

O discurso punitivo do atual código penal brasileiro frente ao prisma da diversidade no gênero.¹

Beatriz Hiromi da Silva Akutsu (UFF)
Gabriel Cerqueira Leite Martire (UFF e UERJ)
José Sávio Leopoldi (UFF)

Resumo

No atual contexto de lutas pela dignidade humana, a justiça criminal se depara com Leis que invadem as esferas de gênero, exercendo controle direto sobre os corpos. Assim, o objetivo deste artigo é provocar uma reflexão sobre algumas análises antropológicas de naturalização do comportamento entre gêneros, que perpassam entre a psicologia evolucionista e os hábitos, traçando, também um paralelo com a sociologia e o uso de uma cultura simbólica de governança e poder. Desse modo, passa-se a uma leitura crítica sobre os métodos de detenção e do uso da força pelo Estado, que se esvazia de sentido diante da carência de políticas públicas que garantam significado ao caráter das penas de privação de liberdade, invertendo-se assim o valor de justiça a meros atos de violência. Por fim, retomando alguns artigos do código penal brasileiro, que ajudam a transparecer bem as questões aqui levantadas, cabe indagar se a interdisciplinaridade promove o descortinar de certezas ou de incertezas sobre a tipificação de crimes que envolvem a liberdade de gênero. No tocante aos procedimentos técnicos de pesquisa, recorre-se a materiais já publicados, ou seja, pesquisa bibliográfica. Já quanto à metodologia, visto que a proposta do artigo parte para a reflexão, ao invés da certeza, cuidando para que o trabalho não caia no abismo do estudo de ciências humanas absolutistas da previsibilidade, traçando somente uma visão no complexo mundo das investigações científicas, parte-se para análises de métodos. Assim, a fenomenologia, a dialética e a crítica são possibilidades de obtenções de respostas.

Palavras-chave: gênero, punição, código penal brasileiro

Introdução

Falar sobre gênero envolve, de certo modo, falar de processos de luta pela dignidade humana. Isso porque, o gênero foi e ainda é alvo de constantes disputas por território, tanto no campo das ciências biológicas, quanto no campo das ciências sociais. E, é justamente entre esses dois campos que o direito penal vai imprimir suas forças de atuação.

Quando se fala em controle penal, não se pode perder de vista que o principal objetivo, hoje em dia, é um atuar sobre os corpos², seja diante de suas vontades, seja diante de suas ações

¹ IV ENADIR, GT. 5 – Antropologia, gênero e punição.

² Nesse sentido, Vera Malaguti (2012, p. 94-96) destaca brilhantemente o conceito de Foucault que traduz a lógica do controle dos corpos sobre a perspectiva da nova tecnologia punitiva do período que seguiu análogo à revolução industrial. A autora fala sobre a gerência das ilegalidades, que desloca a vingança para a ideia de “defesa da sociedade”. Traz, ainda em análises, as fórmulas de dominação presentes no controle formal e informal. O controle

ou inações. Outro ponto importante a se destacar, no estudo desse campo penal, é que, em certo sentido, criam-se culturas simbólicas de governança e de poder, em que todos e todas se projetam na plasticidade do sistema. Conforme Lynn Hunt (2009, p. 215) diz, “temos de imaginar o que fazer com os torturadores e os assassinos, como prevenir o seu surgimento no futuro sem deixar de reconhecer o tempo todo que eles são nós. Não podemos nem tolerá-los nem desumanizá-los.” Em razão disso, propõe-se aqui algumas reflexões interdisciplinares, visto que a riqueza da comunicação promove a constante inquietação e manutenção do processo criador. Assim, em primeira análise, será analisado como alguns/mas antropólogos/as, por meio de pesquisas de campo e fontes bibliográficas, fundamentadas em pesquisas consistentes, revelam muitos traços comuns inerentes ao gênero. Foi possível observar que, desde tribos de caçadores-coletores, até os dias atuais, o lastro evolutivo do pensamento humano ainda mantém certas características. Essas características são importantes para entender como certas diferenças formaram desigualdades. Juntamente com estudos da psicologia evolucionista, alguns antropólogos/as puderam dar substância em seus estudos sobre a dificuldade que os seres humanos têm de refletir sobre situações, tecnologias e modelos de vida contemporâneos.

Em seguida, traça-se um breve esboço histórico do direito penal brasileiro, para então adentrar nas análises de alguns sociólogos sobre as relações e conflitos que permeiam e promovem as desigualdades, as segregações e as dominações. Por fim, buscar as possíveis soluções frente aos problemas de utilização da força e da violência do Estado em seus métodos punitivos.

Dentre as questões norteadoras, cabe indagar: pode-se considerar o código penal uma importante ferramenta para a garantia da liberdade das identidades de gênero? Diante de tal questão, qual o significado da punição sobre os corpos humanos como forma de almejar a justiça? É a partir das análises que serão aqui, brevemente, expostas que a proposta de algumas reflexões se constituem, não olvidando que as pesquisas trazidas no correr do texto, não pretendem fugir ao fato de que

A universalidade dos direitos somente pode ser definida em função da seguinte variável: o fortalecimento de indivíduos, grupos e organizações na hora de construir um marco de ação que permita a todos e a todas criar as condições que garantam de um modo igualitário o acesso aos bens materiais e imateriais que fazem com que a vida seja digna de ser vivida. (FLORES, 2009, p. 19)

do tempo no corpo, inserido no tempo da pena, no espaço do corpo, na vigilância constante e docilizada do ser, que é fabricada o tempo todo pela “microfísica do poder”. Como exemplo, tem-se o próprio art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, que menciona: “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente com a pena de multa; [...]”. Veja-se que o crime não se desvincula da pena, que é dosada em termos de qualidade e quantidade.

