

LEI DO FEMINICÍDIO: PARA QUEM E PARA QUÊ? UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

Law femicide: for whom and for what? approach to constitutional

MISAEEL NETO BISPO DA FRANÇA¹
LUIS EDUARDO LOPES SERPA COLAVOLPE²
Universidade Federal da Bahia

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves considerações acerca do feminicídio; 2.1. casos e estatísticas; 3. O (suposto) caráter preventivo do direito penal e o senso comum teórico; 4. O expansionismo penal; 4.1. A ideologia da defesa social; 4.2. A racionalidade penal moderna e os discursos de emergência; 4.3. O direito penal simbólico e o feminicídio; 5. A seletividade do sistema penal; 6. A (in) compatibilidade do feminicídio com um direito penal constitucionalizado; 7. Conclusão; 8. Referências

Resumo: O presente trabalho tem como objeto discutir a eficácia da lei penal como política pública de redução da violência de gênero no Brasil. Para tal, trazemos à baila o novel diploma infraconstitucional 13.104/15, que inclui o homicídio praticado contra a mulher em razão da sua condição de gênero ou se ocasionado por violência doméstica no rol de homicídios qualificados.

Palavras chave: Feminicídio – Direito Penal Subsidiário – Expansionismo Penal

Abstract: This paper aims to discuss the effectiveness of criminal law as reduction public policy of gender violence in Brazil. For this, we bring the new infraconstitucional law 13.104/15, that includes the murder committed against women because of their gender condition or caused by domestic violence in the list of qualified homicide

Keywords: femicide – criminal Law subsidiary - Expansionism criminal

¹ Bacharel e Mestre em Direito na UFBA – Universidade Federal da Bahia, Professor de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário Jorge Amado e da Faculdade Ruy Barbosa, Ex -Perito da Polícia Civil/Bahia, Advogado Criminalista.

² Acadêmico de Direito e Membro associado do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

1. Introdução

Em tempos de ultra-penalização e retomada da expansão retributiva, o legislador pátrio justificou acaba de anunciar a criação da lei 13.104/2015, a Lei do Femicídio.

Como objetivos declarados, o novel diploma infraconstitucional, traz a prevenção ao homicídio de mulheres em razão do gênero. Para tal, se utiliza do recrudescimento das penas para aquele que praticar esta conduta.

Porém, um dos efeitos colaterais de medidas desse tipo, é o avanço do processo de expansionismo penal, que conduz o Estado Social Constitucional para um Estado Penal de Emergência. Neste, garantias processuais e constitucionais são flexibilizadas em razão de trazer uma resposta a sociedade e estabelecer uma suposta paz social.

Com isto, faz-se necessário indagar sobre a simbiose entre a política criminal de gênero e o direito penal subsidiário no Brasil, a fim de que, no afã de coibir práticas discriminatórias, não sejam suprimidos direitos e garantias fundamentais de há muito conquistadas.

2. Breves considerações acerca do feminicídio

Antes de tecer qualquer consideração acerca do feminicídio, é de grande valia diferenciá-lo do femicídio, este estaria representando apenas a morte de uma mulher, ignorando as suas motivações.

Descrito na lei 13.104/2015, conceitua-se por feminicídio, o homicídio que é cometido contra a mulher em razão do gênero ou se ocasionado por violência doméstica, desta forma acrescentando as condutas descritas no rol das qualificadoras do homicídio.

Existem ainda hipóteses de aumento de pena, para a conduta acima mencionada, trazida pelo novel instituto. Anota-se aqui, o homicídio de parturiente de até três dias, contra vulneráveis, sejam eles menores de catorze anos ou maiores de sessenta anos, assim como deficientes, e também homicídios praticados na presença de ascendentes ou descendentes da vítima.

Nesta linha, vale mencionar, que o feminicídio não se trata de uma inovação do legislador brasileiro, pelo contrário, embora o projeto de lei tenha sido originado na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência Contra a Mulher, países como Colômbia, Guatemala e Peru já tipificaram a conduta do feminicídio em seus ordenamentos jurídicos.

2.1. Casos e estatísticas

Como já mencionado anteriormente, o Estado brasileiro desponta quando se trata de violência de gênero, em especial contra a mulher. Um dos fatores que contribui para isso é o forte traço machista de grande parte da sua população.

Neste espeque, cabe colacionarmos alguns números que trazem informações, acerca da violência contra a mulher, para que melhor possamos compreender as motivações do legislador pátrio em acrescentar o sobredito instituto no *codex*.

Segundo estudo³ realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no período de 2009 a 2011, a cada cem mil mulheres, em média 5,82 são assassinadas em função do gênero⁴, ressalte-se que este número chega a alcançar a marca de 6,92 na região nordeste e de 11,24 no caso do Espírito Santo.

Ainda neste levantamento, calcula-se que cinqüenta por cento dos feminicídios foram praticados com armas de fogo, vinte e nove por cento destes sucederam-se nos domicílios das vítimas e quarenta e oito por cento das vítimas possuíam baixo grau de escolaridade.

