



FEMINICÍDIO, EXPANSÃO INJUSTIFICÁVEL OU RESGATE DE UMA OMISSÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL?

Pedro Rui da Fontoura Porto¹

RESUMO:

O presente artigo visa confrontar o conceito de feminicídio, introduzido no Código Penal pela Lei 13.104/15, com o conceito bastante amplo e polêmico de expansão do direito penal, e demonstrar que, observando-se a evolução histórica do tratamento leniente que o direito penal dispensou às hipóteses de assassinatos de mulheres desde o período colonial até a atualidade, interregno em que se consagraram diversos meios de justificação ou abrandamento punitivo do homicídio de mulheres como a legítima defesa da honra e o homicídio passional, o que ocorreu foi uma mudança de atitude da ordem jurídica – da complacência à punição mais severa – e o resgate de uma dívida histórica com o gênero feminino.

Palavras-chave: expansão do direito penal, feminicídio, violência de gênero.

ABSTRACT:

This article aims to confront the concept of femicide, introduced in the Law 13,104/15 Criminal Code, with quite broad and controversial concept of expansion of criminal law, and demonstrate that, observing the historical evolution of the lenient treatment that criminal law dismissed to cases of murders of women from the colonial period to the present, interregnum in which consecrated various means of justification or punitive slowdown of women murder as a legitimate defense of honor and passionate murder, which occurred was an attitude of change law – complacency to more severe punishment – and the rescue of a historical debt to the female gender.

Keywords: expansion of criminal law, femicide, gender violence.

¹ Mestre e Doutorando em Direito Público pela Unisinos. Professor do Curso de Direito da Univates/RS. Promotor de Justiça/RS, pedroporto@univates.br ou pedrorui@mprs.mp.br



1. Introdução:

Desde a promulgação do Código Penal em 1940, somente no ano 2015, o tipo penal de homicídio ganhou mais duas qualificadoras: trata-se do feminicídio e do homicídio contra agentes de segurança pública, incrementando-se, significativamente, o potencial punitivo do direito penal no seu apontado processo expansionista e conseqüente distanciamento do modelo iluminista-minimalista.

O presente artigo propõe-se, inicialmente, declinar as principais características da expansão do direito penal, a fim de compreendê-la como um fenômeno de política criminal contemporânea que tem críticos e defensores, estes, sobretudo no meio legislativo, contando com respaldo de amplo espectro político ideológico.

Em sequência, pretende-se traçar histórico de justificações para o feminicídio, desde o período do Brasil Colônia, quando havia autorização legal para feminicídio em casos de adultério, até o atual homicídio passional, abrindo espaço para a reflexão conclusiva sobre até que ponto, no caso do feminicídio, houve expansão do direito penal ou uma mudança de atitude da ordem jurídica em face desta modalidade criminal.

2. A Expansão do Direito Penal: delineamentos principais.

Há um consenso, na academia e na jurisdição, de que o Direito Penal passa por uma ampla gama de reformas substanciais, processuais e penitenciárias, especialmente representadas pelos fatores a seguir expostos.

a) *Seleção de novos bens jurídicos a integrarem a outrora reduzida coleção de bens sujeitos à tutela penal.* Este elenco sofreu agudo incremento com o processo de *desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico*, que facilitou a ampliação da tutela penal a interesses coletivos, especialmente supraindividuais, favorecida pelo protagonismo de movimentos sociais e setores organizados da sociedade. A este novo direito penal, direcionado à tutela de bens supraindividuais e



especialmente incidente sobre as atividades econômicas, dá-se o nome de *direito penal moderno*, para diferenciá-lo do núcleo clássico do direito penal².

Neste ponto, entretanto, é bom salientar que, não obstante a tipificação crescente de tipos penais relativos à criminalidade econômica – *White collar crimes* – é a criminalidade tradicional ou nuclear que prevalece como preocupação central da sociedade, diante do insistente risco individual que ela proporciona em comparação com o risco distante e indireto gerado pela criminalidade moderna menos perceptível às classes populares.

b) *Pela elevação das taxas de encarceramento*, inclusive no marco do direito penal clássico. Em efeito, ainda que se tenham ampliado as hipóteses de penas restritivas de direito, o que deveria reduzir o encarceramento, igualmente houve aumento de duração de penas privativas de liberdade de crimes mais violentos como os crimes hediondos, cujo reconhecimento legal é da década de 1990.

c) *Pelo abandono do modelo ressocializador* que teve origem na Escola Positivista italiana na segunda metade do Século XIX, passando pela Escola Intermediária italiana e alemã e pelas teorias da Defesa Social ambas da primeira metade do Século XX. O modelo de prevenção especial alcançou seu maior prestígio nos anos 1960 e 1970 nos países anglo-saxônicos e escandinavos. Parte-se do pressuposto desenvolvido por teorias criminológicas das subculturas criminais e da socialização defeituosa e aprendizagem social (*social learning*), de que o crime é resultante de defeitos de aprendizagem que podem ser corrigidos.

