XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

FERNANDO ANTÔNIO DE VASCONCELOS

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Antônio De Vasconcelos; Gustavo Noronha de Avila; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-435-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. 4. Exclusão Social. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No dia 20 de Julho deste ano, tivemos a oportunidade de coordenar os trabalhos deste grupo, em uma tarde ensolarada no Planalto Central. Podemos dizer que foi traçado verdadeiro panorama das discussões mais relevantes, no campo da ciência criminal, em nosso país.

Não apenas foram apresentados contundentes interrogantes ao incremento dos sufocamentos às liberdades, como também tivemos trabalhos com perfil bastante propositivo. Esta é uma qualidade indispensável em tempos onde a academia é chamada para, cada vez mais e melhor, equacionar teoria e prática.

Existe a discussão de temas emergentes como o depoimento especial, audiência de custódia, colaboração premiada, novas configurações da justa causa para a ação penal, controle de convencionalidade e o crime de desacato.

Também foram tratadas questões persistentes como o risco sociológico e os seus impactos dogmáticos, os critérios de aplicação do princípio da insignificância, a tutela penal do meio ambiente e do consumidor, o populismo punitivo, o crime político e a extradição, a criminalidade econômica, a exclusão social e seu papel no processo penal, além das demandas feministas em relação ao sistema punitivo e os gravíssimos problemas quanto ao sistema carcerário brasileiro.

A qualidade dos textos apresentados nos traz esperança de que o atual quadro político-criminal, cada vez mais voltado ao aumento quantitativo e qualitativo das punições, possa ser revertido. Espaços de resistência estão sendo construídos e este fenômeno, revelam as nossas discussões, é de abrangência nacional e, principalmente, perene.

Por esses motivos, os artigos apresentados a este Grupo de Trabalho constituem importantíssimas ferramentas para a conclusão de um incompleto processo de conformidade constitucional de nossas normas (processuais) penais.

Desejamos a você uma excelente leitura e que este seja apenas o ponto de partida dos qualificados debates que seguirão.

Brasília, 20 de Julho de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC)

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos (UFPB/Unipê)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (Unicesumar/UEM)

FEMINISMOS E ESQUERDA PUNITIVA: UMA CONTRIBUIÇÃO FEMINISTA E GARANTISTA AO DEBATE

FEMINISMS AND PUNITIVE LEFT: A FEMINIST AND GUARANTOR CONTRIBUTION TO THE DEBATE

Soraia da Rosa Mendes [1]

Resumo

Este ensaio é a compilação de estudos que vêm sendo desenvolvidos há vários anos a respeito dos direitos fundamentais das mulheres, em especial, o direito à proteção correspondente a uma vida livre de violência. Com o objetivo de responder críticas lançadas sobre as demandas feministas que reivindicam a ação estatal mediante o sistema penal, o artigo não pretende ser o início ou, menos ainda, um ponto final, mas uma contribuição a um debate em aberto no campo das Ciências Criminais sobre feminismo(s) e política criminal no Brasil.

Palavras-chave: Política criminal, Feminismos, Direitos fundamentais, Femicídio, Etiquetamento

Abstract/Resumen/Résumé

This essay is the compilation of studies that have been developed for several years on the fundamental rights of women, especially the right to protection corresponding to a life free of violence. In order to respond to critiques of feminist demands for state action through the criminal system, the article is not intended to be the beginning, or even less, a final point, but a contribution to an open debate in the field of Criminal Sciences On feminism (s) and criminal policy in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal politics, Feminisms, Fundamental rights, Femicide, Labeling

[1] Pós-Doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas, UFRJ Doutora em Direito, Estado e Constituição, UnB. Mestre em Ciência Política, UFRGS. Professora FESMPDFT e UniCEUB – Brasília/DF.

1. INTRODUÇÃO

> *"No dia em que a notícia do assassínio de uma mulher, em vez de esmiuçar os antecedentes quasi (sic) sempre desfigurados da sua vida íntima, constituir-se, apenas, um libelo desassombrado contra a covardia da besta humana que se revelou no crime, os homicídios passionais decrecerão (sic) de noventa por cento. (...) Será lindo que o mundo saiba que temos poetisas, declamadoras, cientistas, escultoras, pianistas, engenheiras, professoras, médicas, advogadas, e, em futuro não muito distante, até constituintes. Mas seria infinitamente mais nobre que se lhe pudesse dizer que a mulher, entre nós, mesmo quando não declame, nem pinte, nem toque, nem trabalhe, nem vote, tem, ao menos, o direito rudimentarissimo (sic) de viver..."*