Não se pode construir direitos humanos autônomos, ou seja, “sem contato com as realidades ‘reais’ nas quais vivemos; neutros e conseguidos de uma vez por todas” (FLORES, 2009, p. 44). Assim, traçar pontos de convergência entre psicologia evolucionista e sociologia requer a implementação de uma leitura com olhar crítico e contextual sobre tais ciências. Enriquecer o conhecimento e mantê-lo em movimento constante é essencial para o diálogo intercultural. Essa troca pode contribuir para minimizar as injustiças no mundo. Isso se tornaria possível, na medida em que as pessoas tivessem maior acessibilidade de informações e maior acesso aos bens igualitários e não hierarquizados, como será visto mais à frente. Afinal, o que se quer, como já mencionado antes, é estabelecer uma maior participação “democrática-emancipadora,”³ visto que “os problemas sempre afetam os menos favorecidos pelos sistemas de poder, e as convenções de direitos têm uma forte carga de assunção de deveres e responsabilidades” (FLORES, 2009, p. 97).

A liberdade entre os indivíduos e a prosperidade das nações não foi suficiente para garantir o respeito à dignidade humana e ao multiculturalismo. Por vezes, ocorreu o oposto, visto que a “liberdade” serviu, em algumas circunstâncias, para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas.

A paz social, o bem estar coletivo, a justiça e a própria liberdade estão intimamente relacionadas a um sistema que proteja os fracos e desfavorecidos, promovendo as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem-estar.

Não obstante, tem-se a proposta de Robert Winston (2006, p. 120-123) apontando que toda análise deve ser comedida, mesmo diante da forma ordinária do pensamento humano, dentro de uma massa homogênea, onde muitos instintos, inclusive ligados ao comportamento social, independente de raça, local de origem ou aptidões físicas, revelam características naturais do comportamento humano. O autor diz também que as exceções que surgem na natureza humana, destoando da massa homogênea, podem fazer parte do complexo processo natural de evolução, garantindo a diversidade. Contudo, a psicologia evolucionista não foge aos métodos que tentam esclarecer a maioria dos aspectos comuns dos instintos humanos, partilhados pela maioria das pessoas, e que são, em certo sentido, percebidos entre homens e mulheres. Isto, de certo modo, contribuirá muito para se entender as diferenças e as

³ Herrera Flores (2009, p. 102) observa que “a versão imperialista-colonialista do conhecimento deve ser superada por um tipo de conhecimento democrático-emancipador, cujo objetivo seja a implantação de relações de solidariedade entre nós e os outros.”

desigualdades que surgem, entrelaçadas com as relações sociais e o importante papel dos processos de luta pela dignidade humana.

I - Uma análise da psicologia evolucionista: Pensamento dos caçadores-coletores

Estudos sobre o gênero foram realizados por antropólogos e antropólogas, assim como muitos pesquisadores e pesquisadoras, que buscaram a origem das diferenças em sociedades primitivas. Nelas foram encontradas características muito próximas das que homens e mulheres apresentam hoje de maneira geral, mesmo com todas as mudanças tecnológicas que vêm surgindo nas sociedades.

De acordo com Richard Leakey e Roger Lewin (1996), o processo de caça e coleta dominou a história humana por pelo menos 2 milhões de anos. Segundo os autores, embora a maior parte das sociedades atuais não se sustentem mais pelo sistema de caça e coleta, os seres humanos ainda mantêm cérebros com características muito próximas aos seus ancestrais.

[...] atualmente contemplamos um mundo tecnologicamente sofisticado e socialmente dividido com os nossos cérebros de caçadores-coletores.

Se desejamos entender a essência da natureza humana, é tolice ignorar as lições que as sociedades contemporâneas, tecnologicamente simples, podem nos ensinar. (LEAKEY e LEWIN, 1996, p. 90)

No mesmo sentido, outros autores prosseguem dizendo que

Assim como o formato básico e as funções da mão ou do pâncreas não se alteraram desde o final da Época Plistocena ("a Era Glacial"), há cerca de dez mil anos, o funcionamento básico do cérebro não mudou muito nesse período. O corpo humano (inclusive o cérebro) evoluiu por milhões de anos na savana africana e em outros lugares da Terra onde os humanos viveram na maior parte desse tempo. Esse ambiente ancestral, onde os humanos viviam da caça e da coleta de alimentos, em pequenos bandos de aproximadamente 150 indivíduos aparentados, é chamado de ambiente de adaptação evolutiva ou ambiente ancestral. É a este ambiente ancestral que nosso corpo (inclusive o cérebro) está adaptado. (MILLER e KANAZAWA, 2007, p. 28)

Partindo dessa hipótese, passa-se a descrever os aspectos gerais das relações de gênero nessas sociedades.