Este sistema, todavia, entrou em colapso a partir do final do Século XX, em razão do desânimo acerca da eficácia das técnicas de tratamento (RIPOLLÉS, 2015, p. 19). O desenvolvimento da criminologia crítica – especialmente as teorias do *labeling approach* ou enfoque do etiquetamento – demonstrou que o modelo

² Há autores que preferem denominar *moderno* ao direito penal da Ilustração e não o direito penal contemporâneo que poderia ser chamado de pós-moderno ou mesmo contemporâneo. Nesse sentido, Luis Gracia Martin ressalta que “até bem pouco tempo a denominação ‘Direito Penal moderno’ fazia remissão de imediato e com precisão ao modelo penal derivado, em seus traços fundamentais, das *invenções* políticas e jurídicas formais do movimento da Ilustração de fins do Século XVIII e princípios do XIX. O Direito Penal da Ilustração mereceu, sem dúvida, a qualificação de ‘moderno’ na medida em que o mesmo implicou uma ruptura com o Direito Penal do *Anciène Régime*, da Monarquia Absoluta em todos os seus aspectos substanciais” (2005, p. 38). Não obstante se concorde com o argumento de Gracia Martin, por razões práticas, para acompanhar a maioria neste ponto, optamos por denominar *clássico* o direito penal projetado pelo Iluminismo, como aquele destinado à proteção da vida, saúde, liberdade e patrimônio, valores nucleares do ideário liberal sintonizados com o projeto do Estado Liberal de Direito, ao passo que por *moderno* designamos o direito penal do Estado Social que se volta à proteção de bens coletivos. Tais denominações, contudo, são mais convencionais do que científicas, visto que o que ora denominamos como direito penal *moderno* emerge na fase histórica denominada *pós-modernidade*.



ressocializador ocultava a responsabilidade social com as causas da criminalidade ou com sua atribuição legal. Ademais, o próprio modelo garantista em ascensão questiona o direito de o Estado intervir tão profundamente nas escolhas pessoais, mediante o uso de tratamento, como imposição de educação e trabalho aos presos.

À perda de ênfase no modelo ressocializador corresponde a retomada do paradigma inocuidador, destinado à neutralização futura do agente perigoso para fins de proteção do bem jurídico e prevenção geral. Este modelo, todavia, favorece maiores taxas de encarceramento, visto que a preocupação com a exclusão do delinquente do convívio social requer períodos mais longos de reclusão, em especial do reincidente.

d) Pela admissão de mais hipóteses de medidas cautelares prisionais e não-prisionais. Nesse sentido, no Brasil ampliou-se a autorização para prisão preventiva em crimes praticados contra pessoas vulneráveis, especialmente em situação de violência doméstica e familiar. Ademais, um novo rol de medidas de proteção e cautelares diversas da prisão veio elencado, respectivamente, na Lei 11.340/06 e no art. 319 do CPP.

e) Pela introdução no sistema jurídico de novos meios de investigação previstos na Lei 12.850/2014, supostamente voltados à investigação da moderna criminalidade econômica, mas aplicáveis ainda à criminalidade clássica, desde que se trate de organizações criminosas.

Segmento predominante dos juristas lastima a expansão do direito penal, e, em geral, apontam-na como afastamento do projeto iluminista que se dá na denominada crise da pós-modernidade. A maior parte assume uma atitude generalizada de rejeição depreciativa do processo expansivo mediante a sumária diatribe de que se trata de política criminal oportunista; uma “cruzada contra o mal”, sem fundamentação racional. A crítica, entretanto, limita-se a avaliar o fenômeno apenas a partir da ótica garantista/minimalista, e ignora o respaldo popular e político em amplo espectro ideológico, pois, tanto a direita quanto a esquerda vêm apoiando o processo expansivo; deste modo, os argumentos dos especialistas caem no vazio da incompreensão social, não repercutindo para além da academia e dos limites estreitos comunidade jurídica (RIPPOLÉS, 2015, p. 17).

Impõe-se compreender que este respaldo político-legislativo à expansão punitivo-penal desde diferentes origens ideológicas têm explicações bem plausíveis, que assim podem ser resumidas:



a) *A emergência da sensação social de insegurança cidadã.*

A crise no modelo de Estado do bem estar social ocasiona desemprego, migrações, incremento da venda e uso de drogas, ampliando a criminalidade de rua ou de massa ou o direito penal nuclear. A criminalidade clássica também se revela um fator de insegurança que incentiva a adoção de modelos de política criminal maximalista, de reduzida tolerância ao desvio criminal.