O texto que afixei em epígrafe, revelador de uma surpreendente e infeliz realidade ainda atual, está publicado na obra *O Amor e a Responsabilidade Criminal* de Roberto Lyra, em um capítulo intitulado *Crimes Passionais*, e escrito há quase noventa anos, precisamente em 28 de abril de 1931. O "rudimentar direito de viver" ainda não é garantido às mulheres, mesmo que já de muito tempo votemos, sejamos constituintes, e que até uma mulher já tenha sido eleita presidenta de nosso país. Por outro lado, é também aterradora a atualidade da denúncia de Lyra ao abordar o julgamento moral a que a mulher, vítima do crime, é submetida no contexto de pretensos crimes passionais.

Ainda olhando para o tanto que já foi dito e escrito sobre isso, lembro que há trinta anos, no seminal trabalho *Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais*, a antropóloga Mariza Corrêa (1983) buscou entender como nossa sociedade define as mulheres; delimita o lugar que lhes cabe na estrutura social; e que tipo de exclusão social e sexual é produzida pelas práticas jurídicas. A pesquisadora analisou processos de homicídios "passionais" ocorridos em Campinas nas décadas de 50 e 60 e, com esta análise, constatou a forma com a qual o Poder Judiciário atuava em tais delitos.

Segundo Corrêa, era analisada a conduta moral masculina e feminina em detrimento da análise específica do fato delituoso. E eis aí o ponto no qual Roberto Lyra tocava, e que me inspira a buscar o porquê de insistirmos em falar em

passionalidade e não em violência de gênero quando a vida de uma mulher é ceifada por seu marido, ou ex-marido, companheiro, namorado, ou ex-namorado, ou mesmo um pretendente repelido.

Não pretendo adentrar os meandros da diferença entre amor e paixão, que me parece muito mais dada a psicólogos/as ou pesquisadores da área. Mas me cabe como jurista buscar compreender por que a conduta criminosa do homem que agride e mata "sua" mulher ainda pode ser tomada pela sociedade, e não raro pelo Judiciário, como signo de um amor irracional. Uma forma de compreender que tem sido revista, é fato, mas que ainda está distante de ser completamente superada.

Penso que a inclusão do feminicídio entre nós tenha sido um bom elemento incluído no debate a respeito dos rótulos lançados não só sobre mulheres vítimas de violência e as "razões" de crimes de morte de que são alvo, mas também do próprio movimento feminista na medida em que reivindica essa positivação.

De início, contudo, cabe ao leitor/a, um alerta: as linhas que seguem estão pautadas na assunção de que as crenças e os comportamentos culturais das pesquisadoras feministas modelam os resultados de suas análises, na medida em que somos seres políticos, históricos e culturalmente situados; o que em nada desmerece epistemológica e/ou metodologicamente o que pesquisamos e as conclusões a que chegamos.

Na linha do que afirma Sandra Harding (2002, p. 23), devemos evitar a posição 'objetivista', própria dos pesquisadores sexistas e androcêntricos, que manipulam as crenças e práticas do objeto de investigação para poder expô-lo ao mesmo tempo em pretendem ocultar suas próprias crenças e práticas culturais.

Partindo desta premissa, dentro da seara criminal, o rechaço às peculiaridades das diferenças de gênero tem como um de seus mais nefastos efeitos a sedimentação das desigualdades construídas historicamente entre mulheres e homens. Como bem diz Elaine Costa, a criminalidade feminina, tal como a violência doméstica, são alguns recortes que devem ser estudados à luz de tendências teóricas voltadas tanto para os aspectos estruturais quanto para as dimensões subjetivas que fazem do crime um fenômeno plural. Ou seja, é preciso levar em consideração que espaços como a família, por exemplo, quase sempre relegados como se fossem formas

menores de exercício do poder, precisam ser tomados desde uma outra mirada. Desconsiderar tais aspectos representa uma "grave ameaça à compreensão da dinâmica da própria criminalidade e tende a agravar a lacuna de estudos sobre o crime feminino" (COSTA, 2002, p. 7).

