduz efetivamente ao direito estatal, embora fosse o propósito do bem-estar social. Segundo Santos (1980), o reconhecimento deste pluralismo jurídico implica aceitar que existem zonas de contato e que o combate jurídico travado na zona de contato é uma luta pluralista pela igualdade transcultural. As lutas contra hegemônicas surgem cada vez mais nestas zonas de contato, pelo recurso a múltiplas fontes de direito e pela concorrência feroz entre elas. Nestes termos, as organizações não governamentais (ONGs) e os movimentos sociais podem ser reconhecidas também como fontes do direito.

Ainda que hegemônicas, as diferentes formas de direito, nas quais se inclui o direito estatal, podem ser usadas para prosseguir objetivos não hegemônicos, dependendo do uso específico que lhes é dado pelos grupos sociais. Para Santos (2003), o direito não pode ser emancipatório ou não-emancipatório, porque emancipatório ou não-emancipatório são os movimentos, as organizações, os grupos cosmopolitas que recorrem à lei.

Alguns autores acreditam numa espécie otimismo ingênuo, que acredita que os tribunais ao garantir o acesso a grupos sem influência na arena política decidindo favoravelmente sobre os direitos desses grupos assumem um papel de corretores das desigualdades sociais. Acreditam que a transformação social provocada pelo direito seria assim inevitável.

A perspectiva informada, contudo, não aposta na mistificação do direito, considerando que nem sempre as novas leis são efetivadas e que as decisões judiciais frequentemente falham na sua componente redistributiva. A revogação de uma lei não significa erradicação social, sendo aliás constante a oposição do *status quo* cultural às

transformações legais, que podem se dever a fontes de direito não estatais ou paternalismos políticos mais do que uma vontade política comprometida. Por outro lado, “também não é menos verdade que os valores que o direito exprime não estão necessariamente fixados para sempre e que é função de cada lei encorajar as normas sociais a caminhar em certas direções” (DUARTE, 2011, p. 43).

Alguns grupos podem optar também por mais eficaz a curto prazo zelar pela concretização efetiva das leis definidas pelo direito estatal do que lutar pela transformação do *status quo* jurídico.

No que se refere ao fraco poder de implementação das decisões judiciais, a perspectiva informada enfatiza importantes conquistas alcançadas pelos tribunais. É necessário assim ter em conta a função simbólica dos tribunais. A garantia da tutela dos direitos por parte dos tribunais tem geralmente um poderoso efeito de confirmação simbólica.

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Brasil de reconhecer a união homoafetiva³, por exemplo, levou a que muitos Estados reconhecessem a conversão da união em casamento seguindo a dianteira do Congresso Nacional, onde grupos conservadores possuem grande força, como o segmento religioso.

Sobre estas questões pode-se inferir que em primeiro lugar, a mobilização dos tribunais por parte dos cidadãos implica a consciência de direitos e a afirmação da capacidade para os reivindicar, sendo uma forma de exercício da cidadania e da participação política. Em segundo lugar, as funções do direito extravasam a resolução concreta dos conflitos, devendo o mesmo ser entendido como uma concepção de poder, como um conjunto de recursos e meios cujo controle e mobilização geram e exacerbam conflitos mais do que resolvem. Por fim, deve-se focar não a efetiva aplicação da decisão judicial, mas sim o uso do direito como um recurso estratégico na luta global do movimento. Para Duarte (loc. cit., p. 47), “o risco de despolitização só estará iminente se a luta se legalizar antes de se politizar, isto é, se os grupos recorrerem apenas a estratégias jurídicas e judiciais”.

A articulação do recurso ao tribunal com outras vias de ação torna uma derrota judicial menos perniciosa para os objetivos do movimento e dificilmente implicará a sua desmobilização. Tais ações podem envolver o *lobby* e comunicados de imprensa, mas

³ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ.

também comportar ações mais radicais de confronto como greves, manifestações de rua, desobediência civil.