Resulta inegável que a sensação de insegurança é ainda potencializada na infosfera³ pela intensa e repetitiva divulgação de atos criminosos. Embora a repercussão nas mídias públicas tradicionais como rádio, jornal e televisão, corresponda, em geral, a atos criminosos verdadeiros, o surgimento de uma ampla adesão às redes sociais que são interativas e descomprometidas, facilita a veiculação de notícias falsas ou, ao menos, adulteradas, ampliando os níveis de aflição social. Da mixagem entre notícias verdadeiras, mas repetidas à exaustão, com informações adulteradas emerge, em matéria de sensação social da criminalidade, aquilo que Jean Baudrillard, com foco na semiótica, denominou de hiper-realidade, ou seja, uma sensação que tem origem na realidade, mas que dela se autonomiza, volvendo-se mais significativa do ponto de vista simbólico. O medo da violência passa a existir mesmo onde ele não corresponde à realidade, mas a ameaça, divulgada exaustivamente nos meios de comunicação, generaliza-se até mesmo nos lugares que ainda gozam de bons níveis de segurança⁴.

Nesse quadro real, *a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos*, ou de outro modo, existe uma elevadíssima

³ Expressão criada por Alvin Toffler (falecido recentemente em 27/6/16) no seu *best-seller*, “A Terceira Onda” publicado em 1980, quando o escritor futurista previa a sobrecarga de informações do mundo atual, desde a criação de uma rede planetária de informações que representaria a terceira onda da evolução histórica, ou seja, após a onda agrícola e a industrial.

⁴ Acerca da hiper-realidade, vale conferir o artigo de Anna Karolina Veiga Santa Helena, intitulado *Os mundos real, virtual e hiper-real em Jean Baudrillard*. Para a articulista: *Todo esse excesso de informação, que nos persegue ao ligarmos a televisão, o rádio ou o computador, está compreendido no virtual, que “caracteriza-se não somente por eliminar a realidade, mas também a imaginação do real” (Baudrillard, 2011, p. 57). Existencializa-se o chamado “tempo real”, que, segundo o autor, é diferente do tempo histórico – quando os acontecimentos ocorriam e deixavam provas. No tempo real não há mais comprovação de nada; os fatos só existem durante o tempo em que existem. Em suma: “já nos é cada vez mais difícil imaginar o real, imaginar a História, a profundidade do tempo, o espaço em três dimensões – tão difícil quanto era outrora, a partir do mundo real, imaginar o universo virtual ou a quarta dimensão.” (Baudrillard, 2011, p. 109). Na sequência, explicando o conceito de hiper-real em Baudrillard, a autora enfatiza que “o bombardeamento de informações por parte da mídia, a interatividade exacerbada – e, muitas vezes, desnecessária – e a ideia de liberdade causada pela popularização da Internet fazem com que tudo extravase a realidade” (In Ano XI, n. 04 - Abril/2015-NAMID/UFPB - <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica>, consultado em 17/07/2016).*



sensibilidade ao risco, aumentada (e não criada, pois está relacionada, indiscutivelmente, a dados reais) pelos meios de comunicação que transmitem *imagens* da realidade em que o que está distante e o próximo não são distinguíveis, produzindo percepções inexatas e sensação de impotência (SILVA-SANCHEZ, 2011, p. 46-7).

Não é, pois de estranhar que em quase todos os países ocidentais, a insegurança vem sendo apresentada como um dos maiores interesses sociais, rivalizando fortemente com interesses clássicos e historicamente mais perseguidos como saúde e educação. No Brasil, antes da eleição presidencial de 2014,

Quase metade da população brasileira (49%) diz que melhorar os serviços de saúde deve ser prioridade para o governo federal em 2014, ano de eleição do novo presidente da República. A informação é da pesquisa Retratos da Sociedade Brasileira - Problemas e Prioridades para 2014, feita pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em parceria com o IBOPE Inteligência. Em seguida, aparece o combate à violência e à criminalidade e a melhora da qualidade da educação. As duas questões devem, respectivamente, ser priorizadas na opinião de 31% e 28% dos 15.414 entrevistados - a soma é maior que 100% porque era permitido escolher até três opções.

As áreas são também os principais problemas do país, na opinião dos entrevistados. Em seguida, ganham destaque na lista de prioridades o aumento do combate às drogas (23%), o reajuste do salário mínimo (23%) e o combate à corrupção (20%). A pesquisa levantou os problemas do país, dos estados e dos municípios e o que a população considera prioritário para o governo federal. (<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Brasileiro-elege-saude-seguranca-e-educacao-como-prioridades-para-2014.aspx>).

Embora em outros países o motivo da insegurança possa ser a imigração ou o terrorismo, no Brasil, ela deriva do incremento da criminalidade clássica – criminalidade de rua – o que faz com que o cidadão se sinta identificado com a vítima e não com o sujeito ativo. Trata-se de uma sociedade de sujeitos passivos fortemente dependente da proteção estatal e mais intensamente identificada com a vítima. Esta *identificação social com a vítima* produz,

b) O novo protagonismo das vítimas.

São os interesses das vítimas reais ou potenciais que guiam o debate político-criminal, atraindo o interesse da classe política. O ideal iluminista de proteger-se *do* Estado absolutista do Século XVIII é substituído pelo propósito atual de proteger-se *através* do Estado. Em uma “sociedade de sujeitos passivos”, o homem vive não apenas *no* Estado, mas também *do* Estado, ao qual transfere a necessidade de segurança e garantia que já não encontra satisfeitas em sua frágil esfera individual. A crise do Estado providencial enseja uma alteração progressiva



na concepção do direito penal subjetivo: da “espada do Estado contra o delinquente desvalido” se passa para a “espada da Sociedade contra a delinquência dos poderosos” (SILVA-SANCHEZ, 2011, p. 64-5).