De acordo com o antropólogo José S. Leopoldi (2004, p. 61), em todas as sociedades tradicionais, "o homem detém maior poder e suas tarefas são mais valorizadas". Embora a dominação masculina venha sendo exercida em todas as épocas e em todas as sociedades, não há dúvidas de que o papel desempenhado pela mulher não deixa de ser muito importante para a sociedade. O que se propõe a discutir não é a indubitável importância da mulher, mas como tais sociedades percebem e classificam valores conforme o gênero. Nesse sentido,

A questão que deve, na realidade, ser discutida não é a da importância da mulher ou do trabalho feminino, mas, sim, como a sociedade percebe - independentemente do resultado concreto do trabalho - a importância da contribuição dos dois sexos para a vida da comunidade e em que medida lhes atribui maior ou menor valor simbólico. (LEOPOLDI, 2004, p. 63)

Para isso, além de verificar os papéis desempenhados pelos dois gêneros, faz-se necessário analisar o valor simbólico atribuído a eles. Segundo José S. Leopoldi (2004, p. 63), "a análise desse processo é que vai mostrar por que e em que grau se diferenciam os *status* do homem e da mulher".

Segundo a concepção tradicional, as sociedades caçadoras-coletoras eram organizadas em "bandos patrilocais", que eram compostos por aproximadamente 25 pessoas e dominados pelos homens. Uma das características desses bandos relaciona-se com as regras estabelecidas para o casamento: (I) para evitar o incesto, pratica-se a exogamia, ou seja, todos os membros têm que se casar com alguém de fora do grupo; (II) quando as mulheres se casam elas têm que se mudar para o bando do marido (LEAKEY e LEWIN, 1996, p. 93-114).

Além disso, em diversas ocasiões, as mulheres eram consideradas objetos de troca, ora com a finalidade de favorecer transações, ora com o objetivo de fortalecer alianças entre os grupos. Os Yanomami são um exemplo claro dessa prática, pois usam abertamente as mulheres para conquistar aliados (LEAKEY e LEWIN, 1996, p. 115).

Com relação à divisão do trabalho, os homens eram responsáveis pela caça e as mulheres pela coleta de alimentos vegetais. Embora os alimentos provenientes da coleta representassem dois terços da dieta do grupo, e a carne um terço dela, esta última era mais prestigiada pela sociedade (LEOPOLDI, 2004, p. 63). De acordo com Richard Leakey e Roger Lewin (1996, p. 100), "quando um homem traz carne, seja ela uma pequena lebre presa sobre um ombro, ou um pernil carnudo cortado de um grande antílope, murmúrios de excitação rapidamente se espalham por todo o acampamento: quanto maior a presa, tanto maior a excitação".

Essa primazia da carne sobre os alimentos vegetais pode ser justificada por algumas razões. Em primeiro lugar, os membros dessas sociedades afirmavam preferir o paladar da carne ao dos alimentos vegetais. Em segundo lugar, porque a carne constitui o centro da interação social, uma vez que ela é repartida pelos homens do grupo entre todas as pessoas do bando, de acordo com a linha de parentesco e de obrigações, ao passo que os vegetais eram repartidos pelas mulheres apenas entre os membros da família (LEAKEY e LEWIN, 1996, p. 100).

Além disso, a carne, ao contrário dos vegetais, é um item importante para o intercâmbio social e para a estrutura política. Vejamos:

Um caçador bem-sucedido pode, portanto, reunir grande prestígio, não necessariamente devido ao seu talento e à sua coragem no jogo de seguir a pista e matar, mas, sobretudo por meio da prerrogativa de repartir seus espólios, ele acumula obrigação e respeito, a única forma de poder que prevalece na maioria das comunidades de caçadores-coletores. (LEAKEY e LEWIN, 1996, p. 100-101)

Em função do seu *status*, um caçador bem reconhecido pelo grupo pode ter mais de uma mulher. Nessas sociedades, ter muitas mulheres é considerado como uma vantagem, uma vez que é a coletora que providencia a maior parte da alimentação da família. A carne, apesar de ser prestigiada, é escassa, e o meio para obtê-la é arriscado, enquanto que a coleta envolve poucos riscos e um alto retorno (LEAKEY e LEWIN, 1996, p. 101).

Segundo José S. Leopoldi (2004, p. 64), no que concerne à participação e influência nas decisões coletivas e nas tomadas de decisão, os homens participam de cerca de dois terços das discussões e agem com mais frequência como porta-vozes do grupo. Quando a discussão envolve a temática da violência, a diferença de participação entre o gênero é mais evidenciada.

