

Feminicídio à luz da teoria racional-finalista de Roxin: concretização de direitos fundamentais ou legislação simbólica

Femicide in light of Roxin's rational-finalist theory: realization of fundamental rights or symbolic legislation

Artur Cortez Bonifácio¹

Rodrigo Cavalcanti²

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito de analisar de forma objetiva e concisa a introdução do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, passando por uma discussão sobre o papel da criminologia, sua evolução - especialmente no tratamento à mulher -, passando então a verificar a necessidade de incidência do direito penal à luz da teoria racional-finalista de Roxin e, por fim, se tal lei de fato traduz a concretização de direitos fundamentais da mulher, ou se seria uma legislação simbólica, vazia e sem eficácia. A pesquisa tem caráter qualitativo, baseando-se as reflexões aqui propostas em levantamento bibliográfico, com consulta a artigos e obras de referência.

Palavras chave: Feminicídio. Criminologia. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This paper aims to analyze objectively and concisely the introduction of femicide in the Brazilian legal system, going through a discussion about the role of criminology, its evolution especially in the treatment of women, and then verifying the need for incidence of the law. criminal law in the light of Roxin's finalist rational theory, and finally, whether such a law actually translates the realization of women's fundamental rights, or whether it would be a symbolic legislation, empty and ineffective. The research has a qualitative character, based on the reflections proposed here in a bibliographic survey, with consult to articles and reference works.

Keywords: Femicide. Criminology. Fundamental Rights.

1. Introdução

Vivenciamos em nossa sociedade uma escalada da violência criminal e, dentre tantos tipos de criminalidades, este trabalho pretende analisar, do

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa, Portugal. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). Professor da graduação e mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

² Mestrando em Direito Constitucional pela UFRN. Possui graduação em direito pela Universidade Potiguar. Advogado.

ponto de vista criminológico e Constitucional, em que se fundamenta a lei que criou a figura tipificada do feminicídio, mais precisamente acrescentando-o como uma qualificadora do crime de homicídio.

Será verificado se é norma jurídica necessária do ponto de vista do garantismo penal e da teoria racional-finalista de Roxin de proteção ao bem jurídico protegido constitucionalmente, se de fato concretiza um direito fundamental de proteção à mulher dentro do princípio da dignidade da pessoa humana ou se é uma faceta da legislação-álibi denominada por Marcelo Neves em seu livro “A constitucionalização simbólica e o simbolismo das normas” (2007).

O presente artigo científico propõe ainda uma análise conjuntiva de tais aspectos que permeiam e influenciam a atividade legislativa de trazer ao mundo jurídico tal norma de natureza penal, desde a concepção da criminologia geral como ciência autônoma ao direito penal, até a chamada criminologia feminista, passando pela análise da criminologia moderna e suas críticas acerca da necessidade de interferência e criação de um tipo penal para proteção da vítima mulher de um crime de homicídio motivado pelo critério de sua condição de sexo feminino, além de verificar, em seu sentido dogmático, a utilização prática desta tipificação em relação aos tipos penais já existentes e as dificuldades pragmáticas de sua imputação.

Por evidente que não se tem a pretensão de esgotar todos os assuntos interligados à temática; porém, tem-se o cuidado de tentar levar a ideia de evolução de um braço do direito penal que é a criminologia para tentar explicar fenômenos sociais como a vitimização da mulher, a necessidade de autodeterminação, proteção significativa e uma legislação específica penal no contexto da violência no âmbito doméstico que acarreta a tipificação do feminicídio.

Dentre outros aspectos que devem ser levados em consideração para o presente estudo é que, além do contexto social e histórico que leva à discussão acerca da necessidade ou não da legislação penal em defesa da

mulher, como um bem jurídico protegido constitucionalmente, estão também presentes outras questões e influências ligadas à contemporaneidade, como a mídia, as redes sociais, os movimentos sociais e um evidente fortalecimento do feminismo, especialmente após a segunda metade do século XX, enquanto movimento atuante no pensamento e na cientificidade para concretização da correção de distorções históricas de uma sociedade cujo ordenamento jurídico e atuação social sempre foram galgados no patriarcado e na impotência da mulher, seja para criminalizá-la, seja para vitimizá-la.

Assim, o presente estudo busca uma organização coerente com a finalidade da pesquisa, sendo dividido em três partes que buscam entre si uma interligação importante para abranger a problemática envolvida, possuindo como método de pesquisa a busca e análise bibliográfica sobre o tema, fazendo uma leitura não apenas interpretativa e semântica dos textos, mas tentando conectar as ideias de forma tal que possa extrair ao leitor não uma síntese de revisão bibliográfica, mas uma visão conjuntiva de aspectos de natureza social, constitucional, criminológica e penal sobre o tema.