De acordo com a perspectiva informada, que tem como representantes Boaventura de Souza Santos (2003) o recurso crescente aos tribunais pelas ONGs e movimentos leva progressivamente a transformação daqueles. A cidadania ativa pressupõe que todos os níveis de poder, os processos, os mecanismos, as instituições se amoldem e se adaptem às formas de participação popular. Assim, em diversos países, os movimentos sociais têm vindo a reivindicar um efetivo acesso ao direito e à justiça independente e imparcial. Estes novos atores têm vindo permear o campo jurídico, na perspectiva de Bourdieu (2005), reduzindo a distância entre o conhecimento científico e o conhecimento informado pelas práticas sociais.

4. OS MOVIMENTOS DE MULHERES E O RECURSO AO DIREITO PENAL

A ideia de que as agências penais se encontram capacitadas para dar resposta aos conflitos que atormentam a sociedade está fortemente arraigada no imaginário coletivo. Contudo, o aparato penal não é senão um elemento de exercício de controle social que permite assegurar a continuidade do modelo dominante e a consolidação da hierarquização social. Desta feita, a justificação da intervenção penal como elemento dissuasivo de novas condutas delitivas carece de fundamento (Birgin, 2000).

Segundo Zaffaroni (2000), o poder punitivo é uma viga mestra da hierarquização verticalizante que alimenta todas estas discriminações e violações da dignidade humana. Como a expropriação e a seletividade são características fundantes do sistema penal atual, uma maior intervenção penal não resolve os problemas que enfrentam as vítimas.

O poder punitivo sempre opera seletivamente. A seleção criminalizante é o produto último de todas as discriminações. Cada grupo que luta contra a discriminação critica severamente o discurso legitimante do poder punitivo, mas sempre reivindica o uso do poder punitivo para redução de sua discriminação. No Brasil, temos exemplos emblemáticos como o Projeto de Lei que criminaliza a homofobia⁴, a Lei de combate à discriminação racial (Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.)⁵ e mais recentemente a Lei Maria da Penha (Lei

⁴ Projeto de Lei 122/06 da Câmara dos Deputados.

⁵ Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

11.340/2006)⁶. A pretensão de que o poder punitivo se ponha a serviço do discurso antidiscriminante é polêmica, pois como o poder hierarquizante da sociedade, o instrumento mais violento da discriminação, pode converter-se em um instrumento de luta?

Há teorias que postulam esta transformação pelo chamado direito penal mínimo. Trata-se de uma proposta que exige uma mudança profunda na sociedade para que o direito penal esteja ao lado dos mais débeis e não um mero retoque. Nada obstante, não há nada na história que permita afirmar a perspectiva desta mudança quando, pelo contrário, toda a experiência histórica prova que invariavelmente o poder punitivo tem estado sempre do lado mais forte. A pretensão de pequenas reformas pontuais leva a críticas, o que a sociedade está acostumada, mas também leva a uma legitimação do sistema. O poder punitivo pode sair satisfeito e mais forte, principalmente quando alguns afirmam que sua ineficácia diante da luta anti-discriminatória provém das garantias e limites que impõe a legalidade constitucional e internacional (ZAFFARONI, 2000).

Na medida em que o discurso anti-discriminatório se contamina com estas legitimações, se nega a si mesmo. Perde seu conteúdo ético ao admitir que outra pessoa possa se servir de meio para simbolizar qualquer coisa, por mais justa que seja, degrada-se e neutraliza-se.

O avanço do pensamento teórico feminista contrasta com a preeminência de certos discursos que outorgam legitimidade ao poder punitivo como instrumento que pode dar resposta as reivindicações das mulheres. Ignora-se assim que dentro do sistema penal existe uma visão de gênero e que este sistema reflete a visão que os numerosos mecanismos sociais construíram sobre gênero⁷. O sistema penal exerce certas funções de controle social em relação com as mulheres e durante o desenvolvimento de tais funções assimilou uma percepção de gênero da mulher como sujeito não digno de tutela nas mesmas condições que o homem.