Em síntese, a responsabilidade da mulher fica restrita à coleta e às funções domésticas de preparo dos alimentos, cuidado e criação dos filhos, atividades que são socialmente menos valorizadas que as executadas pelos homens. Essa valorização independe da comparação de habilidades, desempenho e contribuição ao processo produtivo (LEOPOLDI, 2004, p. 65), mas pode ser explicada pelo grande prestígio atribuído à carne:

o que quer que tenha elevado a carne à sua posição de prestígio nas sociedades de coletores-caçadores, incidentalmente colocou o poder político e social nas mãos dos homens e não das mulheres [...]. Quanto mais importante for a carne em suas vidas, maior será a predominância do poder masculino. (LEAKEY e LEWIN, 1996, p. 219-220)

Dessa forma, em virtude da superior influência do homem na sociedade, a responsabilidade pelo estabelecimento de valores, costumes e leis fica a seu encargo, o que, paulatinamente, vai sendo arraigado inconscientemente pela sociedade (LEOPOLDI, 2004, p. 66). Nas sociedades Mardujarra, por exemplo, como os homens são considerados os "senhores" de suas esposas, a violência doméstica é tratada como uma questão de âmbito privado, na qual terceiros não podem intervir (TONKINSON, 1991, p. 151-153, apud LEOPOLDI, 2004, p. 69). Até a recentíssima declaração de Waris Dirie, o mundo não sabia que a mutilação genital feminina era e ainda é uma prática comum em alguns países, como no deserto da Somália, por

exemplo. De acordo com ela, que sofrera tal violência entre os 3 e 5 anos de idade, "todos os dias cerca de 8.000 garotas tornam-se vítimas dessa inacreditável brutalidade"⁴.

Visto isso, foi necessário que os/as antropólogos/as se amparassem no fato de que existem características inatas e pré-existente dos seres humanos, que causam diretamente influências nas relações sociais interligadas às características inatas. Há uma troca constante e complexa entre o biológico e o social. Como responde o Dr. Larry Young (apud, DOWD, 2006, p. 130) “o efeito genético nos homens seria influenciado pela cultura”.

Em relação à psicologia evolucionista, que vai se preocupar então com as características comuns aos seres humanos em um plano universal, Alan S. Miller e Satoshi Kanazawa (2007) explicam que se tratam de adaptações que os seres humanos enfrentam sobre os problemas de sobrevivência e que ocorrem no cérebro, fazendo com que a maioria de nossas ações ou inações sejam produzidas de forma instintiva e inata. Assim,

A psicologia evolucionista defende que esses mecanismos psicológicos evoluídos estão por trás da maioria de nossas preferências, desejos e emoções, fazendo com que tenhamos tendências a nos comportar de certas formas. A psicologia evolucionista explica o comportamento humano em termos da *interação* entre esses mecanismos psicológicos evoluídos, as preferências, os desejos e as emoções que eles produzem em nós e o ambiente onde se expressam. (MILLER e KANAZAWA, 2007, p. 26)

Nessa mesma leitura, o Princípio da Savana sugere que os cérebros humanos ainda não são capazes, verdadeiramente, de entender e acompanhar as organizações de Estados que hoje em dia se constituem. E isso é um dos fortes indícios de que o comportamento criminal ainda persiste com tanto fervor, mesmo que homens e mulheres saibam que certas práticas violentas tenham por consequência a punição, seja pela reclusão ou pela detenção, ou mesmo por outras formas de castigo, ainda que vivenciassem o cárcere em algum momento. Exemplo disso é que

O encarceramento e a conseqüente separação física das companheiras contribuem para diminuir o sucesso reprodutivo dos homens. Mesmo assim, as manifestações masculinas de ciúmes, muitas vezes sob formas extremas de vigilância e violência, persistem. (MILLER e KANASAWA, 2007, p. 31 e 32)

Tudo isso caminha pelo campo da evolução, que a própria natureza do ser humano reforça em seu controle de tempo e espaço. Por exemplo, o amadurecimento sexual dos humanos é mais lento que o desenvolvimento de outros seres. O segundo fator é a exigibilidade de um ambiente que favoreça a estabilidade durante inúmeras gerações. Nesse sentido,

⁴ Disponível em: retteinekleinewuestenblume.de/en/waris-dirie.html Acesso em: 21/07/2015

As características que tornavam os homens bons operários de fábricas, (ou, melhor ainda, proprietários de fábricas) podem ou não ser as mesmas que fazem deles bons agricultores. Certas características – como inteligência, diligência e sociabilidade – provavelmente continuam importantes, mas outras – como a sensibilidade para a natureza, o solo e os animais, a habilidade para trabalhar ao ar livre ou para prever o tempo – deixam de ser, e outras – como a pontualidade, a capacidade de seguir instruções, uma aptidão para operar máquinas ou para mecânica, e a capacidade para trabalhar em ambientes internos – repentinamente tornam-se importantes. (MILLER e KANASAWA, 2007, p. 33)

As características trazidas pela psicologia evolucionistas são frutos de investigações profundas e sérias sobre a mente e os comportamentos humanos. Essas experiências realizadas vêm tentando ao máximo um distanciamento da ideia da predominância absoluta da cultura entre os seres humanos, ou seja, o conceito de “tábula rasa”⁵. Assim, até mesmo quanto à temática da violência, Alan S. Miller e Satoshi (2007) vão dizer que ela pode ser explicada pela lógica darwiniana. Segundo os autores, homens são mais criminosos e violentos que mulheres, pela razão óbvia que gira em torno do êxito reprodutivo. No capítulo do livro em que falam sobre “o macho demoníaco”, os autores fazem menção à Anne Campbell, que assinala que o furto é uma prática cometida predominantemente pelas mulheres, e que o roubo é cometido predominantemente pelos homens. Na distinção, a mulher, normalmente, está preocupada com questões econômicas direcionadas, não só ao interesse de sua subsistência, mas também do sustento do lar e dos/as filhos/as que tenha ou que possa ter. Já os homens buscariam na violência obter, não só recursos para sua subsistência, mas, principalmente, *status*, pois é movido pela necessidade de se destacar de seus pares. Tudo isso envolve, em grande parte, a lógica competitiva pela perpetuação dos genes.⁶ Assim, segundo essa teoria,