Atendendo ao atual estágio da metodologia da investigação, e da leitura de livros como o de Salo de Carvalho, “Como (não) se faz um trabalho de conclusão” (2012), este trabalho buscará não recair em erros e problemáticas que não aderem ao conceito de investigação e que apenas reproduzem formatos de leitura cansativa, mal do qual padece boa parte dos textos emanados das ciências jurídicas.

Assim, a primeira parte traz uma análise necessária do contexto da criminologia atual, mostrando de forma sintética sua evolução e se fixando nos pontos cruciais para seu fim, que seria a análise pontual da criminologia crítica contemporânea e em especial a criminologia feminista, buscando verificar o papel da mulher como agente criminosa ou vítima dentro do contexto punitivo e de proteção que a lei penal pretende, além de verificar se de fato a mulher necessita de legislações especiais de proteção,

especialmente advindas do ramo do direito penal em seu viés minimalista mas concretizador de normas constitucionais e direitos fundamentais.

A segunda parte tratará do contexto de constitucionalidade da norma do feminicídio não do ponto de vista de uma análise kelseniana de premissas ou validade dentro de um sistema hermético, mas do ponto de vista da teoria racional finalista de Roxin, que trata da incidência do direito penal mínimo e sobre riscos intoleráveis à sociedade, assim como da hermenêutica constitucional atual, que busca não só a interpretação do texto da norma, mas de seu sentido dentro de todos os aspectos sociais, históricos, econômicos e seus princípios.

A partir daí, esclarecer se esta nova tipologia penal serve para concretizar direitos fundamentais, como no caso da dignidade da pessoa humana, ou se se consubstancia no que Marcelo Neves denominou de constitucionalização simbólica, com as chamadas legislações-álibis, nas quais o Estado legislador emana normas de conteúdo normativo vazio e sem amparo na determinação constitucional, apenas como meio de esquivar-se de tal responsabilidade, apoiando-se tão somente na opinião pública e pressões externas.

Por fim, a última parte busca a análise dogmática da utilização da norma em nosso já expandido Direito Penal, como mais uma qualificadora atribuída ao crime de homicídio, em análise conjuntiva a outras qualificadoras já existentes, tais como a do motivo torpe, as dificuldades de interpretação e aferição da qualificadora nos casos concretos, além de questionar, à luz da chamada legislação simbólica, se a lei do feminicídio não é apenas um discurso político fomentado pela pressão popular, mas sem eficácia jurídica social capaz de concretizar tais direitos fundamentais, próprio da legislação simbólica.

Dessa perspectiva, parte-se para a análise da conjectura do papel do legislador e do juiz para aplicar a norma jurídica posta enquanto agentes de

controle de constitucionalidade das normas, e sua pertinência de acordo com a Constituição.

2. A criminologia e a necessidade de proteção à mulher pelo direito

Sem querer trazer uma leitura cansativa e descritiva de um olhar histórico cronológico congelado e desconforme com a realidade atual da criminologia enquanto ciência que se consolidou no tempo e na doutrina com sua própria carga de cientificidade, é importante delinear e analisar sua evolução de forma a perceber o papel da mulher em sua escalada rumo ao paradigma de uma pretensa necessidade legislativa atual de proteger a mulher em campos de atuação da norma jurídica, especialmente penal.

A criminologia então atua na seara da análise, estudo e percepção científica da criminalidade enquanto fenômeno verificável e até certo ponto explicável, com origem na idade média, cravada num âmbito de Estados absolutistas cujo direito penal – *lato sensu* – intervinha na resolução dos conflitos em sua máxima atuação, afirmando o poder do Estado de forma ilimitada e cujas penalidades, geralmente cruéis, indicavam o intuito do controle social através da pena e da prevenção geral.

E desde tal princípio da criminologia se identifica o papel da mulher neste ciclo de controle, no que foi chamado de primeiro discurso criminológico, o *Malleus Maleficarum* ou “Martelo das Feiticeiras” (KRAMER e SPRENGER, 2010), o qual estabelecia de logo uma relação das mulheres com a bruxaria, partindo de interpretações do Antigo Testamento, fazendo alusão a uma pretensa malícia, fraqueza física e mental, além da pouca fé das mulheres.

Observa-se que a alusão à mulher feita no sentido de adjetivá-la em dado contexto histórico medieval remete a uma condição não de sub-rogação ou inferioridade em si, mas de essência da maldade e de tudo que se deseja

combater pelo Estado, pela família e então pelo direito, não sendo uma mera coincidência a quantidade de mulheres mortas durante a Inquisição, acusadas de heresia ou bruxaria, em claro manifesto criminológico sobre elas enquanto “criminosas”.

Por sua vez, o iluminismo trouxe inovações substanciais do ponto de vista criminológico com o discurso agora inovador da centralização do humanismo como destino das normas e de defesa de limites ao poder de punir do Estado Absolutista, prestigiando a liberdade individual, dentro de um contexto de racionalidade humana, evitando intervenções arbitrárias do Estado, iniciando o período constitucionalista.