Cabe, também, trazer a lume o *leading case* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Maria da Penha Maia Fernandes x Brasil, que embora o crime não obteve o resultado morte, este se torna paradigmático no âmbito da violência doméstica, um dos principais fatores para a ocorrência do feminicídio.

Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de assassinato por parte de seu marido, da primeira com disparos, em um assalto simulado, e da segunda, com choques elétricos, agressões que deixaram seqüelas tornando-a paraplégica.

Com o risco de prescrição processual, causada pela ineficiência do sistema judiciário, esta recorreu a comissão interamericana que por sua vez recomendou ao

³ Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf> acesso em 06 10 2015.

Dados do ligue 180 (Presidência) de 2013 a 2014 houve aumento de: 20% violencia sexual, 18% estupros, 50% cárcere privado, 82,53% incide em relações heteroafetivas, 42,93% todos os dias, 32% risco de homicídio, 23,59 risco dano psicológico, BA 7º lugar em registros 4.615.

⁴ Milton Severiano Vieira foi autuado por homicídio triplamente qualificado, caracterizado por motivo fútil e por impossibilitar à vítima a chance de defesa, por feminicídio (desde março, a lei 13104/15 define como crime hediondo a morte violenta de mulheres por motivo de gênero). Ele responde também por porte ilegal de arma de fogo e roubo, já que, depois do crime, ele levou o carro de um prestador de serviços que realizava manutenção em câmeras de segurança instaladas na residência.

Foram justamente essas câmeras de segurança que registraram o momento em que Vieira agrediu e matou Amanda. O vídeo, afirmou o delegado, foi anexado aos autos, ao contrário do que argumentava a defesa de Milton, alegando que as imagens não tinham validade como provas do crime e teriam sido obtidas de modo ilegal. "As imagens já foram juntadas nos autos e uma cópia do vídeo também, via DVD. Não tem nada de ilegal", ressaltou Cardoso.

Amanda era ex-dançarina dos grupos de funk Gaiola das Popozudas e Jaula das Gostozudas e seguia trabalhando no Rio para ajudar financeiramente a família em Goiás. Ela deixou uma filha de 11 anos, Emily, que vivia com a avó. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/04/23/mp-deve-receber-amanha-relatorio-sobre-morte-da-dancarina.htm>> acesso em 08 10 2015

Brasil que tomasse medidas para a redução da violência doméstica, desta forma o governo apresenta a lei 11.340/2006 intitulada, Lei Maria da Penha.

3. O (suposto) caráter preventivo do direito penal e o senso comum teórico

Nesta senda, se questiona acerca do caráter preventivo da pena, mais especificamente da prevenção geral negativa. Isto porque tal teoria, trazida originalmente por FEUERBACH, aduz que as penas proporcionadas pelo Estado, provocariam temor nos indivíduos e conseqüentemente, evitaria as condutas desviantes.

Deste entendimento diverge Juarez Cirino dos Santos. Este compreende que a idéia de prevenção geral negativa não se sustenta, apontando em sua tese a razão da aludida ineficácia, senão vejamos.

A crítica da prevenção geral negativa destaca a ineficácia da ameaça penal para inibir comportamentos criminosos, conforme indicam a inutilidade das cruéis penas corporais medievais e a nocividade das penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno. Aliás, afirma-se que não é a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal –, mas a certeza (ou a probabilidade) da punição que pode desestimular o autor a cometer crimes⁵

Por conseguinte, sob a ótica de um Direito Penal subsidiário ou Direito Penal a *ultima ratio*, modelo adotado no Brasil, também não há o que se falar em prevenção geral negativa do Direito Penal, levando em consideração que, como se sabe, a pena, não ostenta nenhuma potencialidade intimidatória idônea.

No que pertine ao tema corrente não é simplesmente através do incremento da vingança pública (por meio do agravamento da pena) que haverá redução nos índices de homicídios contra as mulheres, o que faz refletir sobre a busca de solução, na busca da prevenção extra-penais.

Contudo, observa-se uma manipulação ideológica do Direito Penal, com fins de infundir ao coletivo o discurso retributivo. Tal difusão se dá a partir da construção de um senso comum teórico.

Warat define senso comum teórico da seguinte forma: "É o discurso Kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um aplicador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais."⁶

Observa-se assim, que a criação deste chamado senso comum teórico é um dos elementos geradores de um efeito paralisante, no que tange a evolução do direito, em face das transformações sociais.

⁵ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.427

⁶ WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: O sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.30

Há duzentos e cinqüenta anos atrás, Beccaria, em seu livro mais famoso intitulado "Dos Delitos e das Penas", já demonstrara que a prevenção geral negativa não surtiria efeito algum, haja vista as (absurdas) penas corporais da Idade Média.