É por isso que muitos psicólogos evolucionistas acreditam que a pena de morte não detém os assassinos. A lógica da pena de morte pressupõe que, em sua maioria, os assassinatos são premeditados. Um assassino em potencial avalia cuidadosa e racionalmente os custos e benefícios do ato e decide não assassinar se os custos forem superiores aos benefícios. Isso poderia descrever um assassino fictício em *Columbo*, mas não assassinos da vida real, que

⁵ Sobre o tema, Steven Pinker (2004), em seu livro “Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana”, faz uma crítica à ideia de que as pessoas nascem sem qualquer característica natural, vindo a construir todos os seus comportamentos e desejos através do aprendizado social, da sociedade. O autor questiona tal ideia como uma barreira aos estudos das ciências biológicas, em especial ao estudo da psicologia evolucionista, como ferramentas importantes para o enriquecimento de fontes científicas, sejam para serem acolhidas ou mesmo para serem criticadas. Diz ainda que muitas descobertas da psicologia evolucionista podem auxiliar a compreensão de certas características humanas para ajudar a dirimir muitos problemas sociais.

⁶ Alan S. Miller e Satoshi (2007, p. 113-115) trabalham um tópico que fala especialmente sobre a teoria da psicóloga evolucionista Anne Campbell. A teoria sugere que as pessoas necessitam “manter-se vivas”. A psicóloga explica que a mulher, desde sua origem, desempenha características mais ligadas aos investimentos maternos, por isso, evitam se envolverem em situações de risco. Consequentemente, em situações de escassez, podem recorrer a táticas variadas de sobrevivência, sendo maior a probabilidade por crimes que envolvam pouco risco, tal como apropriação indébita, em vez de roubo, bem como divulgação de rumores sobre rivais, em vez de confrontações físicas diretas com elas. Em síntese, continua sua argumentação dizendo que “as mulheres, da mesma forma que homens, precisam competir por companheiros de alta qualidade; e acrescenta que o que distingue os homens das mulheres é apenas o *custo* da agressão, o que explica sua incidência muito mais baixa entre as mulheres.”

não param para pensar antes de transformar suas discussões triviais em brigas fatais. (MILLER e KANASAWA, 2007, p. 111-112)

Nessa seara, parte-se, então, para as análises sobre os métodos científicos empregados pelo Código Penal brasileiro, assim como as questões que envolvem seu discurso e sua política de ação.

II – O contexto do código penal brasileiro

Alguns autores incluem na narrativa histórica do direito penal brasileiro o período pré-colonial. Nessa época, as sociedades primitivas tinham uma forma específica de imprimir punições. Possivelmente, eram regras com base no costume. Tinham como característica a vingança, realizada por meio de penas corporais, porém, sem o emprego de tortura.⁷

Outros autores preferem trabalhar a história do direito penal brasileiro a partir do período colonial, estabelecendo um vínculo com a regência formal de leis. Assim, Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 89), por exemplo, narra a história do direito penal no Brasil, tendo como ponto de partida as Ordenações Afonsinas, apenas mencionando a existência de métodos punitivos anteriores ao domínio português na América do Sul. O autor cita Bernardino Gonzaga, argumentando que a forma de punição dos silvícolas era desvinculada de uma verdadeira organização jurídico-social.

Prosseguindo a trajetória histórica, o direito penal brasileiro passou então pelas Ordenações Manuelinas, pelo Código de D. Sebastião e pelas Ordenações Filipinas, até o período do império, demarcado, então, pelo Código Imperial. Por fim, no período da república foi elaborado o Código Penal de 1890. A partir de então, Alcântara Machado apresentou um projeto de Código Criminal, em 1937, apreciado por uma Comissão Revisora, e que acabou sendo sancionado como Código Penal, em 1940, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais.

O Código Penal atual passou e vem passando por diversas reformas e adequações.⁸ É nesse contexto que, como bem retrata o autor,

⁷ Alguns autores preferem integrar à história do direito penal brasileiro a fase pré-colonial, assim como Bruno Pinheiro (2009, p. 7).

⁸ Para Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 92), a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940 teve um caráter humanitário nas sanções. Cabe esclarecer que a Lei nº 7.209/84 atribui as seguintes propostas para as penas, destacando os seguintes trechos: “26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, [...]. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves.”; “27. As críticas que em todos os países se tem feito à pena privativa de liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes, os

[...] vivemos em uma permanente tensão entre avanços e retrocessos em torno da *função* que deve desempenhar o Direito Penal na sociedade brasileira, especialmente porque o legislador penal nem sempre tem demonstrado respeito aos *princípios constitucionais* que impõem limites para o exercício do *ius puniendis* estatal. (BITENCOURT, 2014, p. 93)