Contudo, mesmo sendo uma época marcada pela evolução dos discursos de igualdade, de direitos ligados à natureza humana e de uma pretensa igualdade, especialmente no que tange uma explosão de discussões acerca do direito penal, limites e penas, em verdade no contexto social a tratativa da mulher no âmbito jurídico ainda continuava em lacuna quando se tratava de direitos e garantias individuais, mas que continuava com o discurso opressor, pois a inclusão da mulher na Declaração de 1789 ainda se dá como relativa, “existindo apenas como filha, esposa e mãe. Figura secundária definida em relação ao homem, único verdadeiro sujeito de direito” (ARNAUD-DUC, 1990).

Essa evolução do discurso, mesmo que ainda não definitivo no sentido de proteção à mulher, coincide no momento histórico de queda do absolutismo, ascensão do positivismo e aparecimento dos Estados Constitucionais.

2.1. A criminologia moderna e a crítica à criminologia

A saída do Absolutismo para o período constitucionalista possibilitou, dentro do avanço do Iluminismo, o aprofundamento da criminologia, já que houve maior prestígio à ciência, chamada de criminologia moderna, que

passou então a tentar analisar a natureza criminal como sendo de origem etiológica.

Cesare Lombroso, ao escrever “O Homem Delinquente”, em 1876, trouxe tal inovação ao campo e finalidade do estudo e, após análise de criminosos presos e de corpos de criminosos mortos, teceu a teoria de que seria possível identificar as pessoas criminosas através de seus traços físicos e estigmas corporais, em que o indivíduo é pré-determinado à criminalidade, identificável por seu biotipo e marcas corporais.

Assim, a criminalidade passa a ser analisada do ponto de vista da individualidade e da marginalidade de certos indivíduos identificados com tais estereótipos, justificando ao Direito Penal sua interferência.

Já com relação às mulheres nesse contexto criminológico, Lombroso defende que as mesmas seriam fisiologicamente inertes e passivas e, portanto, mais obedientes à lei em relação aos homens, sendo, porém, consideradas amorais, inclinadas, se não diretamente à criminalidade, à prostituição, sendo a prostituta o melhor exemplo de delinquente feminina. Esse tratamento das mulheres como criminosas por essência, amorais e dissimuladas, acobertadas por sua beleza como fator determinante de suas tendências criminosas, culminam em explicações justificadoras de porque as mulheres seriam mais suscetíveis à prostituição.

Mesmo diante de uma chamada criminologia moderna, como não poderia deixar de ser, surgem as críticas à sua base teórica acerca do fenômeno criminológico e passa a ter uma análise social do delito, como com a teoria da *Labeling Approach* ou etiquetamento social, que defende ser a criminalidade proveniente não da etiologia ou do comportamento individual, mas de um contexto social e econômico mais amplo que culmina no exercício do poder punitivo sobre certos grupos rotulados para onde se direciona o Direito Penal, quando então “a prisão passa a ser a proposta para o controle das classes marginais, independentemente das camadas da população às

quais pode ser aplicada (pobres, vagabundos, prostitutas, criminosos)” (DEGIORGI, 2006, p. 41).

Percebe-se que até este momento não se verifica uma preocupação da criminologia em estudar a condição de vítima dos delitos, seja mulher ou mesmo homem, o que só vem ocorrer quando se identifica o interesse daqueles que foram atingidos por atos criminosos, dando espaço a outro ramo da criminologia, que seria a vitimologia.

Hans von Henting é considerado pai da vitimologia, tendo escrito em 1948 o livro *The criminal and his victim*, no qual defende a tese de que certos tipos de pessoas são mais propensas a serem vítima de crimes, pois se colocam em situação de risco por sua conduta ou condição, de maneira que, de certa forma, cada vítima teria sua parcela de culpa no crime.

A partir de tal teoria surge a teoria da estrutura de oportunidades, que defende que a vítima oportuniza ao criminoso sua conduta, de certa forma vindo a tecer discursos justificantes para certas práticas de crimes contra a mulher, em especial crimes de natureza sexual, o que não está muito distante do discurso atual que por vezes busca justificar o ato do criminoso pelo comportamento permissivo ou descuidado da vítima mulher.

Ora, mesmo dentro de uma clara evolução de conceitos e paradigmas de estudo sobre a criminologia e seus objetos, seja para análise do criminoso ou ainda da vítima em um contexto mais denso que a etiologia e o comportamento individual para questões mais amplas como o contexto social e econômico e a rotulação de certos grupos, vê-se que ainda assim, em todo esse andamento científico, não se consegue perceber o quão distante sempre esteve a figura da mulher e de sua construção histórica subserviente, o que denota uma falta de cuidado da justiça criminal com o feminino e a ausência de uma criminologia destinada à questão do feminino enquanto centro do estudo.