No entanto, em pleno século XXI, percebe-se um movimento ascendente na doutrina pátria (justamente por encontrar guarida nos setores políticos e judiciário), em prol do recrudescimento das penas.

Exemplo disso são as medidas propostas pelo Ministério Público Federal (MPF) para o combate a corrupção no Brasil. Trata-se de dez medidas, que o MPF empenha-se para implantar na legislação brasileira, contudo todas as essas são pautadas em enrijecimento das penas, inclusive incluir também o crime de corrupção no rol de crimes hediondos⁷.

4. O expansionismo penal

Jesús-Maria Silva Sanchez se refere a expansão penal como um fenômeno cunhado a partir do final do século XIX com o final do processo de globalização econômica e supra nacionalização política através do qual foram encurtadas distâncias entre os diversos continentes.

Hassemer e Conde, por seu turno, pontificam que:

A explosiva mescla de grandes "necessidades de atuação" social, de fé quase cega na eficácia nos meios jurídico-penais e nos déficits enormes que logo têm esses instrumentos quando se aplicam na realidade, pode fazer surgir o perigo de que o Direito Penal viva da ilusão de solucionar realmente seus problemas, o que a curto prazo pode ser gratificante, mas a longo prazo é destrutivo.⁸

Claus Roxin, no mesmo diapasão, referiu-se ao futuro do Direito Penal como o momento em que este se agigantaria deixando a sua função de *extrema ratio*, e passando a assumir a primeira instância do controle social, com o que passar-se-ia a ter um Direito Penal de *prima ratio*.

Neste sentido,

[...] os novos desenvolvimentos trazem consigo imediatamente uma enxurrada de novos dispositivos jurídicos. Isto é válido não só para decisões políticas, tais como medidas de boicote no direito do comércio exterior, mas também para crescentes ameaças ambientais e para a tecnologia moderna, em especial na forma do processamento de dados.⁹

⁷ Compreendem-se por crimes hediondos, os crimes que segundo o poder legislativo possuem maior reprovabilidade, estes são estipulados em rol taxativo e regidos pelos ditames da Lei 8.072/1990, lei esta que impõe condições mais severas para o cumprimento da pena e aquisição de benefícios.

⁸ HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. La responsabilidad por el producto em Derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch. 1995, p.33

⁹ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-30.)

Neste processo de expansão surgem novos bens jurídicos, novas formas delitivas e novos sujeitos do crime (a coletividade como vítima dos crimes vagos, empresas *offshore* criadas para lavagem de capitais, cybercrimes etc.), o que provoca um sentimento de pânico na sociedade contemporânea que, mergulhada em um mar de incertezas, a luz do que pontificou Bauman, passa a exigir do poder público, soluções para o referido sentimento de medo.

Nesse contexto é comum que os indivíduos se agrupem em categorias segregadas por um critério de distinção (idosos, comunidade LGBT, crianças e adolescentes) que passam a reivindicar seus direitos como agrupamentos vitimizados, ao que Silva Sanchez denomina de gestores atípicos da moral.

Concorda-se aqui com Lênio Luiz Streck, ao aduzir

Ou seja, para discutir a problemática da mulher temos que situar o problema no contexto de uma sociedade díspar como a nossa, com um direito como o nosso, "construído/formatado", no mais das vezes, pelo *lobby* das elites, as quais, em face da crescente violência urbana, "se indignam no varejo e se omitem no atacado."¹⁰

Misael França, em dissertação de Mestrado, registra:

Aduziu-se que a pós-Modernidade encontra-se imersa em um mar de ameaças que são fruto do próprio progresso das sociedades pós-industriais. Consistem no ônus que, inevitavelmente, acompanha os benefícios da evolução social. A estreiteza da distância entre os diversos pontos do globo, como consequência dos processos de globalização econômica e supranacionalização política, permitiu maior contato entre os povos, satisfazendo os anseios dos Estados envolvidos e da política liberal-econômica.¹¹

No Brasil, podem ser citados como fruto desse fenômeno a publicação da criança e do adolescente (Lei 8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), esta última de grande importância, como já dito anteriormente, para a análise do tema em questão.

O congressista brasileiro, não poupou esforços no sentido de endurecer, isto é, de conferir maior severidade, no tratamento penal dos agressores no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher. O que se agravou com a publicação da Lei 13.104/2015, intitulada de Lei do Feminicídio.

Tenta-se, mas uma vez, reduzir o problema da criminalidade de gênero desnaturando um subsistema jurídico, que por questões de princípios clássicos, tem-no como a última instância do controle social. É dizer, o Direito Penal se expande assumindo uma feição de *prima ratio*, para fazer frente aos clamores das vítimas e suas famílias no âmbito da violência doméstica.

¹⁰ STRECK, L.L. Criminologia e feminismo. In: Carmen Hein de Campos (org) **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina. 1999, p. 97

¹¹ FRANÇA, Misael Neto Bispo da. Imputação Individual de Crimes Ambientais Societários: Um Estudo sob o prisma do garantismo penal. 2012. 216 f. dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2012.