Dessa leitura cabe indagar qual seria então, diante do percurso histórico em que se projetaram as penas, a função que deveria desempenhar o Direito Penal? Bitencourt aponta para os valores constitucionais como norteadores, porém, “admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso” (FLORES, 2009, p. 28). O direito é criado a partir dos processos de luta que impulsionam e transformam discursos. Ter consciência do discurso formado pode ser um avanço emancipador sobre a ordem simbólica dominante e hierárquica. Os motivos que moveram a criação da Constituição de 1988 não se sustentam na “‘ilusão constitucional’, isto é, na ideia de que basta haver uma Constituição escrita, para que as coisas estejam em ordem” (CASTORIADIS, apud PRADOS, 2014, p. 182). Ao passo que “a democracia é uma luta heroica que há de ser renovada sem interrupções, nem descanso contra poderosos obstáculos” (GURVITCH, apud PRADOS, 2014, p. 183).⁹

O poder que se constitui sobre o contexto da contemporaneidade, não se distancia das práticas que eram realizadas no passado. Da mesma forma, há a necessidade de criar o “outro”, o objetificável, o corpo humano, para o qual convergirá o método. Assim, as identidades de gênero vão estar incluídas no processo de objetificação. Por isso, o primeiro discurso criminológico moderno preocupou-se em analisar a inquisição, estudando as causas do mal, as formas em que se apresentam e também o método para combatê-lo. Seguir o curso dos discursos é fundamental para observar as permanências das formas de pensar e agir até a criminologia dos dias de hoje. O crime e as punições estão profundamente ligados à nova lógica do discurso de acumulação de capital em curso. No sistema penal atual, prevalecem ainda formas de disciplinar e controlar (BATISTA, 2012, p. 32-34).

III – Marcando o território: A dominação masculina em face às transformações sociais

elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências malélicas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho” – cabe ressaltar que, provavelmente, as críticas referidas na Lei são só sobre alguns países do Ocidente, e não de “todos”; e continuam os motivos sobre a ótica de uma “‘procura mundial’ de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade”; por último, no motivo 29, fala-se do propósito cuidadoso de adoção de novas sanções criminais com “eficiente poder corretivo”.

⁹ Tradução dos trechos originais em PRADOS, G. Pisarello. **Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática.** Madrid: Editorial Trotta, 2014.

As sociedades, praticamente de modo unânime, entregaram o poder à masculinidade, fortalecendo características masculinas e desprestigiando características femininas. Por consequência,

incorporamos, sob a forma de esquemas inconscientes de percepção e de apreciação, as estruturas históricas da ordem masculina; arriscamo-nos, pois, a recorrer, para pensar a dominação masculina, a modos de pensamento que são eles próprios produto da dominação. (BOURDIEU, 1999, p. 13)

Bourdieu (1999, p. 17) complementa então, de certa forma, o que falta para amarrar a leitura crítica e contextualizada da psicologia evolucionista. O autor mostra em que sentido as diferenças podem promover desigualdades nas relações sociais. São produzidas e reproduzidas estruturas estruturadas de uma ordem dominante sobre dominados. Nesse sentido os diversos campos, tal como o jurídico, na medida em que os princípios de visão e divisão estão objetivamente ajustados às divisões pré-existentes, consagra a ordem estabelecida, trazendo-a à existência conhecida e reconhecida, oficial. Tudo que é normal, natural, está construído com base na divisão entre os sexos.

Os dominantes, em tal sistema de valores, buscarão enfaticamente impor as normas, ou seja, os meios de satisfação de suas necessidades e expectativas humanas mais convenientes aos seus interesses, para, cada vez mais, continuar reproduzindo esse sistema (FLORES, 2009, p. 40). Em combate a essa hegemonia, os impulsos promovidos pelos movimentos feministas, como por exemplo os escritos de Simone de Beauvoir (1980), assim como tantas outras mulheres que transgrediram a ordem dominante, nutriram forças para que as liberdades e igualdades descritas nas leis fossem efetivadas. E nesse sentido, era preciso desconstruir falácias em torno de marcadores biológicos construídos e reforçados socialmente em desvantagem daqueles que fugiam à ordem simbólica dominante.

No século XVIII, segundo Lynn Hunt (2009, p. 26-27), o conceito de autonomia dependia da presença de duas qualidades: a capacidade de raciocinar e a independência de decidir por si mesmo. Assim, as crianças, os insanos, os escravos, os criados, os sem propriedade e as mulheres não tinham autonomia, razão que levava à exclusão dessas pessoas na participação dos direitos humanos naturais, iguais e universais. Esse domínio do corpo do outro se estendia também na concepção das punições, da tortura¹⁰, do poder patriarcal¹¹, e tantas

¹⁰ Fontes extraídas no capítulo: “Ossos dos seus ossos”: abolindo a tortura, em Lynn Hunt (2009, p. 70).

¹¹ Extraído com base em Gilberto Freyre (1933).

outras formas de controle. “A pulsão do domínio e o sentimento de superioridade produzem doutrinas de desigualdades” (BATISTA, 2012, p. 34).

Nesse contexto, retomam-se os estudos da psicologia evolucionista, para entender melhor o ponto de convergência entre a natureza biológica e a social. De ambos os lados são empregadas violências. O ser humano, como todo ser vivo, é violento, e isso faz parte de sua característica biológica. Contudo, juízos de valor podem fazer a diferença entre violências que são consideradas socialmente boas, e aquelas que não são (PINKER, 2004, p. 416-455).