2.2. Criminologia feminista e o sistema de justiça criminal

Apenas na segunda metade do século XX se tenta corrigir essa perspectiva preponderadamente masculina sobre a presença da mulher no crime. Essa lacuna veio começar a ser preenchida nas décadas de 1960 e 1970, a partir de quando o feminino passou a figurar no centro de discussões e debates criminológicos, especialmente sobre fatores sociais que influenciam ou determinam a transgressão, não mais biológicos.

Especialmente a década 1970 é marcada por movimentos sociais de debates de lutas pelos direitos feministas, proporcionando o surgimento de uma criminologia própria crítica às concepções criminológicas tradicionais ligadas ao patriarcado.

Nas décadas seguintes, 1980 a 1990, o foco dessa criminologia passa a compreender a existência de consequências estruturais e dinâmicas da interação entre diferentes eixos de subordinação. Nessa ideia está contida a interseccionalidade, concepção que reconhece que sistemas de poder, tais como raça, classe e gênero não atuam sozinhos mas sim encontram-se inter-relacionados (OLIVEIRA, 2012).

Atualmente existem diversas perspectivas de estudos e discussões ligadas ao debate sobre as fontes das desigualdades de gênero e opressão das mulheres. Para Luciana Oliveira (2012, p. 14), citando Amanda Burgess-Proctor (2006), existem pelo menos cinco principais perspectivas feministas criminológicas desenvolvidas até o momento, para a análise e discussão de questões referentes à mulheres e criminalidade, sendo elas a *liberal*, *marxista*, *radical*, *socialista* e *pós-moderna*.

Sem a intenção de descrever cada uma dessas fontes criminológicas, cumpre salientar que o feminismo passou a interpretar a justiça criminal a partir de um viés macrossociológico em termos das categorias de patriarcado e gênero, dando ensejo ao questionamento de como essa justiça trata a mulher. E as conclusões às quais se chega são no sentido de que o sistema de justiça criminal é ineficaz para a proteção das mulheres contra a

violência, uma vez que não busca compreender a violência posta, não busca ouvir e entender a vítima, nem consegue entender as questões sociais atinentes às questões de gênero.

Interessante destacar que, para autoras como Andrade (1995), o sistema de justiça criminal não seria ineficaz apenas para proteção das mulheres, mas também resulta no aumento de violência contra as mesmas, uma vez que o controle social exercido implica na violência plurifacetada do sistema, seja a violência das relações sociais patriarcais, traduzidas na desigualdade de gênero, seja a violência das relações sociais capitalistas, culminando na desigualdade de classes.

Até mesmo o tratamento da mulher como vítima pelo sistema criminal traduz novas formas de violência, pois a obriga a reviver toda a questão da discriminação e humilhação, das quais o Direito Penal teria então a função de proteger e separar da sua convivência familiar e social.

Outrossim, cabe a discussão se a situação da mulher comporta e exige a proteção por meio da tutela do sistema jurídico criminal, estabelecendo parâmetro e regras de sua atuação de modo a concretizar uma correção histórica de desigualdade social patriarcal e capitalista, abarcando assim os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A percepção de que de fato historicamente, filosoficamente e socialmente a mulher teve seu papel diminuído na construção de toda uma sistemática constitucional, de modo que até mesmo a criminologia a tratou como criminosa por sua própria natureza, depois como detentora de comportamentos que ensejavam a criminalidade e sua vitimização, e agora com esta carga valorativa de concretização constitucional de direitos fundamentais como igualdade real e dignidade da pessoa humana, vê-se a necessidade de uma mudança no sistema de justiça criminal para que se atenda à real proteção à mulher em todos esses aspectos.

Entretanto, para se entender se tal mudança no sistema de justiça criminal perpassa necessariamente pela expansão punitivista com a criação

de tipos penais como o feminicídio, é imprescindível analisar se tal demanda atende à proteção a um bem jurídico previsto constitucionalmente contra riscos intoleráveis pela sociedade.

3. A legitimidade do Direito Penal para a inserção do feminicídio no ordenamento jurídico

Não é suficiente para a tratativa que se propõe nesse trabalho a análise apenas da criminologia enquanto fenômeno que determina uma necessidade de uma legislação penal inclusa ao sistema de justiça criminal, que busque a proteção à mulher enquanto vítima, pois tal afirmação por si só não concebe a legitimidade de que tal proteção seja de responsabilidade do Direito Penal.

Ressalte-se que o Direito Penal, em toda sua evolução histórica e científica enquanto braço de poder e de controle do Estado, trouxe consigo uma necessidade de limitar-se e efetivar-se de modo tal a justificar sua incidência, o que se traduz a partir da criminologia moderna e contemporânea, que determinaram que o Direito Penal deveria ser a *ultima ratio*, traduzindo a fragmentariedade do Direito e o Direito Penal minimalista.