No último período, contudo, acirrou-se a luta dos movimentos de mulheres para o fortalecimento da atuação do sistema de justiça criminal nos casos de violência conjugal. Esta luta levou principalmente a maior visibilização do tema, que quedava impune nas

⁶ Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

⁷ Exemplo disto é a presença do elemento normativo “mulher honesta” em diversos tipos penais, determinando que somente algumas mulheres seriam protegidas, aquelas que exerciam determinados atributos de gênero. Na antiga lição de Hungria, mulher honesta é “não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes” (HUNGRIA, 1981, p. 139). Isto somente foi retirado com a Lei 11.106/2005.

estruturadas dos juizados especiais criminais e nas varas comuns. Com a Lei Maria da Penha há a criação das varas de violência doméstica e familiar contra a mulher, núcleos no Ministério Público e na Defensoria especializados e a ampliação das penas⁸ e hipóteses de prisão⁹. O Brasil possui hoje mais de 52 varas e juizados especializados de violência contra a mulher. Nas Varas e Juizados especializados, até julho de 2010, a Lei Maria da Penha já foi responsável por quase 111 mil sentenças proferidas, mais de 330 mil processos distribuídos, mais de 1500 prisões preventivas e quase 10 prisões em flagrante¹⁰.

Em volta do controvertido tema da relação entre mulheres e o sistema penal desenvolve-se um debate teórico entre as teorias feministas e as teorias garantistas preocupadas que o recurso exacerbado ao direito penal leve a crença na legitimidade do sistema, ao invés do reconhecimento de seus problemas (BIRGIN, 2000; CELMER, 2008).

A linguagem do direito deu particular força às reivindicações dos movimentos de mulheres. Essa linguagem é enganosa, contudo, se obscurece e oculta a diferença entre a reivindicação de um direito e a possibilidade de exercê-lo. As políticas de igualdade, apesar de sua importância, encontram-se limitadas para responder a injustiça e a desigualdade que hoje experimentam a maioria das mulheres que derivam de um sistema de opressão no qual estão implicados o Estado e a lei.

O direito é um discurso social e, como tal, dota de sentido as condutas de varões e mulheres, ao que converte em sujeitos, ao tempo que opera como o grande legitimador do poder que fala, convence, seduz e se impõe, através das palavras da lei. Este discurso jurídico institui, dota de autoridade, faculta a decidir ou fazer, e seu sentido resulta determinado pelo jogo de relação de dominação, pela situação das forças em voga em um certo momento e lugar.

As mulheres sentem-se discriminadas pelo sistema penal. A situação é extremamente paradoxal: quem tem menor vinculação com o direito penal se sente discriminado por ele e busca sua contenção e proteção pública, solicitando que lhes dê ingresso ao sistema.

⁸ Com a criação do § 9º do art. 129, a pena nesses casos passa de 3 (três) meses a 1 (um) ano, para 3 (três) meses a 3 (três) anos.

⁹ Determina-se a possibilidade de prisão preventiva quando do descumprimento de medidas protetivas determinadas pelo/a juiz/a de urgência.

¹⁰ CNJ. *Brasil passa a ter 52 varas e juizados especializados de violência contra a mulher*. <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13487-brasil-passa-a-ter-52-varas-e-juizados-especializados-de-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em 25 mar. 2017.

Segundo Larrauri (2008), alguns grupos feministas buscaram o recurso ao direito penal como forma de proteção as mulheres, o que pode levar a problemas, pois criminalizar condutas não assegura que sua aplicação fuja a estereótipos, tampouco que se enfrente as desigualdades. Ademais, isso pode levar a riscos como se atentar para alguns casos considerados mais graves e ignorar agressões cotidianas ou gerar tipos penais contra as mulheres, numa espécie de vingança.

As feministas argumentam que as agências penais não dão o tratamento devido aos conflitos que tem como vítima as mulheres porque subestimam a razão da discriminação de gênero inerente ao sistema androcêntrico que nos rege. Ao reclamar uma maior intervenção punitiva, ou seja, o uso simbólico do direito penal, o discurso feminista advoga pela legitimação do sistema penal e se contamina dos discursos discriminatórios em que este se funda. Por outra parte, pelo seu caráter coativo, o aparato punitivo se encontra informado por uma série de princípios – legalidade, culpabilidade, inocência- que derivam diretamente da vigência do sistema democrático que fazem com frequência com que se presuma que os autores dos delitos não são castigados.

Cabe ressaltar também que o sistema de justiça criminal não foi estrutura para oferecer atenção às vítimas. O Sistema penal moderno é resultado do processo de construção social do fim do século XII e início do século XIII e que coincide com a confiscação do conflito por parte do Estado das mãos da vítima. Este modo de resolver conflitos nasceu no momento em que o soberano começou a afirmar que toda violação à lei constitui intrinsecamente um desafio a seu próprio poder. A vítima foi assim privada de sua intervenção.