Não se quer aqui diminuir a gravidade, de um problema tão sério que é o de homicídio de mulheres unicamente por questões de gênero, mas discutir a sua solução por meio do sistema punitivo, com o fito de propor alternativas que procurem proteger a categoria em apreço sem lançar mão da violência pública institucionalizada.

É sabido, que a pena não consegue cumprir com as suas funções declaradas, inclusive a de prevenção geral negativa, então, neste sentido a de criticar uma política criminal que procure resolver o problema da violência de gênero criando uma qualificadora para homicídio, e aumentando o rol dos crimes hediondos; mesmo porque a lei Maria da Penha, nove anos antes, já havia recrudescido o tratamento para o sujeito ativo de crimes semelhantes, e no entanto não foi capaz de reduzir, pelo menos em grande medida, a violência de gênero¹²

Neste diapasão, cabe registrar que

O discurso que defende a função retributiva da pena argumenta que é legítimo o papel conferido ao sistema penal de castigar os infratores via privação de direitos, em especial a privação de liberdade. Contudo, a crítica dirigida à função retributiva da pena afirma que esse papel é indemonstrável, pois a natureza subjetiva da vontade do apenado, que é indevassável, inviabiliza qualquer possibilidade de constatação sobre a "realidade" da purgação da culpa.¹³

(...)

Resta, ainda, o discurso que defende a função de prevenção geral da pena: argumenta que a sanção e a execução penais desestimulariam a prática do crime, pelo menos na proporção da certeza da punição. Contudo, segundo o discurso crítico à prevenção geral, o desestímulo ao crime pela intimidação merece duras críticas por conta de dois problemas imediatos: (1) pode transformar-se em terrorismo estatal, porque a prevenção geral não é limitada por critérios bem definidos, como acontece com a punição; (2) e pode violar o princípio da dignidade humana, porque o condenado é punido para servir de exemplo e influenciar a coletividade, ou seja, o sofrimento de um indivíduo é intensificado para influir no comportamento de outros.¹⁴

Desta forma, não resta dúvidas que a expansão do Direito Penal, não se trata de um acontecimento gerado pelo acaso, mas sim, percebe-se a grande influência

¹² No mesmo estudo do IPEA que forneceu os dados para a CPMI da violência contra a mulher, consta uma avaliação dos impactos da Lei Maria da Penha. Chama a atenção que apesar de no primeiro ano notar-se uma pequena redução nos índices de violência doméstica, nos anos subseqüentes os mesmos voltam aos patamares anteriores, chegando até mesmo a ultrapassá-los

¹³ SOARES, L.E; GUIDANI, M.K.A. Aspectos babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho; Jean-François Y. Deluchey; Marcus Alan de Melo Gomes (coord.) **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.131

¹⁴ Ibidem, p.132

política e ideológica que lastreia este fenômeno, de modo a perceber que este fundamental para a manutenção do *status quo* e da suposta "ordem social.

4.1. A ideologia da defesa social

BARATTA observou a Ideologia da Defesa Social através de seis princípios, estes baseiam e legitimam a ambição punitiva estatal face aos "comportamentos socialmente negativos", são eles: O princípio do bem e do mal; Princípio da culpabilidade; Princípio da Legitimidade; Princípio da igualdade; Princípio do interesse social e do delito natural; Princípio do fim ou da prevenção.

Neste diapasão, para melhor compreender o objeto da discussão deste trabalho, faz se mister trazer a lume os estudos realizados por Alessandro Baratta no que diz respeito a ideologia da defesa social, em especial no que tange ao princípio do bem e do mal, o princípio do interesse social e do delito natural e o princípio do fim ou da prevenção; vejamos.

Princípio do Bem e do Mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e desfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade o bem¹⁵

Contudo, não há a mais que se falar neste princípio após os estudos de Emile Durkheim e a sua teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anômia, que demonstrará que o desvio, em verdade, é algo natural na sociedade. Porém ao se utilizar de pueril maniqueísmo, no intuito de justificar a elaboração de novas leis penais, incide-se em inegável retrocesso.

Para Alessandro Baratta, o princípio do interesse social e do delito natural, consiste em uma ofensa ao interesse fundamental da coletividade, sendo "os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos"¹⁶

Outrossim, sabe-se há muito, que tratando-se de matéria penal, existe um verdadeiro abismo entre os objetivos declarados e os seus objetivos reais, não sendo estes comuns todos.

O princípio do fim ou da prevenção já foi exaustivamente trabalhado e refutado neste trabalho, de modo que, para evitar repetições, reserva-se a não mais tratá-lo neste tópico.