No entanto, a percepção hodierna é de que o Direito Penal está em clara expansão, com teorias expansionistas ligadas ao chamado Direito Penal do inimigo, e sofrendo o Poder Legislativo e até o Judiciário influências externas como da mídia, das redes sociais e dos próprios movimentos sociais, que culminam na inserção de mais tipos penais e na determinação de mais penas, como que se o Direito Penal fosse a resposta e o meio necessário ao controle do que Roxin chamou de violência subjetiva.

E é justamente à luz da Teoria do Sistema Racional-finalista de Roxin que se determina a análise nesta parte do artigo, para que se verifique se o contexto de violência da mulher enquanto vítima de homicídio motivado pelo

gênero possui um bem jurídico que está sendo atingido por meios intoleráveis que justifiquem a incidência do Direito Penal, ou se tal inserção seria apenas uma legislação-álibi, como conceituada por Marcelo Neves.

3.1. Teoria do sistema racional-final de Roxin e a política criminal de riscos para proteção do bem jurídico

A teoria sustentada por Roxin baseia-se em duas premissas, quais sejam, o Direito Penal como instrumento de proteção dos riscos chamados intoleráveis para a convivência de determinada sociedade e a punição como resposta ao rompimento dessa proteção.

De toda maneira, Roxin (2000, p. 179) entende que o Direito Penal não deve ser banalizado ou utilizado indistintamente e de forma expansiva, mas tão somente quando atingir bens jurídicos protegidos constitucionalmente e quando a conduta que se deseja punir diga respeito a riscos intoleráveis.

O autor não vai tratar especificamente quais riscos intoleráveis seriam esses, deixando isso a cargo do legislador, o qual, diante de seu poder-dever de emitir normas jurídicas que contenham e atendam aos ditames constitucionais, protege bens jurídicos constitucionalmente previstos.

O problema reside justamente aí, ou seja, os critérios e influências que determinem para a sociedade hodierna quais seriam esses bens jurídicos e, principalmente, quais seriam os riscos intoleráveis dentro de uma sociedade cada vez menos tolerante e ávida por punição como meio de combate à violência subjetiva que exsurge da opinião pública, por exemplo.

É a partir desse ideário que surgem teorias como a do Direito Penal do inimigo, baseada em uma pretensa guerra ao crime, justificando não só a expansão do Direito Penal, mas perigosamente fundamentando diminuição de liberdades civis, flexibilização de garantias e hiperpunitivismo.

Frise-se, então, que Roxin (1997, p. 65) claramente defende a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal, cujo fundamento baseado nessa perspectiva de proteger ante riscos intoleráveis ainda deve propor que a inserção de novos tipos penais ou de reprovabilidades deve conter a primazia da finalidade da pena, que seria justamente a de prevenir, ou seja, não seria a punição apenas para retribuir.

O problema a partir dessa concepção seria então seria estabelecer ao intérprete da norma, e principalmente ao legislador, quais seriam os bens jurídicos a ser protegidos e principalmente quais seriam os riscos intoleráveis, de maneira tal que se necessitasse do Direito Penal para atingimento da pacificação social.

E não há como separar a teoria de uma análise puramente constitucional e social desta aferição dos riscos intoleráveis, das influências sociais, culturais e de opinião pública *lato sensu* – não a defendida por Habermas (2004) quando trata de comunicatividade para a legitimação constitucional da norma jurídica, mas a opinião pública a partir do senso comum, das interações midiáticas e de pressões que por vezes determinam a emissão de normas puramente simbólicas.

3.2. Femicídio como risco intolerável para interferência do Direito Penal

No campo da proteção ao bem jurídico a ser tutelado para fins de identificação do risco e de sua tolerância para a interferência do Direito Penal, muito importante contextualizar o fato tratado na primeira parte deste trabalho, de que historicamente se percebe o tratamento desigual dado à mulher no que pertine sua criminalização e ainda sua vitimização, tornando sua proteção não só a proteção da vida do ser humano, mas também a proteção à igualdade real e à dignidade da pessoa humana.

Como defendido na criminologia crítica atual e em pesquisas mais especializadas sobre a criminologia feminista, a inserção da tipificação do feminicídio, ainda enquanto qualificadora no crime de homicídio, aponta para uma análise se de fato o legislador, afetado ou não pelo discurso político, tenta traduzir um anseio social dotado de proteção a um risco intolerável que seria a morte de mulheres devido sua condição de gênero, protegendo além da vida das mesmas, os princípios constitucionais como a isonomia e a dignidade da pessoa humana, e mais, se tal ato condiz com a fragmentariedade do Direito, não sendo possível de proteger por outros meios de políticas públicas que não a criminal.

No campo das garantias constitucionais destaca-se Ferrajoli (2005, p. 99), no sentido de defender essa perspectiva de que o poder constituinte, seja ele originário ou derivado, como no caso do próprio legislador que interpreta a demanda social e emite normas jurídicas, deve sempre observar e buscar atender os direitos fundamentais.