Como a expropriação e a seletividade são características fundantes do sistema penal atual, uma maior intervenção penal não resolve os problemas que enfrentam as vítimas. A seletividade do sistema penal opera desde a classificação das condutas que habilitam a intervenção coativa estatal e as que de fato serão objeto de processo criminal. Em realidade, o sistema de justiça criminal não possui canais de realização dos direitos da vítima, pois seu foco é o comportamento “desviado”.

Hoje existem diversos discursos que têm a intenção de levar a vítima em consideração, o que não passa de um paliativo, ou seja, uma forma de atenuar seus excessos e de modo algum uma restituição do direito confiscado. Quando o poder punitivo restituir a sério o poder da vítima teremos outro modelo de solução de conflitos, deixando de ser poder punitivo porque perderá seu caráter estrutural, que é a confiscação da vítima (ZAFFARONI, 2000).

Apesar da importância do reexame do papel da vítima reavivando seu protagonismo, isso tem despertado um processo perverso, onde estas e seus familiares são instrumentalizados pelo sistema punitivo. As vítimas são manipuladas e passam a opinar sob a égide de um autoritarismo penal, típico da Lei e da Ordem. Tem sido muito comum, por exemplo, a utilização dos nomes de vítimas para intitular leis o que faz com que a receptividade da lei e a comoção social sejam maiores. É o caso da Lei Maria da Penha, da Lei Carolina Dieckmann¹¹ e a Lei Joanna Maranhão¹².

Percebe-se nestas condutas verdadeiro populismo penal que reivindica o uso simbólico do direito penal. Os Projetos de Lei quase sempre trazem como argumento a necessidade da repressão, sem, todavia, a apresentação de dados empíricos que sustentem tais posições. Os parlamentares deixam expresso que suas preocupações decorrem da influência da mídia (GAZOTO, 2010).

Em projetos de lei que envolvem a proteção de grupos vulneráveis é prática comum a criação de medidas extrapenais meramente programáticas, mas que, concretamente, aumentam penas e incidências de aplicação de leis penais. Boa parte desses projetos são de autoria de parlamentares oriundos de profissões ligadas à repressão criminal.

Poucas vezes na história o poder punitivo esteve tão carente de legitimidade e, como nunca, expressado verdadeiros disparates políticos traduzidos em leis penais incoerentes, sobre abundantes, ineficazes para os propósitos declarados, meramente sensacionalistas e demonstrativas da quebra de poder dos Estados Nacionais (ZAFFARONI, 2000).

Ao falarmos dos feminismos, todavia, não podemos ignorar suas diferentes abordagens limitando-o a um único pensamento. Segundo Cecília Santos (2010), não se pode resumir as lutas feministas à criminalização, sendo este em alguns casos apenas o enfoque “traduzido” pelo Estado de suas demandas. Em São Paulo, por exemplo, há coletivos que desenvolvem um trabalho de mediação de conflitos intrafamiliares a partir de uma abordagem terapêutica e não criminal (Pró Mulher, Família e Sociedade) ou que tem se focado na perspectiva da saúde pública (Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde). Há também lutas históricas de descriminalização de tipos como o aborto, a sedução e o adultério.

¹¹ Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

¹² Lei nº 12.650, de 17 de maio de 2012, que modifica as regras relativas à prescrição dos crimes praticados contra crianças e adolescentes.

Para a autora, muitas vezes o movimento segue este caminho como um recurso discursivo simbólico de ameaça e de conscientização social para evitar a trivialização de um problema que só recentemente foi reconhecido. Os movimentos feministas defrontam-se, assim, com o desafio de não permitir a restrição do tratamento de um problema que suas lutas demonstraram ser complexo e multidimensional.