Sob o prisma epistemológico do *standpoint*[1], a assunção do paradigma feminista significa uma subversão da forma de produzir conhecimento, até então dado sob parâmetros epistemológicos distanciados das experiências das mulheres, e da compreensão do sistema sexo-gênero. Conforme Lola A. Castro (2010, p. 70), reduzir a opressão às condições materiais de vida, ao funcionamento das instituições ou às ideologias foi (afirmamos nós, que ainda é) um erro. As repressões se estendem a todas as instâncias, a todos os níveis, incluindo os da vida sexual e afetiva. Como nos ensina a professora venezuelana, é chegado o momento de também lançar luzes sobre os poderes que se ocultam na intimidade, pois estes são ainda mais arbitrários e incontroláveis.

Adotar o ponto de vista feminista significa um giro epistemológico, que exige partir da realidade vivida pelas mulheres dentro e fora do sistema de justiça criminal. E é dentro desta perspectiva que este ensaio é construído a partir de vários outros estudos da autora.

2. A INCLUSÃO DO FEMINICÍDIO NO BRASIL: EM RESPOSTA ÀS CRÍTICAS

O reconhecimento dos direitos fundamentais é uma exigência da dignidade da pessoa humana que impõe ao Estado um dever maior do que o de meramente abster-se de afetar de modo desproporcional e desarrazoado a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. Ao revés, são exigíveis do Estado, também, ações positivas no sentido de assegurar a dignidade humana. E dentre estas ações está o dever de proteção que outorga ao indivíduo o correspondente direito de exigir do Estado

[1] Os estudos epistêmico-metodológicos feministas, embora compartilhem das mesmas críticas à ciência tradicional, não podem ser considerados como um bloco único. Neste sentido, existem diferentes categorias nas quais eles podem ser classificados. Em síntese, nos dizeres de Sandra Harding (2002), seriam basicamente três grandes campos epistemológicos: o empirismo feminista, o ponto de vista feminista (ou *standpoint*) e o feminismo pós-moderno.

que este o proteja (ALEXY, 2002).

São variados os modos de realização desta proteção. Segundo Alexy (2002), a ação protetiva estatal pode concretizar-se tanto por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos ou até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos. De um modo geral, incumbe ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos indivíduos, não somente contra ingerências indevidas de parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provenientes de particulares. Essa esfera protetiva toma especial relevo quando se trata de definir o que se deve exigir do Estado para que proteja a mulher vítima, ré ou condenada.

É dever estatal proteger todo/a aquele/a que está sob sua guarda. O que impõe o dever de adotar ações concretas para que normas de execução penal subterrânea[2] não submetam as presas ao tratamento desumano de, por exemplo, permanecerem algemadas no momento do parto.

De outra banda, o dever de proteção também se concretiza com a edição de normas penais e/ou processuais penais, como se deu com a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, assim como pela Lei 13.104 de março de 2015 que incluiu o feminicídio como uma das qualificadoras do crime previsto no artigo 121 do Código Penal.

A promulgação da Lei 13.104, de 09 de março de 2015, mediante a qual restou inserido o inciso VI, no § 2º do artigo 121 do Código Penal, qualificando o

[2] Conforme Lola Aniyar de Castro, embora proibidos pelo sistema penal aparente, há procedimentos caracterizados por sofrimentos físicos e morais que ultrapassam os previstos em lei e que se desenvolvem dentro de um sistema penal subterrâneo, ou seja, à margem da execução penal e dos direitos humanos (ANIYAR CASTRO, 2005, p. 132). Neste sentido, em 27 de setembro foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto 8858, de 26 de setembro de 2016 que, disciplinando o artigo 199 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), regulamentou o uso de algemas no âmbito do sistema carcerário brasileiro, sem que, contudo, tenha previsto punições para o descumprimento das regras que impõe. E, mais recentemente, a Lei 13.434 de 12 de abril de 2017 vedou o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Como tive oportunidade de dizer em minha coluna (informações ocultadas para fins de não identificação da autora). Não algemar uma mulher em trabalho de parto é o óbvio, mas precisa ser lembrado. Assim como ainda é preciso lembrar ser fundamental reconhecer que o trabalho de parto de mulheres presas tem de ser, nos termos das Regras de Bangkok, e também de nossa legislação processual penal, no que concerne à prisão preventiva (art. 318, IV, do CPP), uma situação de excepcionalidade extrema, pois devem (sim, devem!) os magistrados e magistradas priorizar medidas alternativas ao encarceramento de gestantes. É desconcertante que a proibição do uso de algemas para parturientes precise ser disciplinado em uma lei. Que precisemos lembrar a delicadeza de tratamento que o parto exige e que a prisão é um espaço desumano elevado à máxima potência neste momento.

conduta típica de matar uma "mulher por razões da condição de sexo feminino", provocou inúmeros debates na esfera pública e no espaço público jurídico, em especial.