Mas, para além de uma inovadora atuação do direito penal contra os *powerfull*, a atuação tradicional contra os *powerless* persiste como preocupação maior da sociedade. Não houve perda de interesse na repressão dos delitos contra interesses individuais, próprios do modelo de direito penal liberal/iluminista: vida, integridade física, propriedade e liberdade. Até se pensava, nas últimas décadas, que a extensão do direito penal aos crimes cometidos por poderosos, reduziria o interesse social na repressão da criminalidade de rua, mas, ainda que crescente a expectativa popular de punição criminal de políticos e empresários, incrementa-se em maior proporção a demanda por segurança frente à criminalidade nuclear violenta (RIPPOLÉS, 2015, p. 21-2).

Este protagonismo das vítimas na sociedade contemporânea atraiu a atenção da classe política que acelerou a aprovação de tipos penais capazes de incrementar a repressão penal sob a justificativa de melhor tutelar bens jurídicos relacionados ao gênero feminino. Há que se verificar, e a isso se propõe o próximo capítulo, se, no caso da tipificação do feminicídio houve efetiva expansão do direito penal ou se o legislador atendeu a lídimas expectativas da sociedade, justificáveis diante das estatísticas e da insuficiência da Lei 11.340/06 à redução dos índices de feminicídios.

3. As razões sociais que fundamentaram a tipificação autônoma do feminicídio, introduzido pela Lei 13.104/15. A interpretação da qualificadora na doutrina e nos tribunais.

Para Bobbio, “a figura deôntica original foi o dever e não o direito”. No limiar da civilização, consciente do estado de sofrimento e necessidade de seu mundo, o homem esforçava-se por sair deste estado natural. Os dois maiores fatores de hostilidade sempre foram a natureza e seus próprios semelhantes. Para vencer o primeiro, desenvolveu tecnologias capazes de dominar a natureza; em relação ao segundo, sua própria espécie, engendrou o sistema legal, com o propósito de regular as relações intersubjetivas, sancionando os impulsos agressivos e premiando as atitudes positivas (1992, p. 54-5).



No lento percurso da história, a era dos deveres foi se convertendo na “era dos direitos”, até se alcançar declarações universais de direitos humanos. Após as fases de positivação, generalização e internacionalização, os direitos humanos têm sofrido um elogiável processo de *especificação* com a determinação de titulares ou categorias específicas dentro do gênero humano, caracterizadas por sua acentuada e reconhecida vulnerabilidade social, a exemplo das mulheres, crianças e adolescentes, idosos, doentes mentais, trabalhadores e consumidores. Para o filósofo de Turim, o desenvolvimento teórico e prático dos direitos do homem ocorreu em duas direções – universalização e multiplicação:

Essa multiplicação (ia dizendo ‘proliferação’) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem [passagem da tutela do indivíduo *uti singulus* para coletividades determináveis ou não, minorias, e até mesmo dos animais e elementos naturais]; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, [mulher] etc. (BOBBIO, 1992, p. 68).

Se o homem *stricto sensu* esteve originariamente apenas sujeito a deveres na condição de súdito de senhores ou reis; a mulher permaneceu, por muito tempo, submissa ao homem, no degrau hierárquico mais inferior, ao lado das crianças e dos idosos. Disso resulta, o reconhecimento de um débito histórico com o gênero feminino que começa a ser corrigido apenas na modernidade, através de produções legislativas internas que atendem a convenções internacionais de direitos humanos das mulheres em sua especificidade. Nesse sentido,

É verdade que, como normalmente ocorre e neste ponto, contrariando infelizmente justos postulados do minimalismo, será o direito penal o ramo jurídico mais convocado a dar sua contribuição no *enforcement* destinado à implementação dos objetivos da novel legislação, visto que sua maior força coativa, seus custos orçamentários mais baixos e sua menor dependência ideológica, habilitam-no a um papel sempre mais imediatista na concretização dos objetivos legais (PORTO, 2014, p. 22).

O recurso ao direito penal foi a opção adotada na Lei 11.340/06 que vedou a aplicação da Lei 9.099/95 aos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres, incrementou a pena das lesões corporais em violência doméstica e familiar, proibiu penas pecuniárias ou de cestas básicas, recomendou a especialização de juizados de violência doméstica e estabeleceu um elenco de medidas de proteção em favor da mulher, além de ampliar as hipóteses de prisão preventiva em crimes desse jaez.



Referida lei adota um conceito bem determinado, embora não restritivo, do que seja violência doméstica e familiar contra a mulher que resulta da interpretação conjugada dos arts. 5º e 7º da referida lei. Este conceito é objetivo, visto que, preenchidos os pressupostos fáticos ali expressos, não é necessário apurar nenhum elemento subjetivo específico que enerve a atuação concreta do agressor.