Não resta dúvida, portanto, que a mulher possui o direito à proteção por sua condição de gênero como questão de atendimento aos direitos e garantias fundamentais, especialmente no que tange a problemática atual do chamado feminicídio, no qual há um fenômeno criminológico ligado diretamente a uma situação bem mais abrangente que a proteção à vida humana, mas ao próprio cumprimento da concretização das normas constitucionais como o atendimento à dignidade da pessoa humana.

A vida da mulher passa a ser um bem jurídico próprio, agregado ao bem já protegido vida do ser humano, possuindo no entanto, característica e exigibilidade próprias enquanto um bem protegido no contexto da consecução da igualdade e atingimento da dignidade humana como destino das normas jurídicas.

Com isso ultrapassa-se mais um questionamento acerca da possibilidade de se legislar em direito penal para proteção de um bem

jurídico cujos riscos são intoleráveis à nossa sociedade que seria o fato de justificar uma morte humana por uma questão de gênero.

Necessário agora analisar de que forma o feminicídio ingressou no ordenamento jurídico brasileiro e as possíveis consequências penais e de concretização das garantias individuais, além das críticas feitas a esta positivação, além da questão do simbologismo ou concretude da norma.

4. Feminicídio como norma jurídica penal – entre a concretização de direitos fundamentais e a legislação-álibi (simbólica)

Em março de 2015 entrou em vigor a Lei nº 13.104/15, a qual inseriu no rol das qualificadoras do crime de homicídio a figura do feminicídio, que seria, conforme o texto normativo, matar “mulher por razões da condição de sexo feminino”, apesar do projeto de lei tratar de “condição de gênero”, cuja abrangência normativa seria ainda maior no contexto de gênero no estado democrático de Direito.

Cumpram aqui destacar, mas sem adentrar de modo profundo à dogmática penal de aplicação e conceitos dos institutos do crime de homicídio e suas qualificadoras, que a inclusão do feminicídio aumentou o rol do parágrafo segundo do art. 121 do Código Penal Brasileiro, que agora passa a ter a previsão legal de seis circunstâncias que qualificam o crime, ou seja, alteram a pena base do tipo penal posto como matriz, tornando-o mais grave.

O crime de homicídio, por sua própria dicção, é o ato de matar alguém, necessariamente um ser humano, cuja pena base inicial seria de 6 (seis) a 20 (vinte) anos; entretanto, caso o agente cometa tal delito impellido ou através das circunstâncias que qualificam o delito, dentre elas, o motivo torpe, motivo fútil, por meio que impossibilitou a defesa da vítima, por meio insidioso ou cruel, para ocultar o crime ou contra agente de segurança, e

agora pelo fato ou em razão do sexo feminino, passa o crime a ter uma pena base de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Passa então o Direito Penal a agir de forma mais punitivista contra o agente que cometer um crime contra uma mulher movido pelo motivo e em razão de seu sexo, tendo o Brasil, no entanto, dificuldades pragmáticas de cumprir o *mens legislatoris*.

4.1. Femicídio à luz do feminismo e o pragmatismo da norma

Toda a construção do presente trabalho perpassa pelo contexto social, histórico e uma abordagem crítica criminológica, sendo necessário neste momento perceber que a tipificação em si do feminicídio é uma faceta social que demonstra a presença e a força do movimento feminista, não apenas enquanto um empoderamento da presença da mulher em todas as esferas de poder, mas também como alvo de proteção legislativa na veia mais poderosa do Estado que é o Direito Penal.

Essa constatação de cunho social se torna importante para que o legislador perceba a afirmação textual da norma penal como concretizadora desse direito à proteção, cujo feminicídio não seria um tipo penal isolado, mas construído dentro de uma estrutura patriarcal e que determina que: “a inclusão do feminicídio em nossa legislação aponta subliminarmente para a necessidade de que a vítima deixe de ser julgada, em juízo e fora dele, e que medidas efetivas sejam adotadas para prevenir a violência contra a mulher” (MENDES, 2017, p. 216).

O feminicídio, desse ponto de vista, teria não só a função de qualificar o crime e punir mais severamente o agressor, mas de traduzir e concretizar essa preocupação do legislador em de fato mostrar a proteção direta à mulher, especialmente dentro do âmbito familiar.

Assim, cabe ao julgador, no caso ao conselho de sentença no tribunal do júri, analisar o caso concreto e perceber a diferença entre feminicídio e

femicídio, sendo aquele intrínseco ao motivo ensejador da morte da mulher, como traço da coleta e do reflexo social patriarcal, embasado na depreciação e humilhação feminina, muitas vezes consequente já de um histórico de violência doméstica através dos vários tipos de violência abarcados, por exemplo, na Lei “Maria da Penha”, tais como a violência física, patrimonial e psicológica.

A punibilidade aumentada na pena base traz consigo uma afirmação de que o bem jurídico resguardado pela lei penal não é só a vida da mulher, mas o fato do agente criminoso ter agido de modo a atingir este bem maior que seria a vida da mulher, conjuntamente à dignidade da pessoa humana, com uma morte cheia de significados, de um histórico de violência e humilhações.