Já conhecido em diversos outros países da América, tais como Costa Rica, Guatemala, Argentina, México, Chile e Peru, o feminicídio ou femicídio[3] carrega em si a compreensão de que a morte de mulheres em dadas circunstâncias é um fenômeno que está intrinsicamente relacionado aos papéis socioculturais a elas designados ao longo do tempo, e que pode ocorrer de diversas formas, incluindo assassinatos perpetrados por parceiros íntimos, com ou sem violência sexual, crimes em série, violência sexual seguida de morte, ou mesmo o extermínio.

No Brasil optou-se pela inclusão do feminicídio não como um tipo penal autônomo (o que também é recorrente em outros países), mas por uma qualificadora cuja incidência está condicionada à existência de violência doméstica e familiar ou ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Nos termos da Lei restou qualificada a conduta típica de matar uma "mulher por razões da condição de sexo feminino".

No âmbito deste novo contexto normativo (e já nem tão novo assim, pois a lei do feminicídio acaba de completar seu segundo ano de existência), crimes cometidos nas circunstâncias em acima descritas, alguns muitas vezes ainda nominados como passionais, são, em verdade, a mais extrema expressão da violência de gênero. Ou seja, um ato de violência que não é fruto da natureza ou sentimento, mas sim do processo de socialização a que estamos todos e todas submetidos.

É preciso que se reconheça, sem recursos retóricos, que o motivador das ameaças, lesões corporais (muitas gravíssimas) e feminicídios decorrem da estrutura patriarcal que sustenta, na relação entre os seres humanos de sexos opostos, a existência, ainda hoje, de poderes selvagens, tal como aponta Ferrajoli em *Direito e Razão*, ao mencionar a não atuação estatal no espaço familiar. Daí porque a inclusão do feminicídio em nossa legislação apontar subliminarmente para a necessidade de

[3] O termo femicídio, por vezes utilizado como sinônimo de feminicídio, foi empregado pela primeira vez por Diana Russel em 1976 perante o primeiro Tribunal Internacional de Crimes Contra a Mulher, em Bruxelas, para referir-se à "forma mais extrema de terrorismo sexista" consistente em "assassinatos de mulheres por homens, porque elas são do sexo feminino".

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.

Como uma forma especial de considerar a eliminação violenta da vida feminina, o feminicídio pressupõe a compreensão de que a morte de uma mulher em dadas circunstâncias está intrinsicamente relacionada aos papéis socioculturais a elas designados ao longo do tempo, razão pela qual o algoz, não raro, é um parceiro ou ex-parceiro (o que podemos conceituar como feminicídio íntimo em contraposição ao feminicídio não-íntimo, no qual a relação atual ou anterior entre vítima e agressor não está presente).

O reconhecimento da existência do fenômeno da morte violenta de uma mulher pelo fato de ser mulher não é novo. Diana Russell utilizou a expressão "femicídio" (ou *femicide*, em inglês), ainda nos anos setenta do século passado, como uma alternativa ao termo neutro "homicídio", e com o objetivo político de fazer reconhecer e dar visibilidade à discriminação, à opressão, à desigualdade e à violência sistemática, que, em sua forma mais extrema, culmina na morte de milhares de mulheres.

Na esteira do conceito anterior, mais tarde, a pesquisadora mexicana Marcela Lagarde cunhou o termo "feminicídio", definindo-o também como o ato de matar uma mulher pelo fato de pertencer ao sexo feminino, mas ampliando seu sentido para atingir o propósito de denunciar a falta de resposta do Estado nestes casos e o descumprimento de suas obrigações internacionais de proteção, inclusive, e principalmente, do dever de investigar e de punir.

Críticas à lei que introduziu o feminicídio entre nós, contudo, não faltaram. De fato, sobraram (e sobram) ataques de todos os lados. Tanto de setores paladinos da expansão penal, para os quais a criação de novos delitos e o recrudescimento de penas é sempre uma alternativa de controle. Como, também, de abolicionistas mais radicais.

O feminicídio foi atacado pelo primeiro grupo, dentre outros, sob o argumento de que a lei, tal como encontrava-se, já abarcaria a morte de mulheres, muito especialmente, sob a qualificadora do motivo fútil ou torpe, e de que a tutela penal não pode partir de uma valoração diferenciada quanto a um mesmo bem nos mesmos contextos fáticos.