A Lei Maria da Penha impactou mais decisivamente a violência menor contra a mulher, subtraindo-a do âmbito dos juizados especiais criminais, com seus benefícios de conciliação, transação e suspensão condicional do processo. Sua disciplina, porém, não repercutiu tão significativamente quanto a crimes de maior gravidade como o homicídio ou o estupro, porquanto já não eram abrangidos pela Lei 9.099/95 e, com relação a estes, sempre fora admissível a prisão preventiva. No tocante ao homicídio, ademais, as medidas de proteção resultam inócuas após sua consumação.

Assim, a previsão legal de uma qualificadora específica para o feminicídio – antigo pleito de um movimento social bem determinado e estruturado internacionalmente – relaciona-se mesmo a um incremento retributivo ou preventivo geral no tocante a casos de violência doméstica de maior gravidade. Alguns fatores que podem ter incentivado esta produção legislativa são:

a) A Lei Maria da Penha, em que pese tenha logrado transferir o problema da violência doméstica do âmbito privado para o público, desnudando um tipo de violência que normalmente engrossava o campo obscuro do direito penal, não alcançou, todavia, objetivos relevantes no tocante à diminuição das estatísticas dos feminicídios.

b) A pena do homicídio simples tem seu parâmetro inferior fixado em seis anos e normalmente se inicia em regime semiaberto. Assim, se considerada a irrecuperabilidade da vida humana, representa proteção deficiente do bem jurídico e é flagrantemente desproporcional se comparada a outros crimes violentos como o roubo ou o estupro.

c) No caso do feminicídio, uma das teses defensivas mais repetidas na atualidade, na esteira da legítima defesa da honra, é a do caráter passional do crime, facilitando a aceitação da minorante do homicídio “privilegiado” pelo domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.



Além disso, a tipificação penal do feminicídio foi sugerida pela CPMI da Violência contra a Mulher criada em 2012, para apurar eventuais omissões do Estado na aplicação da Lei Maria da Penha. Neste sentido:

Os altos índices de homicídio de mulheres constatados a partir de 2012 fortaleceram o entendimento geral de que o Brasil continuava carente de políticas públicas eficientes no combate à violência de gênero. Paralelamente a isso, casos emblemáticos de assassinatos de mulheres ocorridos entre 2010 e 2012 foram explorados e divulgados intensamente pelos veículos midiáticos, dando corpo à crescente insatisfação social. A efetividade da Lei Maria da Penha, portanto, festejada desde a sua promulgação no ano de 2006, passou finalmente a ser questionada (FERRAZ, 2016, p. 01).

Destarte, a partir dos itens acima listados, na sequência, passar-se-á à análise mais pormenorizada de cada uma das razões legais que inspiraram a Lei 13.104/15, a iniciar pela demonstração de que a Lei 11.340/06, em que pese seus méritos indiscutíveis, ainda não logrou a necessária proteção a fim de reduzir significativamente a violência contra a mulher, notadamente os índices de feminicídios.

3.1 A “insuficiência” da Lei 11.340/06 na contenção do feminicídio consumado ou tentado no Brasil.

Na América Latina, o precedente histórico que revelou a carência de políticas públicas e legais de combate ao feminicídio, foi a condenação, em 2009, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Estado Mexicano, pela morte, precedida de estupro e tortura, de três mulheres em Ciudad Juárez. A repercussão do fato, retratada inclusive no cinema⁵, estampou a ausência estrutural do Estado, decorrente da omissão legislativa e institucional no confronto à violação sistemática do direito à vida das mulheres, por razões de gênero. A decisão da Corte permitiu a apropriação jurídica do conceito de feminicídio, até então apenas sociológico, a adoção de medidas de “proteção integral” e a transferência dessas medidas, da jurisdição cível para a criminal, de modo que dezesseis países latinoamericanos já incluíram o feminicídio em suas legislações⁶.

Segundo pesquisa dedicada especificamente aos casos de mortes de mulheres (WAISELFISZ, 2015), o Brasil ocupa hoje a 7ª colocação entre 84 países

⁵ Trata-se do filme “Cidade do Silêncio” em que estrelaram Jenifer Lopes e Antonio Banderas, com participação de Sonia Braga.