4.2. A racionalidade penal moderna e os discursos de emergência

A sociedade contemporânea vive sobressaltada com a avalanche de notícias relacionada a delitos e aos elevados índices de delinqüência. É fato que muito desses índices, são criados e amplificados por setores da imprensa sensacionalista, por interesses meramente mercadológicos, na escalada da concorrência pela elevação da audiência. Por outro lado, há interesses eleitoreiros na divulgação do crescimento da criminalidade como bandeira de determinados partidos políticos preocupados tão somente em angariar votos.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.42

¹⁶ Ibidem, p.42

Constata-se que a sociedade contemporânea no panorama de riscos, perde-se diante das incertezas sobre o que e como fazer para diminuir a sensação de medo que lhe retira o horizonte de segurança. É o que Bauman denominou de sociedade de incertezas atordoada diante do medo líquido, isto é, um medo sem forma, e portanto sem uma solução plausível de controle.

Assim passa-se a acreditar no Direito Penal e em tudo que vem com ele (novos delitos, mais viaturas, mais policiais, a construção de mais presídios), como se esta fosse a solução para a disformia da contemporaneidade.

Álvaro Pires, refere-se ao problema do suposto aumento da criminalidade contemporânea como "racionalidade penal moderna", o que tem legitimado discurso de perfil claramente anti-garantista como o Direito Penal do Autor, Direito Penal de emergência, movimento lei e ordem e Direito Penal do Inimigo.

A maneira de pensar o sistema penal assumirá no ocidente uma forma de organização sistêmica distinta dos outros sistemas de pensamento a partir da segunda metade do século XVIII. Trata-se de um sistema de pensamento liga a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como "justiça penal" ou "criminal", constituído por uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber e que liga estreitamente fatos e valores, o que lhe confere um aspecto normativo. Esse sistema de pensamento, que aqui denominarei de "racionalidade penal", produz um ponto de vista que contribui para construir um subsistema jurídico específico, o sistema penal moderno, e para justificar a forma específica que ele assume¹⁷

Ricardo Cappi, discorrendo sobre o autor em comento, assevera que

O conjunto das idéias que caracterizam a RPM sustenta respostas estatais aos crimes essencialmente pautadas em seu teor aflitivo, tendo a privação de liberdade como expressão características. Em outras palavras, a resposta prevista frente à transgressão é obrigatoriamente punitiva excluindo, por isso mesmo, respostas que não sejam de natureza aflitiva. A valorização do castigo e da sua severidade traduz um apoio irrestrito à exclusão social inerente à privação de liberdade em detrimento de medidas alternativas de resposta ao crime, que se tornam assim impensáveis nesse sistema de pensamento.¹⁸

Mariana Possas, sobre os efeitos da Racionalidade Penal Moderna (RPM) na política do país, argumenta:

¹⁷ PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, O Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**. nº68, março 2004, p. 40

¹⁸ CAPPI, Ricardo. "Maneiras de Pensar" o controle e a justiça Penal: Uma análise dos Discursos Parlamentares sobre a Redução da Maioridade Penal. In: Luiz Carlos Lourenço e Geder Luiz Rocha Gomes (org.). **Prisões e Punição: No Brasil Contemporâneo**. Salvador: Edufba. 2013, p. 129-130

Em certos casos, as teorias da pena são atualizadas para “apoiar” ou para “acompanhar” as comunicações de protesto ou de reivindicação. É o que acontece nos casos de comunicações dos movimentos sociais ou dos meios de comunicação de massa. Em outros casos, esse sistema de ideias é atualizado para apoiar ou para acompanhar (ou reagir contra) certas decisões tomadas em algumas organizações (o Parlamento, os tribunais, a administração penitenciária, etc.)¹⁹

Normalmente o discurso da racionalidade penal moderna vem acompanhado de uma corrente de pensamento que procura legitimar a vingança privada, em verdadeiro resgate de épocas remotas em que se trocava “olho por olho, dente por dente”.

Compreende-se esta forma de pensar, se consideradas as incertezas apontadas por Bauman como características da contemporaneidade, dentre elas as dúvidas e o descrédito que pairam sobre a (in) eficácia do poder público no combate a impunidade.

O que os adeptos da racionalidade penal moderna olvidam, é que seu discurso compõe uma espiral da violência que, não necessariamente, ataca as raízes da delinqüência, oferecendo tão somente respostas sintomatológicas para a questão, o que, por conseguinte, expõe ainda mais o bem jurídico tutelado e perpetua a sensação de medo na sociedade.

4.3. O direito penal simbólico e o feminicídio

Em uma sociedade alarmada pelos (supostos) elevados índices de criminalidade, o Direito Penal surge como o antídoto certo para o arrefecimento dos ânimos. Tem sido assim, pelo menos no contexto de políticas criminais como da “tolerância zero” e do “direito penal do inimigo”.

O direito penal, então, é erigido como um símbolo da atuação estatal no combate à criminalidade. A mídia sensacionalista em muito contribui para isto, sobretudo quando se verifica sua ligação com manobras eleitoreiras que se beneficiam da simbologia em questão.