Por outra via, o feminicídio é também bombardeado pelo segundo grupo (aqui englobando as mais diversas nuances) por representar mais uma expressão do engrandecimento do poder punitivo ao qual alguns feminismo(s) renderiam graças quando se trata de proteção às mulheres.

É bem verdade que o texto sofreu modificações substanciais no Congresso Nacional, onde, desafortunadamente, em uma manifestação de claro viés religioso-conservador, foi substituída a expressão "razões de gênero" por "sexo", sob o argumento de que com a primeira estariam abarcadas também situações outras que não a de mortes de mulheres biológicas, mas também as de transexuais e de travestis. De fato, um retrocesso vergonhoso em um Estado pretensamente laico e não discriminatório.

Por outro lado, de tudo o que se tem lido até o momento em textos, todos, diga-se, merecedores da mais alta consideração – em que pese o tom pouco respeitoso de alguns nos quais, por exemplo, tratam o feminicídio como é definido como uma "corruptela pelo cacófato" (EL HIRECHE E FIGUEIREDO, 2015) – há que se ponderar o significado da lei desde uma renovada racionalidade garantista e feminista.

Ao primeiro grupo é possível dizer que o olhar lançado sob as mortes de mulheres sob novas lentes inevitavelmente fará reconhecer-se que o feminicídio não se equipara ao homicídio, pois não se trata somente da privação da vida de um ser humano. É mais do que isso.

É a última expressão da violência contra as mulheres que pressupõe, no mais das vezes, múltiplos outros atos atentatórios a sua integridade física, moral e psíquica. O bem jurídico ofendido em um ato feminicida, portanto, carrega consigo outras lesões que chegam à própria dignidade da pessoa humana, compreendida sob o aspecto do direito a uma vida livre de violência.

Poderiam também argumentar (como argumentam) alguns/as que em certos lugares do Brasil pesquisas mostram que, sob a qualificadora que for, a morte de mulheres não tem restado impune perante o Tribunal do Júri. *Concessa vênia*, a questão posta não é meramente técnica e, a partir daí, quantificável. A lei do feminicídio, ao conferir um *nomen juris* ao mais grave aspecto da violência de gênero, por essência, não permite tal equiparação.

Pelo contrário, a qualificação do crime como feminicídio exigirá dos/as operadores/as jurídicos mais do que uma elaboração técnica. Cobrará, sim, a construção de uma narrativa que não poderá deixar à margem o fato de que a morte de uma mulher não é somente a morte de "uma" mulher. É a morte de um "sujeito" histórico, social e culturalmente destinado à submissão, e que por tal condição teve ceifada sua própria vida.

Trata-se agora de reconhecer que, embora não sejam as mulheres um grupo quantitativamente minoritário, o conjunto as apresenta como um grupo vulnerável. De justificar, da denúncia, aos debates orais e à sentença, que subsistem condições de subjugação sob a ficção de uma igualdade tão somente formal perante a lei.

Por certo esta não será uma tarefa fácil, pois todos/as nós, somos "criados/as" sob um sistema de relações de poder desiguais invisíveis e, nos bancos das faculdades, nunca nos defrontamos seriamente com temas que dizem respeito aos estereótipos de gênero no Direito como um todo, e no direito penal em particular.

Já ao segundo grupo é preciso lembrar que tornou-se lugar comum a cantiga de que o movimento feminista e suas bandeiras, quando referentes à violência contra a mulher, são pleitos punitivistas, na melhor das hipóteses ingênuos ante o caráter sexista do sistema penal. Assim foi quando da aprovação da Lei Maria da Penha. Assim é quanto ao feminicídio.

Ora, o mais elementar critério justificador de uma proibição penal deve sempre ser a necessidade de obstaculizar ataques concretos a bens fundamentais. Sendo que para ser válida a criminalização de uma conduta esta deve seguir o traçado no Texto Constitucional (FERRAJOLI, 2006).

A demanda pela inclusão do feminicídio não é um requerimento arbitrário, caprichoso ou desmensurado, pois o Estado também não pode violar a Constituição ao não resguardar adequadamente bens, valores ou direitos, por conferi-lhes uma proteção deficiente.