⁶ Argentina – 2012; Bolívia – 2013; Brasil – Lei nº 13.104/2015; Chile – Lei nº 20.480/2010; Colômbia – Lei nº 1.257/2008; Costa Rica – Lei nº 8.589/2007, El Salvador – Lei nº 520/2010; Equador – 2014; Guatemala – Decreto nº 22/2008; Honduras – 2013; México – 2012; Nicarágua – Lei nº 779/2012; Panamá – Lei nº 82/2013; Peru – Lei nº 29.819/2011; República Dominicana – Lei nº 550/2014 e Venezuela – 2014 (*In* FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. *Op. cit.*)



analisados, ostentando um dos maiores índices de homicídio de mulheres do mundo. A taxa encontrada em 2013, a partir do sistema de estatística da OMS, seria a de 4,8 homicídios para cada 100 mil mulheres. A pesquisa, todavia, apresenta um dado positivo, ainda que tão tímido que não mereça ser comemorado: no período anterior à Lei 11.340/06, de 1980 até 2006, o crescimento do número de homicídios de mulheres foi de 7,6% ao ano e, quando ponderado segundo a população feminina, o crescimento das taxas no mesmo período foi de 2,5% ao ano. Já no interregno 2006/2013, com a vigência da Lei, o crescimento do número desses homicídios cai para 2,6% ao ano e o incremento ponderado com o crescimento da população feminina reduz-se para 1,7% ao ano. Estes percentuais, entretanto, não revelam um recuo nos números gerais de feminicídios senão apenas uma redução da taxa de crescimento, longe de satisfatório.

No Rio Grande do Sul, desde 2012, quando organizado o Observatório de Violência Doméstica contra a Mulher junto à Secretaria Estadual de Segurança Pública, os índices de feminicídios consumados vinham em queda importante, mas, para surpresa de todos, exatamente em 2015, quando entra em vigor a Lei 13.104/15, ocorre um acréscimo de 20,8% em relação a 2014.⁷ Estes dados revelam que a própria Lei 11.340/06 – Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – não apresentou efeitos significativos na redução dos feminicídios, justificando a tomada de medidas mais severas no âmbito repressivo.

Tais dados revelam que a inserção da qualificadora do feminicídio não se coaduna com a qualificação de direito penal simbólico, expressão utilizada para designar regras legais de forte apelação popular que, entretanto estão destinadas à ornamentação dos códigos quase sem qualquer razão ou aplicação prática⁸. Os índices de feminicídios no Brasil, já passados dez anos da Lei 11.340/06, não permitem qualquer comemoração e não enganam quanto à realidade da violência histórica contra a mulher, justificando o recrudescimento punitivo levado a efeito na novel legislação.

⁷ Segundo dados publicados no site www.ssprs.org.br, os números de feminicídios consumados no RS, em contagens de janeiro a setembro de cada ano, foram: 2012 (83), 2013 (74), 2014 (53), e 2015 (64). Os números de feminicídios tentados, entretanto, revelaram aumento constante de 35% no período.

⁸ A defender o caráter “simbólico e demagógico” do acréscimo legislativo vide 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./maio 2015.



Por outro lado, não é razoável a crítica de que se trata de inserção típica que não foi precedida da devida discussão social, na medida em que o tema da violência doméstica é objeto de intenso debate há décadas no Brasil, tanto que o país já foi, assim como o México, condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por omissão estatal no concernente à falta de legislação adequada e de vontade institucional de confrontar a violência contra a mulher⁹.

3.2 O problema da proteção deficiente do gênero feminino.

Quando se mencionou acima o problema da infrapenalização do homicídio simples e do cumprimento da pena em regimes suasórios, um conjunto repressivo não raro incapaz de dissuadir a histórica violência de gênero em desfavor da mulher, pretendia-se identificar situação de proteção deficiente da vida humana feminina, precisamente o bem jurídico que constitui o núcleo da dignidade da pessoa humana, e condição *sine qua non* de todos os direitos. No caso da violência contra a mulher, a correção legal da histórica proteção deficiente vem sendo apontada pela doutrina especializada como inadiável na busca de uma maior homogeneidade nas relações de gênero e conseqüente compensação do déficit histórico.

“A doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar à máxima da proporcionalidade à noção da proibição de excesso”, mas “a proibição de excesso revela-se apenas como uma de suas faces”, a outra é a proibição de *infraproteção ou proteção deficiente* aos direitos fundamentais (FELDENS, 2005, p. 108). Os direitos fundamentais não impõem ao Estado apenas uma atitude abstencionista ou não intervencionista, eles também demandam atitudes positivas de proteção, predispondo, inclusive, ao controle de constitucionalidade de atos legislativos que importem em retirada de proteção ou impondo a promulgação de diplomas legais capazes de concretizar os objetivos fundamentais republicanos estampados no art. 3º, especialmente “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. A proibição de infraproteção impõe um limite inferior da liberdade de valoração do legislador, forçando-o a estabelecer um grau suficiente e adequado de proteção normativa aos direitos fundamentais, de modo a permitir, a seu titular, o seu pleno desenvolvimento pessoal, nas esferas pública e privada.

3.3 O caráter “passional” do feminicídio como tese defensiva.

⁹ E vale ressaltar que o caso de Maria da Penha Maia Fernandes foi precisamente um caso de tentativa de feminicídio.



Ao tempo do Brasil Colônia, as ordenações portuguesas autorizavam o marido a matar sua mulher e o amante, caso estivessem em adultério. Só não poderia matar este último se ele ostentasse condição social superior ao traído. A mulher, todavia, poderia ser morta, qualquer que fosse sua situação estamental¹⁰.