Os juízos de valor determinados sobre as identidades de gênero também serão alvos de análises para esclarecer diferenças nos comportamentos humanos. Por exemplo, para Nancy Etcoff (1999, p. 91), “as diferenças sexuais são motivadas por diferenças biológicas”.¹² A autora ilustra sua afirmação mostrando que “a pornografia nunca foi capaz de envolver a imaginação da maioria das mulheres como acontece com a maioria dos homens”¹³ (ETCOFF, 1999, p. 74).

Assim, mesmo que muitas diferenças entre os sexos possuam raízes biológicas, isso não significa que entre eles devam existir hierarquias, bem como, que não existam características comuns para todas as pessoas em todas as circunstâncias, ou mesmo que a discriminação contra uma pessoa baseada em seu sexo seja justificada ou que as pessoas devam ser coagidas a fazerem coisas típicas de seu sexo. Porém, não se pode ignorar o fato de que as diferenças, de um modo geral, revelam consequências, como destaca Steven Pinker (2004, p. 474). Em suma, “não podemos apagar a existência da diferença sexual, podemos apenas lutar contra o arbítrio da interpretação social quando esta conduz a uma privação de direitos e de liberdade” (CHILAND, 2005, p. 139). Isso é, “crer que negar as diferenças leva a estabelecer a igualdade é desconhecer que *as diferenças são da ordem do fato e que a igualdade é da ordem do direito*” (CHILAND, 2005, p. 61).

Assim, o Código Penal brasileiro vem sofrendo constantes reformas que visam a mudar o seu discurso. Como resultado, há uma proposta política para integrar as várias identidades de gênero. Isso vem se concretizando à Luz dos valores que forjaram a Constituição por meio dos processos de luta. De certo, construir novas regras de linguagem, atribui ao direito penal um novo caráter. Martin Heidegger (1995) dizia: “a linguagem é a casa do ser. E nessa morada

¹² “Quando a antropóloga Suzanne Frayser investigou a separação e divórcio entre homens e mulheres em 48 culturas tradicionais, constatou que “incompatibilidade” era uma das duas razões mais citadas tanto por homens quanto por mulheres para o fracasso da relação. A outra razão importante para as mulheres foi os homens terem falhado em cumprir suas responsabilidades econômicas e domésticas. Para os homens, a razão número um para abandonarem a esposa foram problemas reprodutivos” (ETCOFF, 1999, p. 91).

¹³ “A evidencia de parceiros do mesmo sexo sugere que o interesse masculino por um belo parceiro não é simplesmente a maneira de os homens tornarem as mulheres objetos e a denegrirem. Os homens interessados em homens se mostram igualmente interessados na beleza e juventude [...]” (ETCOFF, p. 75).

habita o homem. Os pensadores são os guardiões dessa morada”. O direito penal é uma forma de frear os instintos humanos, bem como a persistência de uma ordem, preponderantemente, masculina. Por isso, o Código Penal é importante método de disciplina e controle dos corpos, que não pode deixar de ser pensado e (re)inventado, no sentido de assegurar, não a vingança social, mas a dignidade humana em sua plenitude e a liberdade entre todos e todas.

É possível notar que quando o legislador inclui as diversidades de gênero emprega regra de linguagem específica, tal como no art. 121. “Matar alguém”. Veja que o verbo no infinitivo sugere que qualquer pessoa que matar cometerá o crime. Porém, quando o legislador necessita incluir um sujeito específico, empregará o gênero específico, bem como mecanismos que o identifiquem dentro dos códigos de reconhecimento social, tal como ocorre na nova qualificadora do art. 121, o feminicídio (incluído pela Lei nº 13.104, de 2015), que diz: “VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;”. Mais interessante ocorreu na alteração do crime de estupro, que antes da redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009 dizia: art. 213. “Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, e hoje diz: art. 213. “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Veja que, além de incluir qualquer identidade de gênero, colocando qualquer dos perpetradores em posição tanto ativa como passiva do ato, a redação do artigo ainda manteve, por meio de marcas biológicas, a identificação do gênero feminino pela conjunção carnal. Esses exemplos se distribuem por mais artigos do Código Penal, alterando significativamente o discurso simbólico prevalecia. Veja que o mesmo ocorre para os crimes de furto e roubo, em que, independente do furto ser mais recorrente entre as mulheres, o artigo tem como redação o verbo no infinitivo: art. 155. “Subtrair, [...]”. Da mesma forma o roubo, que tem como elemento essencial a grave ameaça ou violência, que seriam mais comuns entre homens, terá seu verbo no infinitivo, incluindo assim qualquer identidade de gênero.

Além disso, as pesquisas realizadas no campo da psicologia evolucionista servem como contraponto crítico sobre algumas percepções deterministas e tendenciosas que a sociologia emprega em certas situações, tal como a mencionada anteriormente sobre o conceito de tábula rasa. Steven Pinker (2004, p. 486-501) chama atenção para os perigos que uma visão restritiva sobre a análise do comportamento humano pode oferecer em termos de riscos e penas cruéis para as pessoas que são vítimas dos crimes, bem como para as pessoas que cometem os crimes, sem com isso resolver de fato o problema criminal. O autor dá o exemplo do crime de estupro, que tem sido analisado como se fosse um crime “desvinculado de sexo”. Ele não nega que o crime, para a vítima, envolve uma experiência de agressão violenta, e não um ato sexual. Assim

como para o perpetrador, envolvendo a necessidade da violência ou coerção para atingir seus fins. Porém,

o fato de o estupro ter relação com a violência não significa que não tenha relação com sexo, assim como o roubo armado estar relacionado à violência não significa que não tem relação com a cobiça. Homens perversos podem usar de violência para conseguir sexo, como a usam para obter outras coisas que desejam (STEVEN, 2004, p. 489).