O(s) feminismo(s), em teoria e movimento, são por herança genética libertários. E, em sua esmagadora maioria, estão cientes e conscientes de tudo o que sistema penal é capaz quando se trata de criminalizar seletivamente a partir de critérios de classe, raça e gênero. E do quanto ele se recusa a proteger quando

recorrentemente transforma vítimas em culpadas, a exemplo do que ocorre nos crimes sexuais; quando seleciona “indesejáveis” e superlota as penitenciárias femininas sob o pretexto da guerra às drogas; ou quando segue sua marcha inquisitorial atrás de mulheres negras e pobres que praticaram abortos nas mais abjetas condições.

Não se trata, pois, de acreditar que qualquer norma, menos ainda uma norma penal, tenha o condão de modificar mentes e de, num passe de mágica, desconstruir a violência milenar a que as mulheres estão submetidas, para repetir aqui uma constatação de Heleith Saffioti (1995).

3. O(S) FEMINISMO(S) ETIQUETADOS

Uma das críticas mais fáceis (e superficiais) dirigidas ao movimento feminista (ou movimentos feministas, em uma melhor expressão), é a que, em termos político-criminais, o aproxima do punitivismo ou, ainda mais especificamente, a que o insere no campo da chamada “esquerda punitiva”.

Não é incomum em momentos em que vêm à tona casos envolvendo atos brutais de violência contra as mulheres, que muitos, ignorando completamente a trajetória de lutas do feminismo, e a pluralidade epistemológica que orienta cada uma de suas vertentes, se avoquem, desde suas convicções de “esquerda”, o direito de “etiqueta-lo” indiscriminadamente.

Não raro muitos dos críticos aproveitam também esses episódios de grande repercussão para apontar como incongruente a pauta feminista que varia, no entendimento deles, desde o viés abolicionista, no qual se encontra o pleito pela descriminalização do aborto, até o que consideram o mais profundo punitivismo, quando se trata das demandas pela tipificação e punição de crimes como estupro, lesão corporal e morte.

Não pretendo aqui aprofundar em pormenores todas as razões pelas quais é possível afirmar ser tão só aparente o conflito entre as demandas feministas pela autonomia do corpo e por uma vida livre de violência, o que já fiz em outros trabalhos.

Entretanto, é possível dizer, tal como afirma Alessandro Baratta, que o direito penal mínimo – único possível nos marcos constitucionais – não retira do Estado e da sociedade a obrigação de empenharem-se na busca de soluções relativas a situações de violência e de violações de direitos, ou de resolver conflitos e problemas sociais que necessitam de respostas justas e adequadas (BARATTA, 2006, p. 149). Assim como, pensando agora com Ferrajoli (2011, p. 107), que os direitos fundamentais são sempre leis dos mais fracos contra a lei dos mais fortes, e que esses servem para proteger as pessoas também – e acima de tudo – contra as suas culturas, e, até mesmo, contra suas famílias (a mulher contra o pai e o marido, no exemplo dele próprio).

Dentro dos limites constitucionais, a resposta punitiva não pode ser mais do que um elemento excepcional e possível, o que, no universo de reivindicações feministas pela efetividade dos direitos fundamentais à autodeterminação e à proteção contra a violência de gênero, significa a configuração de um programa de direito penal mínimo para as mulheres (MENDES, 2014).

É verdadeiramente preocupante os danos causados pelo punitivismo. Disso somos, todos e todas, testemunhas. A inflação legislativa penal, o encarceramento em massa, os ataques às garantias processuais penais duramente construídas, enfim, a dor e sofrimento impostos aos tantos e às tantas selecionados pelo sistema penal, correm a olhos vistos. E as mulheres, mais do que qualquer um, conhecem o peso da mão de ferro no exercício do poder punitivo quando são vítimas, rés ou condenadas, isto é, em qualquer posição em que estejam.

Por outro lado, é igualmente preocupante a insistência em desqualificar o(s) movimento(s) feminista(s) por suas lutas contra a violência.

Desconsiderar a contribuição feminista ao debate sobre os limites do direito penal, simploriamente etiquetando diferentes concepções de feminismo(s) como punitivistas, na melhor das hipóteses, carece de profundidade teórica. E, na pior delas, configura um ato próprio de um ranço machista que se externa aqui e ali, entre um e outro discurso autointitulado de “esquerda”. A repercussão envolvendo a concessão de *habeas corpus* à Bruno Fernandes, condenado em primeira instancia pela morte de

Eliza Samudio, serve como bom exemplo de discursos enquadráveis em uma ou outra hipótese.