Revogada a autorização legal para o feminicídio constante das Ordenações Filipinas no Código Penal de 1830, o Código Penal de 1890 deixou de considerar crime o homicídio praticado sob um estado de total perturbação dos sentidos e da inteligência, como aquele gerado pela descoberta do adultério da mulher. “O Código Penal promulgado em 1940, ainda em vigor, eliminou a excludente de ilicitude referente à ‘perturbação dos sentidos e da inteligência’, que deixava impunes os assassinos chamados de *passionais*, substituindo a dirimente por uma nova categoria de delito, o ‘homicídio privilegiado’. O passional não ficaria mais impune, apesar de receber uma pena menor que a atribuída ao homicídio simples. Na população, porém, permanecia a ideia de que o homem traído tinha o direito de matar a mulher” (ELUF, 2007, p.164).

O homicídio passional, paradoxalmente, ingressou no Código Penal atual como resultante da inconformidade de parte da elite jurídica para com as absolvições de feminicidas pela causa de imunidade penal referida no parágrafo anterior – perturbação total da inteligência e dos sentidos – suprimida no catálogo penal de 1940. Tratava-se de uma concessão para evitar a impunidade. Esta supressão, todavia, não foi bem acatada pelos que defendiam que a moralidade pública de então exigia o sacrifício da vida da mulher para o resgate da honorabilidade do marido traído. Para estes, não sendo suficiente a minorante legal, era justo buscar a imunidade penal do uxoricida:

Dessa forma, surgiu a *legítima defesa da honra e da dignidade*, que os jurados aceitavam, sem muito esforço, para perdoar a conduta criminosa. Até a década de 1970, ainda havia na sociedade um sentimento patriarcal muito forte. A concepção de que a infidelidade conjugal da mulher era uma afronta aos *direitos* do marido e um insulto ao cônjuge enganado encontrava eco nos sentimentos dos jurados, que viam o homicida passional com benevolência (ELUF, p. 165).

Como parte dos feminicídios são cometidos por alegadas razões de infidelidade da vítima, até meados de 1970, a legítima defesa da honra, acolhida nos tribunais, era recorrentemente o fundamento da absolvição dos feminicidas. Uma absolvição que representava muito mais do que a impunidade. Era um símbolo da

¹⁰ Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXV.



prevalência masculina nas relações de gênero, concretizadora da cultura da reificação da mulher sob o domínio do homem. Em tais casos, a condição feminina não ostentava qualquer dignidade humana.

Com a decadência da legítima defesa da honra, reflexo da própria possibilidade legal da separação e divórcio nos anos 70 e de uma revisão do conceito de honra nas relações conjugais, a tese do homicídio passional, contemplada no art. 121, § 1º, do CP (primeira parte) passou a ser mais recorrente, e o feminicídio, se não fosse imunizado de qualquer consequência penal com a absolvição pela legítima defesa da honra, seria beneficiado com a redução significativa da pena e sua desqualificação como crime hediondo, ainda que reconhecida alguma circunstância qualificadora concorrentemente à minorante.

Posto seja mesmo razoável em casos bem determinados, diante de prova robusta de que o acusado esteve sob o domínio de uma violenta emoção, logo em seguida a uma injusta provocação da vítima, requisitos que são cumulativos e não alternativos, a tese da passionalidade ainda encontra na cultura nacional um terreno fértil para desenvolver-se historicamente fertilizada pelo androcentrismo que tanto vicejou em nosso país.

Agora, seguindo o traçado dessa história, com o escopo, de, por sua vez, confrontar a tese da passionalidade e seus efeitos redutores da retribuição penal e consequente prevenção geral e especial, o feminicídio ingressa na legislação brasileira como uma nova modalidade de homicídio qualificado de modo que, como crime hediondo, serão exacerbados os prazos para progressão e livramento condicional, além da vedação ao indulto ou à comutação de pena.

4. Considerações finais.

5.

A dignidade da pessoa humana surge como uma “categoria axiológica aberta”, um “conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento”, mas é possível afirmá-la como qualidade inerente ao homem que, por isso funciona como um limite imposto ao Estado e a terceiros (SARLET, 2004, p. 41). Outras características que denotam sua superioridade dizem respeito à sua intangibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade. Sarlet propõe um conceito jurídico de dignidade da pessoa humana como,

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da



comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2004, p. 59-60).

O segundo imperativo kantiano que situa o homem como um fim em si mesmo é a base filosófica da dignidade humana. A instrumentalização do homem fere a dignidade humana, resultando incontestemente que ninguém pode elevar-se à condição de senhor do direito à vida ou morte de outro com o propósito de exigir-lhe a submissão fiel, mesmo contra a vontade.

Se a dignidade da vida humana é “o coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana” (SARLET, p. 144), o limite ou restrição natural de todos os outros direitos, erigindo-se à condição de princípio-fonte de máxima valência, de todas as suas qualidades, emerge a vida humana como a mais elevada, visto que, condição de todos os demais, a vida é único valor humano que é irrecuperável. Ele é condição do livre arbítrio e da plena realização de todas as potencialidades humanas. Outros atributos da pessoa – liberdade e propriedade – são disponíveis, enquanto a vida é inalienável e indisponível. Não há qualquer proporcionalidade entre a vida e os demais bens jurídicos, visto que aquela é condição para usufruírem-se os demais direitos.