Essa é uma questão que não alcança apenas os movimentos de mulheres, mas os movimentos sociais como um todo que são seduzidos pelo ideal repressor numa sociedade cada vez mais punitivista. Maria Lúcia Karam (1996) chamou de esquerda punitivista a adesão de amplos setores da esquerda à ideologia da repressão, notadamente utilizada pelos setores mais conservadores da sociedade contra os grupos ditos subalternos. Isto chama a atenção tendo em vista que durante muitos anos esses movimentos resistiram ao uso do direito por entendê-lo voltado aos interesses hegemônicos, sendo instável, ambíguo e manipulável (SOUZA, 2016).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível que em algumas ocasiões, o poder punitivo possa ter algum efeito simbólico, ou um efeito preventivo, mas isso não autoriza a legitimá-lo em sua totalidade, afirmando que sempre tem este efeito. De qualquer modo, em nenhum caso se pode sancionar uma lei por um mero efeito simbólico, importando sempre em uma imoralidade: o emprego do ser humano como coisa, como meio, o desconhecimento de sua dignidade.

Na luta contra a discriminação nunca se pode lançar mão do poder punitivo? Não há em princípio nenhum obstáculo ético para empregar a mesma técnica oriental de usar a força para neutralizá-lo. A questão radica em uma fina distinção de natureza pragmática que implica avaliação de custos e benefícios que cada discurso anti-discriminatório deve realizar acerca da conveniência, sempre conjuntural, de usar o poder punitivo como tática. Toda tática, entretanto, deve ser usada a serviço de uma estratégia, tendo que ser descartada quando obstaculizasse ou neutralizasse a estratégia.

Nada impede que haja uma lei penal antidiscriminatória, mas nada deve crer que com isso se esgota a reivindicação e não deve servir para legitimar o poder punitivo nem habilitá-lo a recair sobre os próprios discriminados.

Legitimamente, os movimentos de mulheres podem fazer uso do poder punitivo como recurso tático e com alcance limitado e prudente, de modo que não obstaculize sua estratégia. Para isso não deve blindar o poder punitivo com um elemento de legitimação geral (como a apelação ao valor simbólico), mas reconhecendo nele uma questão pragmática e tática, pois uma força inimiga, descartando que possa ser própria.

Também não se pode tachar os movimentos de mulheres de punitivistas, pois seria uma forma de invisibilizar diferentes manifestações desses movimentos e pautas históricas importantes como a descriminalização do aborto.

É necessário diálogo entre o pensamento feminista, preocupado com a proteção das mulheres, e com o pensamento crítico ao direito penal, que aponta as falhas desse sistema. Esse diálogo pode questionar o direito penal, para dizer que este não cumpre sua promessa de segurança das mulheres, mas que diante da falta de alternativas estruturadas é, em algumas vezes, o único recurso possível para impedir o aumento da violência contra determinadas mulheres. É necessário, nesse passo, apostar na diversificação das respostas e na construção de novos recursos.

REFERÊNCIAS

BIRGIN, Haydée. *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CELMER, Elisa Girotti. *Feminismos, discurso criminológico e demanda punitiva: uma análise do discurso de integrantes das organizações não-governamentais Themis e JusMulher sobre a Lei 11.340/06*. Dissertação de mestrado, Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008.

DUARTE, Madalena. *Movimentos na Justiça: o direito e o movimento ambientalista em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2011.

FOSCARINI, Leia Tatiana. *A criminalização dos movimentos sociais e o sistema judiciário*. III Mostra de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. 2008.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao Rigor Penal Legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. Tese de Doutorado, Sociologia, Universidade de Brasília, 2010.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e Queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e prática feminista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

HERKENHOFF, João Batista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Através do espelho: ensaios de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital e Instituto Direito e Sociedade, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996, p. 79-92.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal: violência doméstica*. Montevideo: Euros Editores, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada, In: SOUTO, Claudio e Falcão, Joaquim (org.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1980, p. 107-117.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na transição pós-moderna*. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, 2002, p. 237-280, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, p. 3-76, 2003.

SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 89, p. 153-170, 2010.

SOIHET, Rachel. Mockery as a conservative instrument among libertarians: Pasquim's antifeminism. *Revista de Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 13, n. 3, 2005.

SOUZA, Luanna Tomaz. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Luanna Tomaz. “Será que isso vai pra frente, doutora?” *Caminhos para a implementação da Lei “Maria da Penha” em Belém*. Dissertação de Mestrado, Direito, Universidade Federal do Pará, 2009.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O sujeito coletivo de direito. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 131-142.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: BIRGIN, Haydée (org). *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 19- 38.