Ademais, a qualificação do crime de homicídio denota a relevância da matéria para o mais valioso bem jurídico protegido pela Constituição, que é a vida, agravando-se a situação não simplesmente se a morte for de uma mulher, mas se o motivo for sua condição feminina.

Isso possui um alto grau de representatividade se for realizada uma interpretação da norma constitucional à luz de seu sentido, como defendido por Lênio Streck (2005, p. 525), de que a norma constitucional está além da interpretação formal do texto, mas em seus princípios e na concretização dos direitos fundamentais, tendo a norma jurídica papel balizador, mas não limitador do intérprete.

4.2. Críticas ao feminicídio e a legislação simbólica

Ocorre que, apesar das justificativas acima expostas, a inclusão do feminicídio em nosso ordenamento jurídico penal não é apoiada de forma uníssona, possuindo críticas que incidem não só em sua contextualização constitucional de inexistência de justificção para um novo bem jurídico a ser protegido - já que seria a vida do ser humano -, mas principalmente

sobre o fato de que, em tese, a norma seria desnecessária, uma vez que, como qualificadora do crime de homicídio, a mesma recairia apenas em idêntica previsão já existente no próprio rol de qualificadoras que seria o motivo torpe.

Ora, se o motivo torpe é entendido como aquela motivação que traz repúdio e aversão à sociedade, tal como disposto na jurisprudência e doutrina, o que seria então um crime motivado por uma questão em razão apenas do sexo feminino, como meio de dominação e humilhação?

Para a crítica, numa sociedade que se diz fundada num estado democrático de Direito, que fomenta e busca a igualdade e a justiça social, certamente a morte de alguém por tal motivação nada mais é que um motivo torpe e, portanto, já previsto no texto legal muito antes da norma do feminicídio entrar em vigor. Constitui-se, então, em uma norma sem aplicabilidade diferenciada para o fim a que se propõe, ou ainda numa norma evidentemente e tão somente simbólica, ou *álibi*, como chamada por Marcelo Neves em sua obra “Constituição Simbólica”, quando a norma tem mais valor político-valorativo do que sentido normativo jurídico.

Dentre os objetivos da legislação-*álibi* trazidos por Marcelo Neves, está o de fortificar a confiança dos cidadãos no governo sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas (NEVES, 2007, p. 39). A legislação-*álibi* seria, então, uma forma de manipulação que isenta o poder político mediante a opinião pública *lato sensu* contra outras alternativas concernentes às políticas públicas, por exemplo, ou mesmo à aplicação das normas constitucionais já existentes.

Ademais, alinhe-se a tal afirmação o fato de que existe a pressão de uma insatisfação popular contra determinado ato ou incidente de certa criminalidade, como no caso em análise, a violência contra a vida da mulher. População, mídia e outros meios de movimento exigem soluções imediatas, geralmente alcançáveis do ponto de vista de ato emanado do Poder Legislativo, através de leis, as quais no âmbito penal têm um apoio em

crescimento destes segmentos sociais, trazendo uma sensação de dever cumprido ao legislador, que aponta no Direito Penal a solução para o controle social e a harmonização da sociedade, sem se preocupar com a eficácia e concretização da norma.

Conclui-se, no entendimento de Neves (2007, p. 119), que a legislação-álibi tem dois sentidos, quais sejam: afastar as pressões políticas do Estado, isolando dessa pressão os legisladores, apartando-os desses cidadãos que exigem uma solução imediata para o problema e, acima de tudo, colocar o Estado como um ente que atende aos anseios sociais mais urgentes.

A legislação-álibi seria então, na teoria comunicativa de Habermas (2004, p. 124), o que ele chama de agir estratégico, uma vez que não atende à comunicatividade exigida ao poder político em relação à opinião pública em *stricto sensu*, obtida através do diálogo, audiências públicas, enfim, meios que possam de fato extrair da norma não só um texto legal que traduza anseios sociais de pressão, imediatistas, mas traga a normatividade da concretização do intuito normativo.

Desta forma, a crítica que merece análise sobre o feminicídio é justamente se tal lei não é apenas um meio do poder político atender a uma pressão popular, sem efeito ou eficácia normativa real, tornando-se o que Marcelo Neves chamou de legislação simbólica ou álibi, já que no campo da praticidade não possui efeito algum, equiparando-se ao motivo torpe, se tornando apenas parte do agir estratégico do legislador.

5. Considerações finais

De todo o trabalho, na forma exposta, não restam dúvidas de que historicamente, filosoficamente e culturalmente a mulher foi e é vítima de grave carga discriminatória, contada desde o ponto de vista sociológico quanto do Direito, o que fora alvo da análise do ponto de vista da

criminologia, em toda uma evolução que mostrou o tratamento dado à mulher, seja do ponto de vista como criminosa ou vítima.