Dito de outra forma, os críticos argumentam que a exigência incondicional da prevenção acaba subordinando o sistema penal a manobras arbitrárias do poder e que a erosão do direito penal democrático somente poderia ser evitada pelo abandono das atribuições preventivas do direito penal simbólico, em favor de formas adequadas de governo, nas áreas dos direitos civis e sociais.²⁰

¹⁹ Disponível em:

http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_&gid=1851&Itemid=229 > acesso em 07 10 2015

²⁰ Soares, L.E; Guidani, M.K.A. Aspectos babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho; Jean-François Y. Deluchey; Marcus Alan de Melo Gomes (coord.) **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.133

O discurso é inflexível e alienante. Se a quantidade de crimes está aumentando, não há outra solução senão conclamar o subsistema punitivo para oferecer sua resposta mais drástica, através da pena.

A contundência e violência de tal forma de pensar é tamanha, que a população é levada a crer que a justiça só é feita e a impunidade contida se o suspeito do cometimento do crime estiver atrás das grades.

Sim. A prisão, como resposta penal por excelência, ganha status de eficiência e competência do Estado-juiz, olvidando-se de princípios clássicos como da presunção de inocência e todos os influxos de um sistema processual penal acusatório.

A prisão e tudo o que se liga ao Direito Penal são símbolos de uma racionalidade que atribui a este subsistema jurídico o controverso caráter de *prima ratio*, com isto gerando maior violência que aquela causada pelo delito.

Cabe aduzir, com Soares e Guindani, que

Nos termos dessa perspectiva crítica, os discursos que legitimam as funções preventivas (especial e geral) do sistema penal ou da justiça criminal vem reforçando o “direito penal simbólico”, cuja aplicação redundaria em políticas de criminalização da pobreza. Em outras palavras, as políticas criminais estariam focalizando os setores vistos como aqueles mais problemáticos da sociedade, para os quais o Estado não pareceria interessado em oferecer soluções alternativas, via políticas sociais, restando, portanto, soluções penais simbólicas. Esse sistema criminal, dito simbólico, estaria incidindo na psicologia popular, produzindo efeitos de legitimação do poder político e do próprio direito penal. A legitimação do poder político ocorreria nesse sentido, pela ostentação de eficiência repressiva, a qual tenderia inclusive a proporcionar vantagens político-eleitorais.²¹

A grande questão é saber se esta forma de encarar os fatos, socorrendo-se, quase que unicamente, da pena, reveste-se de idoneidade no que tange a atacar as causas do incremento da criminalidade contemporânea.

Nesta senda, cabe registrar o entendimento de Cabette sobre a lei do feminicídio como exemplo de um Direito Penal simbólico e sua (falta de) eficácia:

O grande problema, que torna a lei enfocada mais um triste exemplo de um Direito Penal meramente simbólico, totalmente inútil e demagógico, é o fato de que o homicídio de uma mulher nessas circunstâncias sempre foi, desde 1940, com a edição do Código Penal brasileiro, uma espécie de homicídio qualificado. Nessa situação, a qualificadora do “motivo torpe” estaria obviamente configurada e a

²¹ ²¹ Soares, L.E; Guindani, M.K.A. Aspectos babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho; Jean-François Y. Deluchey; Marcus Alan de Melo Gomes (coord.) **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.132-133

pena é exatamente a mesma, ou seja, reclusão, de 12 a 30 anos (vide art. 121, §2º, I, in fine, do CP).²²

E continua o autor:

A grande questão que se impõe é: Para que serve, então, o alardeado "feminicídio"? E a resposta clara e evidente é: Para nada! Após o advento do "feminicídio", o que melhorará na vida das mulheres em risco de sofrerem violência ou mesmo serem assassinadas por seus algozes? Rigorosamente nada! O que era um crime qualificado continua sendo e a pena continua a mesma.²³

Bourdieu, tratando do poder simbólico, aduz que

Do mesmo modo que o verdadeiro responsável pela aplicação do direito não é este ou aquele magistrado singular, mas todo o conjunto de agentes, freqüentemente postos em concorrência que procedem a detecção e à marcação do delinqüente e do delito, assim também o legislador não é o redactor da lei mas sim o conjunto dos agentes que, determinados pelos interesses e constrangimentos associados as suas posições em campos diferentes (campo jurídico, e também campo religioso, campo político etc.) e as pressões (manifestações, petições, diligências etc.) destinadas a "fazê-la avançar"²⁴

Há um aspecto que merece análise, atinente ao postulado da proporcionalidade. Em outras palavras, convém confrontar o Direito Penal simbólico com os influxos da proporcionalidade, a fim de indagar se aquele é coerente com um Estado Social Democrático de Direito.

Sabe-se que a proporcionalidade pode ser tripartida em necessidade, adequação e em sentido estrito, a teor das contribuições de Alexy, repetidas por Ávila no Brasil. Argumenta-se que proporcionalidade-necessidade quer dizer à eleição de meios menos ofensivos a um direito fundamental, dentre aqueles disponíveis.