O caso envolvendo a morte de Eliza Samudio é um exemplo claro da cultura patriarcal que, com a condescendência do Estado, obrigou aquela mulher, como tantas outras neste país, a bater de porta em porta, e não encontrar de uma rede de proteção efetiva contra a violência. Uma rede que não pode se resumir ao sistema de justiça criminal, mas da qual ele também não pode ser excluído.

Eliza, como tantas outras, foi vítima de uma escalada de violências que culminou em seu feminicídio[4]. E é significativo, sim, que seu agressor tenha sido processado, julgado e, quando condenado definitivamente, que cumpra a sentença que lhe cabe.

Mas, dizer isso com todas as letras não é, por outro lado, levantar cartazes onde a palavra justiça assume o significado de vingança. Ou, tampouco, considerar justificadas as violações as quais não somente Bruno, mas 34%[5] das pessoas encarceradas neste país, de outro modo, são também vítimas.

É inaceitável, seja no caso dele, ou de qualquer homem ou mulher presa provisoriamente, a permanência em confinamento sem culpa formada por um dia, um mês, menos ainda por mais de seis anos (!), três deles aguardando o julgamento de um recurso (!).

Bruno, como qualquer outra pessoa, tem de ter respeitado um processo verdadeiramente pautado pelas garantias constitucionais que a ele são (ou devem ser) inerentes. Sendo o linchamento público e a perseguição insidiosa a que tem sido submetido profundamente violadores.

A legitimação do direito penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição. Sendo verdadeiro, como também ensina Baratta, que a resposta punitiva há de se dar em um marco conceitual a partir do qual será também possível contribuir com a construção de uma cultura garantista, entendida não somente como uma limitação formal que concerne unicamente à área

[4] Termo que tomo aqui de forma livre, por seu significado sócio-antropológico, posto que à época ainda não constava no rol de qualificadoras do crime de homicídio.

[5] Segundo recentes dados do CNJ disponíveis em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais.

penal, mas, sobretudo, como um projeto substancial, estendido a toda à política de proteção dos direitos, própria da sociedade democrática (BARATTA, 2006, p. 151).

Não se trata aqui, portanto, de, acriticamente, legitimar o direito penal. Entretanto, de afirmar que desmerecer o discurso feminista que recorre ao direito penal de forma crítica e realista a partir da violência concreta vivida historicamente pelas mulheres, é uma etiqueta injustificável.

4. O(S) FEMINISMO(S) E O DIREITO PENAL MÍNIMO

O caráter histórico, social, cultural e familiar perverso da violência de gênero justifica seja o direito à proteção contra este tipo de violação um direito fundamental exclusivo das mulheres, no mesmo sentido do direito à autodeterminação, no que concerne ao aborto. É sob esse ponto de vista que devem circunscrever-se os limites de atuação da lei penal em relação às mulheres.

O direito penal mínimo – que é o único direito penal possível em acordo com os princípios constitucionais (BARATTA, 2006, p. 149) – não retira do Estado e da sociedade a obrigação de empenharem-se na busca de soluções relativas a situações de violência e de violações de direitos, ou de resolver conflitos e problemas sociais que necessitam de respostas *justas* e *adequadas* (BARATTA, 2006, p. 149). Dentro dos limites constitucionais, a resposta punitiva não pode ser mais do que um elemento excepcional e possível.

Penso que a legitimação do direito penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição. Assim como concordo com Baratta que a resposta punitiva há de se dar em um marco conceitual a partir do qual será também possível contribuir com a construção de uma cultura garantista, entendida não somente como uma limitação formal que concerne unicamente à área penal, mas, sobretudo, como um projeto substancial, estendido a toda à política de proteção dos direitos, própria da sociedade democrática (BARATTA, 2006, p. 151).

De fato, a legitimidade do direito penal não é democrática no sentido de que provenha da maioria. Ela é, sim, *garantista*, na linha de que se assenta nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos. Creio, como

Ferrajoli, que somente concebendo desta forma o objetivo do direito penal seja possível obter uma adequada doutrina de justificação e, conjuntamente, uma teoria garantista dos vínculos e dos limites – e, consequentemente, dos critérios de deslegitimação – do poder punitivo do Estado.

Nesse contexto, considerando que o direito (em nosso caso o penal) reflete relações de poder hegemônicas, não é possível desconsiderar que os direitos tenham de ser tomados como uma proteção dos mais fracos contra os mais fortes dentre os quais está o Estado, mas não somente este. Por menos efetivos que sejam os direitos fundamentais, perder direitos é perder poder ou proteção.