Somente por esse prisma, é possível estabelecer um diálogo interdisciplinar e uma proposta de ação de políticas públicas que acrescentem de fato um sentido de justiça na hora de colocar em prática suas ações. O cárcere ainda é uma forma arcaica e retrógrada de controlar os corpos e tentar docilizar as pessoas, porém é o mais frequente método de punição utilizado no Brasil e no mundo. Assim, propostas alternativas devem ser pensadas, bem como planos de ação contra as violências naturais e as violências construídas socialmente.

Considerações finais

Por tudo exposto, notam-se as inegáveis, árduas e persistentes contribuições dos processos de luta travados por movimentos, tais como os feministas, que promoveram importantes conquistas, como a abertura e a participação em espaços políticos antes reservados, exclusivamente, à hegemonia masculina. Ao mesmo tempo, novos códigos e discursos foram surgindo, e também novas formas de vigilância e de punição sobre as pessoas. Outrossim, identidades de gênero começaram a ganhar maior visibilidade social e, assim, a se unirem às causas feministas. Não obstante, outras formas de dominação emergiram sob o modelo neoliberal, ganhando cada vez mais força e submetendo as pessoas a meios diversos de mecanismos de controle.

O Estado, detentor do poder de coerção, se ampara em argumentos de defesa da sociedade para impingir seus métodos punitivos, ao passo que o exercício do poder estatal de punir está limitado por uma série de princípios e garantias assegurados constitucionalmente aos cidadãos (BITENCOURT, 2014, p. 40). Está claro que as leis são instrumentos poderosos de poder. O Código Penal brasileiro, por exemplo, é registro e fonte do discurso que prevalece na sociedade, não só sobre os métodos punitivos, mas também sobre questões de gênero. Não obstante, a contribuição científica e interdisciplinar serve como fonte de análise contextual e crítica dos textos legais. Isso é fundamental para a reflexão e a possibilidade de resoluções de problemas que envolvem tanto questões ligadas ao gênero, como questões ligadas às penas. Nesse sentido, o Código Penal demonstra ser valioso instrumento de potencialização das

garantias e proteção da diversidade humana, visto que injustiças ocorrem quando diferenças resultam desigualdades.¹⁴ Logo, ao contrário da visão tradicional do direito, na qual grande parte das abordagens teóricas buscavam compreender a natureza dos direitos, resultando em puras abstrações, em vazias declarações de princípios ou em meras confusões com categorias afins, urge-se pela implementação de uma nova perspectiva, na qual a abordagem dos direitos não deve ser simplificada ou mesmo reduzida em sua complexidade, visto que isso poderia implicar sempre perigosas consequências para os que sofrem a cada dia as injustiças de uma ordem global baseada na desigualdade e na invisibilidade das causas profundas da sua marginalização social (FLORES, 2009, p. 42).

Referências

- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. vol. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 20ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2004.
- _____. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal (atual)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm, acessado em 29 de julho de 2015.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal (original de 1940)**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>, acessado em 29 de julho de 2015.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941. **Lei de introdução ao Código Penal**. 6ª ed., Niterói: Impetus, 2015.
- BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. **Exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal**. 6ª ed., Niterói: Impetus, 2015.
- CHILAND, Colette. **O sexo conduz o mundo**. Rio de Janeiro: Companhia das Freud, 2005.
- CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**. São Paulo, Brasiliense.
- DOWD, Maureen. Os homens são necessários? Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.
- ETCOFF, Nancy. **A lei do mais belo: a ciência da beleza**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999.
- FLORES, Joaquín Herrera. **A (Re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Círculo do Livro, 1933.
- HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1995.
- HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos**: Uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LEAKEY, Richard. e LEWIN, Roger. **O povo do lago**. 2ª ed., Brasília: UnB, 1996.
- LEOPOLDI, José Sávio. **As relações de gênero entre os caçadores-coletores**. In: **Sociedade e cultura**, vol. 7, nº 1, 2004.
- MILLER, Alan S. e KANAZAWA, Satoshi. **Porque homens jogam & mulheres compram sapatos**: como a evolução molda nosso comportamento. Rio de Janeiro: Prestígio, 2007.
- PINHEIRO, Bruno. **Teoria geral do delito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PINKER, Steven. **Tabula rasa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- PRADOS, G. Pisarello. **Procesos constituyentes**: caminos para la ruptura democrática. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- WINSTON, Robert. **Instinto humano**: como nossos instintos primitivos moldaram o que somos hoje. São Paulo: Globo, 2006.

¹⁴ Sobre a questão, diversos autores alertam para os problemas que envolvem o reforço criado sobre as diferenças, tendo por consequência as mais variadas discriminações e desigualdades. Como exemplo de autores, podem ser citados/as Steven Pinker, Vera Malaguti, Colette Chiland, José S. Leopoldi, Alan S. Miller, Pierre Bourdieu, Lynn Hunt, dentre tantos mais.