Proporcionalidade-adequação, por seu turno, consiste na aferição da capacidade que o meio eleito tem para atingir seu objetivo, isto é, seu caráter idôneo. De outra banda, proporcionalidade em sentido estrito seria a ponderação de interesses em conflito no caso concreto, o que os norte-americanos denominariam de razoabilidade.

A inidoneidade da pena e do Direito Penal já fora denunciada pelos abolicionistas e por defensores da criminologia crítica, céticos quanto ao cumprimento das suas funções declaradas, e aqui se destaca a função de prevenção geral negativa.

Se, por um lado, existe um discurso inerente à racionalidade penal moderna, de atribuir um caráter simbólico ao Direito Penal, por outro existe, pelo menos dentro

²² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio: aprovada a lei nº 13.104/2015 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto no solo brasileiro. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 91, p.35, abr./mai. 2015

²³ Ibidem, p.36

²⁴ BOURDIEU, PIERRE. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 247-248

da academia, correntes que defendem formas menos severas de controle social, com aptidão mais clara para a solução da delinquência, posto que de características etiológicas.

5. A seletividade do sistema penal

Nesta seara, não se pode negligenciar, o caráter seletivo do Direito Penal, em especial na sociedade brasileira. Sim, a criminalização secundária para as classes subalternas é uma realidade incontestável.

Zaffaroni e Nilo Batista, tratando de seletividade do sistema criminal lecionam que:

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo a comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo.²⁵

Vive-se, cada vez mais intensamente, uma transformação do pretense Estado social, para um Estado Penal ou nas palavras de Sebastian Scheerer, Estado penal de Emergência, porém questiona-se quem são e de que forma se processa este encarceramento.

Estudos desenvolvidos nas academias brasileiras demonstram que o Direito Penal pátrio tem sua clientela bem definida. Antes da análise dos dados, convém registrar lamentável episódio ocorrido, paradoxalmente, em uma instituição de ensino superior do Brasil.

Chegou às redes sociais uma mensagem de cunho racista, asseverando que lugar de negro não seria na tal universidade, mas no presídio.

O fato é patentemente fútil, mas isso não lhe tira a relevância para o tema em análise, sobretudo no tópico atinente à seletividade do sistema penal brasileiro.

A fala ofensiva retrata uma realidade triste na sociedade brasileira. Grande parte dos encarcerados é formada por homens de origem humilde, entre os 18 e 39 anos e negros. Sobre isso, leciona Loïc Wacquant:

No plano mais baixo da escala social, o encarceramento serve para neutralizar e estocar fisicamente as frações excedentes da classe operária, notadamente os membros despossuídos dos grupos estigmatizados que insistem em se manter “em rebelião aberta contra seu ambiente social” – para retomar a provocativa definição de crime, proposta há um século por W.E.B. Du Bois em *the philadelphia negro*²⁶

Há informações a respeito no Núcleo de Estudos da Violência da USP, sob a responsabilidade do professor Sérgio Adorno.

²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I.** 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.46

²⁶ WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** 3 ed. rev. ampl. Tradução. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.16

A constatação remonta à estrutura classista da sociedade, pautada na exclusão dos desiguais, denunciada por Carl Marx em "O Capital".

O Direito Penal retrata esta desigualdade de classes e, seguindo as linhas traçadas por Foucault, representa bem o seu papel numa sociedade desigual, quando segrega aqueles que não podem conviver entre os "iguais".

A política criminal de gênero no Brasil, mais especificamente com a lei do feminicídio, estimula, ainda mais, esta seletividade, contribuindo para o encarceramento das camadas mais pobres da população brasileira.

Isto mostra-se evidente, visto que as estruturas das agências de persecução penal estão direcionadas a determinado estrato social. Vejamos, mais uma vez as Lições de Zaffaroni e Nilo Batista.

(...) a muito limitada capacidade operativa das agências das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas.²⁷

Assim, esta seletividade, fruto do próprio Direito Penal e que é hodiernamente reforçada pelas legislações de emergência, exerce o seu papel real, de criminalizador da pobreza, haja vista o desmonte do Estado social e a ampliação da vigilância sobre estes.

6. A (in) compatibilidade do feminicídio com um direito penal constitucionalizado

Entende-se que o Direito Penal, a fim de se compatibilizar com os ditames constitucionais, necessita ser mínimo, devendo seus aplicadores observar os direitos e garantias fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo do delinqüente, como sujeito hipossuficiente na persecução criminal.

A idéia encontra lastro no que Carbonell denominou de neoconstitucionalismo, isto é, uma forma de revalorizar as normas constitucionais e recolocar a Constituição Federal no posto de principal lei do ordenamento jurídico ocidental contemporâneo.

Sendo assim, não há falar em um Direito Penal submetido à Constituição, se aquele não respeitar todos os influxos do Estado Constitucional de Direitos, zelando pela efetivação plena da dignidade da pessoa humana, para onde se deve convergir todos os subsistemas jurídicos e todas as atuações do poder público.