De tal análise extrai-se, além da percepção dessa discriminação, uma necessidade de tratamento diferenciado do Direito em relação à sociedade patriarcal e capitalista que a tornou tão desigual e humilhada, desde quando tratada enquanto bruxa e criminosa por sua própria natureza, passando pela dicção de que sua condição de vítima de crimes, especialmente sexuais, seria causada por seu próprio comportamento, e chegando à contemporaneidade onde se constata uma incidência enorme de crimes cometidos contra a mulher pelo fato de seu gênero sexual.

Portanto, não se tergiversa em entender que à mulher é cabível e necessário o tratamento diferenciado da lei penal e do sistema de justiça criminal para se conseguir alcançar a pretensa igualdade cravada em nossa Constituição.

Em seguida vê-se que, à luz de Roxin e de sua teoria racional finalista de proteção de bens jurídicos protegidos constitucionalmente, a mulher tem direito à proteção estabelecido por direitos e garantias fundamentais defendidos por Ferrajoli, atendendo e concretizando, assim, direitos fundamentais como o da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Já com relação à incidência do Direito Penal, que para Roxin deve ser mínimo e cuja punição não deve existir apenas para retribuir, mas para prevenir a ocorrência de novos delitos, deve-se ater ao fato da fragmentariedade do Direito e se o risco que se deseja proteger é de fato intolerável para a sociedade hodierna, baseada no Estado de Direito Constitucional e democrático que anseia concretizar direitos fundamentais.

Apesar da Constituição e de nossa legislação penal prever a vida do ser humano indistintamente como bem jurídico protegido, a proteção do ser humano mulher merece e necessita de tratamento diferenciado do Direito Penal, uma vez que o risco sobre sua vida motivado pelo critério de gênero não se equipara à morte de pessoas do sexo masculino e mais, não possuem

os demais ramos do Direito meios de proteger a vida da mulher contra um tal risco intolerável.

Por fim, dentro da constatação de necessidade dessa legislação penal diferenciada, verificou-se então a incidência normativa da Lei nº 13.104/2015, que introduziu no ordenamento jurídico penal brasileiro a figura do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, suas consequências dogmáticas e pragmáticas, mas acima de tudo se analisou as críticas feitas a tal instituto e sua normatividade.

Percebe-se claramente que o feminicídio, em termos pragmáticos, tem mesmo incidência, até menos abrangente, que a qualificadora do motivo torpe, já existente em nosso ordenamento, uma vez que a torpeza se caracteriza exatamente pelo repúdio à motivação dada ao crime que seja intolerável a uma sociedade igualitária e que protege de fato e de direito a mulher.

Ademais, no que pertine a discussão acerca da legislação simbólica, como sendo um reflexo legislativo às pressões externas e sem o real diálogo com a opinião pública para emanção de normas capazes de concretizar normas constitucionais e pacificação social, tem-se que o feminicídio possui o viés de decisão política que visa a solução imediata de problemas trazidos por anseios e pressões sociais, como forma de se abster de responsabilidades de políticas públicas reais e capazes de evitar a incidência do Direito Penal.

Entretanto, ao meu ver, todo o contexto histórico, cultural e social caracterizado pelo patriarcado e o capitalismo que segregaram direitos e humilharam as mulheres por tanto tempo, assim como a insistência criminológica da violência contra a mulher de forma gradual, destrutiva e mortal dentro de seu seio familiar, denotam não só a necessidade de políticas públicas voltadas à isonomia e à dignidade da pessoa humana, mas também medidas afirmativas do Direito Penal para proteger a mulher deste crime.

O feminicídio, mesmo sendo torpe por sua motivação, precisa de um texto normativo específico para mostrar de forma clara e concisa à sociedade a preocupação do legislador em de fato proteger a mulher, não sendo, portanto, uma chamada “norma simbólica” desde que e somente se o Estado traduzir e aplicar ao caso concreto sua dicção, e não se tornar apenas mais um discurso vazio expresso em uma legislação-álibi.

Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: **Revista Sequência**, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, n. 30, ano 16, p. 24-36, junho de 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em: 2 mar. 2020.
- ARNAUD-DUC, Nicolle. As contradições do direito. In: PERROT, M; DUBY, G. (org). **História das mulheres no ocidente. V. 4. O século XIX**. Porto: Afrontamento, 1990, p. 97-137.
- CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2010.
- LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2013.
- MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista – Novos paradigmas**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica e o simbolismo das normas**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OLIVEIRA, Luciana Maria Ribeiro de. **Crime é “coisa de mulher”**: identidades de gênero e identificações com a prática de crimes em posição de liderança entre mulheres jovens na cidade de Recife/PE. 200 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Antropologia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10216>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro, 2000.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General: Fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Madri: Civitas, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Direito Constitucional Contemporâneo – Ontem os códigos; hoje, as Constituições: O papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.



618

Artigo recebido em: 29/04/2020.

Aceito para publicação em: 20/04/2021.