São sempre muito bem vindas todas as contribuições trazidas ao debate que vislumbra um horizonte igualitário. E estarmos todos e todas abertas às críticas é condição indispensável ao diálogo. Entretanto, de forma crítica e realista, tratar o discurso feminista que recorre ao direito penal, a partir da violência concreta vivida historicamente pelas mulheres, é uma etiqueta injustificável e injustificada. É tanto possível, quanto necessário, que os direitos fundamentais das mulheres sejam os fios condutores de um programa que se construa nos marcos de um direito penal mínimo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Defender a igualdade e a liberdade, entretanto, é também compreender que violência é uma ação que transforma diferenças em desigualdades hierárquicas com o fim de dominar, explorar e oprimir; que impera dentro dos lares brasileiros um sistema de poder selvagem (FERRAJOLI, 2006), e que o resultado da ação deste poder não é “fútil” (ou mesmo “torpe”), em qualquer acepção, jurídica ou não, que este termo há de assumir.

A “ação” é matar uma mulher por ser mulher, o “resultado" é a morte de uma mulher e o “nexo de causalidade” é um sistema de opressão que não só criminaliza seletivamente, mas também seleciona aqueles/as que merecem a proteção. É a última expressão da violência contra as mulheres que pressupõe, no mais das vezes, múltiplos outros atos atentatórios a sua integridade física, moral e psíquica. O bem jurídico ofendido em um ato feminicida, portanto, carrega consigo outras lesões que

chegam à própria dignidade da pessoa humana, compreendida sob o aspecto do direito a uma vida livre de violência.

A lei penal deve ser a lei do mais fraco, ou seja, do/a ré/u, do/a condenada/o e também da vítima. Sim, da vítima. Da vítima que, neste caso, não é um ente abstrato, adorado por fiéis que rezam pelos livros sagrados do populismo penal. É um ser social, cultural e historicamente construído a partir de estereótipos de gênero e que, por tal razão, sua eliminação em lugar algum ressona.

A morte de mulheres pelo próprio fato de serem mulheres não é um fenômeno desconhecido: mas é obscurecido. E qualificar o feminicídio não é um adendo desnecessário ou um exagero punitivista. É expressão de um direito de proteção que o Estado deve às mulheres neste país.

Mais do que um garantismo abstrato, que como aponta Vera Regina Pereira Andrade, segue orientando a Dogmática enquanto paradigma dominante na Ciência Penal, a perspectiva de análise do tema posto neste certame toma como fundamento um garantismo crítico e criminologicamente fundamentado, entendido como a vigilância sobre o (des)respeito aos direitos humanos no marco do funcionamento efetivo (deslegitimado) do sistema penal (ANDRADE, 2012, p. 99).

Reafirmo: certo é que nenhuma norma, menos ainda se de natureza penal, tem o dom de modificar mentes e de, num passe de mágica, desconstruir a violência milenar a que as mulheres estão submetidas. Contudo, desmerecer o discurso feminista que recorre ao direito penal de forma crítica e realista a partir da violência concreta vivida historicamente pelas mulheres, é uma etiqueta injustificável.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudíos Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, Vera Regina P. **Pelas Mãos da Criminologia***:* o controle penal para alémda (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANIYAR CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. **Criminología de los Derechos Humanos:** criminologia axiológica como política criminal. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal:** compilación in memoriam. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2006.

CORRÊA, Mariza. **Morte em família:** representações jurídicas de papéis sexuais. São Paulo, 1983.

COSTA. Elaine Cristina Pimentel. **Criminologia e feminismo:** um casamento necessário. VI Congresso Português de Sociologia. Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Ciências Sociais, 2002. Disponível em: http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/429.pdf. Acesso em: 31jul2014.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. FIGUEIREDO, Rudá Santos. Feminicídio é Medida Simbólica com Várias Inconstitucionalidades. **Conjur**, 23 de mar. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/feminicidio-medida-simbolica-varias-inconstitucionalidades#author. Acesso em: 28 mar. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado , 2011.

HARDING, Sandra. ¿Existe un método feminista? In: BARTRA, Eli (org.). **Debates em Torno a uma Metodologia Feminista.** Cidade do México: Universidad Nacional Autonoma do Mexico, 2002.

LYRA, Roberto. **O Amor e a Responsabilidade Criminal**. São Paulo: Saraiva, 1931.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista:** novos paradigmas. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SAFFIOTI, Heleith. ALMEIDA, Suely Sousa de. **Violência de Gênero:** poder e impotência. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.