Neste sentido, a atuação do direito penal precisa demonstrar coerência com uma série de princípios clássicos da pena, muitos previstos nos textos constitucionais, outros, embora implícitos, oriundos da própria alma da Lei Fundamental.

É assim com o postulado da proporcionalidade, que mereceu análise breve em linhas acima.

²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I.** 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.44

Observa-se que, como se disse, este postulado exige do poder público de punir uma atuação necessária, adequada e razoável, em abono dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana em questão.

Neste aspecto, cabe indagar, em alusão às lições de Cabette, se uma qualificadora para o homicídio quando praticado por questões de gênero é necessária. Ora, diante da previsão do "motivo torpe", não se verifica qualquer novidade na política criminal feminista de 2015.

De outra banda, o subprincípio da adequação resta comprometido, tendo em vista que, como sabido e consabido, a pena e o Direito Penal, já faz algum tempo, não cumpre suas funções declaradas de prevenção geral ou especial, evitando tanto a reincidência quanto o cometimento de delitos por parte da sociedade, sob a ameaça da reprimenda.

Há, ainda, que se perquirir a respeito da total falta de razoabilidade (proporcionalidade em sentido estrito) na lei 13.104/2015, no que tange à ausência de ponderação entre os direitos fundamentais em tela. O que se nota é a configuração de um Direito Penal do autor, tendo em vista que o feminicídio passou a ser crime hediondo (lei 8.072/90), cujo grau de severidade põe em xeque outras garantias constitucionais, como a individualização e humanização da pena, bem como a própria noção de dignidade da pessoa humana.

Observa-se a ofensa que a lei em tela provoca à Constituição Federal de 1988, quando se revela claramente desproporcional.

Cabe, ainda, aduzir que esta falta de proporcionalidade do legislador brasileiro de 2015 lesiona, não somente a CF/88, mas também todo o conjunto de normas internacionais protetoras dos direitos humanos, ratificadas pelo Brasil, como o Pacto de San José da Costa Rica, que alude, expressamente, à necessidade de individualização da pena.

Vale dizer que esta individualização deve ser observada pelo juiz da condenação, pelo juiz da execução e, antes deles, pelo legislador, quando do processo de elaboração das leis.

7. Conclusão

A forte ascensão dos discursos de emergência, em especial no âmbito do Direito Penal tem trazido enormes prejuízos na seara das garantias, conseqüentemente, pondo em xeque princípios constitucionais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao adotar os discursos de emergência como base para criação de leis penais, o legislador não se compromete a tratar os problemas estruturantes da criminalidade, como os conflitos sociais, mas sim trava uma verdadeira cruzada contra os seus efeitos, ou seja, trata as conseqüências, mas não as causas.

Percebe-se que no Brasil, principalmente a partir da década de 1990, a edição de diplomas com características do Direito Penal simbólico, tem se tornado cada vez

mais freqüentes. Isso demonstra grave retrocesso legislativo, como se fosse possível encontrar uma solução miraculosa através do expansionismo penal. Nesta senda, restou provado que a necessidade da inclusão do instituto do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro é, nada menos do que nula, haja vista que nenhum dos objetivos declarados pela lei, podem ser, de fato, cumpridos. Desta forma, conclui-se que o feminicídio nada mais é do que mais um instrumento do processo de subversão da ordem jurídica pela ordem política, trazendo uma alta carga ideológica e características inquisitoriais, nas quais reduz o Direito Penal a uma mero instrumento para a política populista.

8. Referências

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011
- BOURDIEU, PIERRE. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio: aprovada a lei nº 13.104/2015 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto no solo brasileiro. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 91, p.31-57, abr./mai. 2015
- CAPPI, Ricardo. "Maneiras de Pensar" o controle e a justiça Penal: Uma análise dos Discursos Parlamentares sobre a Redução da Maioridade Penal. In: Luiz Carlos Lourenço e Geder Luiz Rocha Gomes (org.). **Prisões e Punição: No Brasil Contemporâneo**. Salvador: Edufba. 2013
- DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- FRANÇA, Misael Neto Bispo da. Imputação Individual de Crimes Ambientais Societários: Um Estudo sob o prisma do garantismo penal. 2012. 216 f. dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2012.
- HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. **La responsabilidad por el producto em Derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch. 1995, p.33
- PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, O Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**. nº68, março 2004, p 39-60
- ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SOARES, L.E; GUIDANI, M.K.A. Aspectos babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho; Jean-François Y. Deluchey; Marcus Alan de Melo Gomes (coord.) **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

STRECK. L.L. Criminologia e feminismo. In: Carmen Hein de Campos (org) **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina. 1999

WACQUANT, Loïc . **Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 3 ed. rev. ampl. Tradução. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan,2007

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: O sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan,2011

REFERÊNCIAS DA INTERNET

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf

http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_&gid=1851&Itemid=229