A Lei 11.340/06 representou importante avanço na proteção da dignidade da mulher; outras modificações foram inseridas na legislação penal com o propósito de incrementar os níveis de proteção da dignidade sexual¹¹, mas ainda havia um vácuo no tangente à proteção de bens de maior relevância, dentre os quais a vida feminina, como grupo que, embora não minoritário, esteve sujeito a uma vulnerabilidade histórica inquestionável.

O incremento punitivo consectário à inovação legislativa alinha-se, aparentemente, às características expansivas relacionadas no segundo capítulo, pois resultará, do incremento punitivo em abstrato, um potencial acréscimo das taxas de encarceramento no país, já em níveis elevados.

¹¹ Nesse sentido, vide Lei 12.650/2012, que acrescentou o inciso V ao art. 111 do CP, estabelecendo que nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, a prescrição só começa a correr da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. Ademais, a Lei 12.015/2009 acrescentou ao CP, o art. 217A, onde previsto o “estupro de vulnerável”, agravando a pena, antes a iniciar em 06 anos, agora para 08 anos.



Contudo, a expansão do direito penal é mais comumente apontada como a resultante de um redirecionamento do esforço punitivo-penal em direção dos *powerfull*, historicamente imunizados contra o direito penal. No caso da intensificação repressiva da violência de gênero não há como identificar o mesmo movimento expansivo, visto que tal violência não se subsume no conceito clássico de delinquência dos poderosos *stricto sensu*, assim entendidos como aqueles que detém poder econômico ou político, trata-se, em realidade, de violência derivada de um desequilíbrio histórico de poder em relações microfísicas no sentido foucaultiano, inserindo-se no *direito penal dos vulneráveis*.

Assume-se, porém o entendimento de que em se tratando da tipificação do feminicídio tal expansão é mais aparente do que real, visto que enfrenta uma realidade ontológica histórico-primitiva, não se tratando das novas tipificações sobre bens jurídicos *desmaterializados* próprios da modernidade industrial ou da sociedade de risco securitário. As características gerais da expansão hodierna do direito penal – criminalidade econômica, dos poderosos, novos riscos coletivos da sociedade tecnológica – não são identificáveis com a violência de gênero que não tem sua origem na contemporaneidade, mas em um passado histórico fortemente ainda arraigado na consciência contemporânea.

Tampouco, à vista das estatísticas se pode afirmar que a tipificação da qualificadora tenha resultado apenas de uma hiper-realidade construída virtualmente pelo desempenho da imprensa ou das redes sociais, tal como referido neste artigo em relação a vários aspectos da insegurança que alimenta a produção legislativa expansionista. O desenvolvimento histórico antes sintetizado denota que a violência de gênero é concreta, extensa no tempo e no espaço, e largamente debatida na comunidade internacional em tempos modernos. Em face da sua verificação empírica, não constitui apenas um tema potencializado pela exaustão informativa, mas uma realidade tangível, que condiciona todo um quadro de violência histórica, outrora ocultado no campo obscuro do direito penal, donde resultou sua aparente inexpressão.

Tratando-se do bem jurídico com maior densidade axiológica – a vida humana – o que se constata é uma mudança de atitude do direito penal, que transita lentamente desde a complacência e a impunidade até a efetiva punição do feminicida. Assim, com relação à qualificação penal do feminicídio não se trata de expansão, mas de uma substituição de *locus*, com a conseqüente migração do



feminicídio, desde as teses permissivas até a mais acentuadamente punitiva. Ele, porém, o feminicídio é uma realidade antropológica primeva, que se transfere dos textos de sociologia para os textos legais, agora com um *nomen juris* e com uma elevação de sua dignidade penal, a ponto de compensar o desequilíbrio histórico que tanto facilitou a violência máxima contra a vida da mulher.

Referências:

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 15ª Tiragem, 1992

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./maio 2015.

ELUF, Luíza Nagib. **A Paixão no Banco dos Réus**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, ano 2007.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, ano 2005

FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. **Violência de gênero e Direito Penal: análise da racionalidade da tipificação do feminicídio no Brasil**. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 241272, jan./jun. 2016.

MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a Luta pela Modernização e Expansão do Direito Penal e para a Crítica do Discurso de Resistência**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, ano 2005.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – Lei 11.340/06 – Análise Crítica e Sistêmica**. 3ª Ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, ano 2014.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Política Criminal na Encruzilhada**. Trad. de André Luís Callegari. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. Ano 2015.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ano 2004.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015 – Homicídios de Mulheres no Brasil**. 1ª Ed. Brasília, DF, 2015. Disponível em www.mapadaviolencia.org.br.



III COLÓQUIO DE ÉTICA,
FILOSOFIA POLÍTICA E DIREITO



2016