SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

LIMITAÇÃO AO CONTEÚDO LEGISLATIVO: UMA ANÁLISE DA EXPANSÃO PENAL À LUZ DA LEI 13.104/15 (FEMINICÍDIO)

LIMITING THE LEGISLATURE CONTENT: AN ANALYSIS OF CRIMINAL EXPANSION IN THE LIGHT OF LAW 13,104 / 15 (FEMINICIDE)

Juliana Rocha Braga

Resumo

O presente trabalho tem por escopo desempenhar, com base na doutrina e na criminologia, uma análise a cerca das simbólicas políticas criminais adotadas pelo poder legislativo, tendo, como respaldo, a recente lei 13.104/15 que acrescentou, ao Código Penal, mais uma espécie de homicídio qualificado, o Feminicídio. Pretende-se, vislumbrar o cenário de notável revolta por parte dos brasileiros, sobretudo das minorias, no que se refere à desigualdade de gênero e violência contra a mulher, pretextos que, fundamentaram e ensejaram à criação da lei. Nessa senda, faz-se necessário indagar se a medida é deveras efetiva ou pode ser considerada populista e eleitoreira.

Palavras-chave: Feminicídio, Violência contra a mulher, Direito penal simbólico

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to make, based on the doctrine and criminology, an analysis about the symbolic criminal policies adopted by the legislature. Will be used as a support, the recent Law 13,104/15, which added to the Penal Code, one more criminal offence that qualified homicide, called feminicide. It is intended to overview the revolt scenario demonstrated by Brazilians, with regard to gender inequality and violence against women, pretexts that substantiate and gave rise to the law creation. Therefore, it is necessary to consider whether the measure taken by the state is really effective or may be considered electoral and populist.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Feminicide, Violence against women, Symbolic criminal law

1. INTRODUÇÃO

A recente lei 13.104 de 2015 (Lei do Feminicídio) acrescentou ao Código Penal mais uma espécie de homicídio qualificado, trazendo grandes indagações à seara Penal visto que trata-se de uma legislação redundante que intenta tutelar um bem jurídico já regulado. Em outras palavras, o Feminicídio é uma modalidade de homicídio qualificado e, corresponde a este, o crime praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Além disso, o § 2º-A complementa, como norma explicativa à redação: "razões da condição de sexo feminino" e evidencia duas circunstâncias em que pode ocorrer, são elas: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A lei acrescentou causas de aumento de pena no § 7º ao art. 121 do CP indicando: A pena será aumentada de 1/3 até a metade se for praticado: a) durante a gravidez ou nos 3 meses posteriores ao parto; b) contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência; c) na presença de ascendente ou descendente da vítima. Por fim, a lei em questão, por si tratar de homicídio qualificado, altera, também, o art. 1º da Lei 8072/90 (Lei de crimes hediondos) visto que integra o rol de crimes hediondos (BRASIL, 2015).

Assim, na presente pesquisa, objetiva-se contextualizar a lei do Feminicídio nos paradigmas sociais, políticos e econômicos atuais. Além do mais, visa-se fazer uma análise dos propósitos pretendidos pelo legislativo no que tange à criação da lei. Vale questionar também, se a criação excessiva de tipos penais e qualificadoras não sugere um simbolismo penal e ocasiona uma mera legislação inflada, sem repercutir no principal objetivo, qual seja, a redução dos índices de violência.

Nessa perspectiva, a pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-interpretativo. Desta forma, a pesquisa se propõe a desenvolver uma análise a cerca das simbólicas políticas criminais adotadas pelo poder legislativo, tendo, como respaldo, a recente lei do Feminicídio.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TEORIAS DA PENA

Fazendo um breve apanhado histórico quanto à evolução do fundamento e entendimento e sobre a pena, pode-se perceber que o conceito dado reflete as concepções de cada época. Na Europa Medieval, havia institucionalizado o Direito Canônico, o qual tinha

como referência a religião, tendo em vista que o Catolicismo obtinha o domínio jurisdicional e a pena se equivalia à justiça, a qual era a exteriorização da vontade de Deus.

Na época Moderna valorizava-se a razão, a ordem jurídica era lastreada na ideia de um Direito Natural baseado no antropocentrismo, em que as leis serviam como meio de satisfação do soberano, assim corrobora Beccaria em seu livro Dos Delitos e Das Penas ao dizer: "As leis tomam sua força da necessidade de guiar os interesses particulares para o bem geral". Via se consequência, o direito já não se fundamentava pela religião e sim pela filosofia política absolutista.

Posteriormente, após o advento das Revoluções Burguesas com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, o Estado liberal veio com o intuito de limitar o poder Estatal. Nesse sentido, ao revés da idade moderna em que havia uma exacerbada arbitrariedade por parte dos déspotas, o Direito Penal do século XVIII veio com um viés de proteção às garantias do acusado, isto é, restringia-se o "jus puniendi" do Estado. Ademais, há de se falar de grandes contribuintes dessa época, quais sejam, Kant e Hegel, os quais trouxeram a ideia de pena retributiva, ou seja, a pena seria o instrumento pelo qual o estado se utiliza para reparar o direito violado pelo desviante, com isso, nega-se qualquer função preventiva da pena.

Com a instituição dos ideais iluministas, logo pode-se perceber que naquelas condições, o sistema entraria em colapso, colapso este que foi notadamente materializado por grandes reivindicações em face desse Estado absenteísta, o qual era omisso quanto às grandes desigualdades sociais advindas da massificação da produção. Com a crise do Estado Liberal, surge a necessidade de uma maior intervenção estatal na sociedade, repercutindo, com isso, de maneira considerável, na implementação de políticas criminais. Em outras palavras, o direito penal passou a ser não mais limitador do "jus puniendi", mas instrumento de controle e combate à criminalidade. Sendo assim, ressalta-se como fundamento da pena a Teoria da Prevenção, a qual tem como fim a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social, sendo um contra-estímulo psicológico que atua de forma generalizada.

À vista disso, pode-se inferir que, na atual conjuntura social, e em especial no Brasil, o Estado tem se utilizado do Direito Penal como forma de suprimir a delinquência, ou ao menos, propagar um discurso ideológico de controle da violência, o qual foi alcançado por meio de novas tipificações de bens jurídicos já regulados. Esse discurso, corroborado pela Teoria da prevenção, tem como finalidade legitimar o exercício do Estado como genuíno representante do interesse das massas e garantidor da paz, portanto, trata-se de uma política criminal de ordem midiática, cuja única finalidade circunda o populismo eleitoreiro.

3. CRÍTICA À EXPANSÃO PENAL E SUAS FINALIDADES INÓCUAS

Hodiernamente no Brasil, pode-se perceber com facilidade, que há cada vez mais, a tentativa de concatenar a política criminal e o atual contexto cultural e político. Porém, pode-se trazer a lume que, a recente lei 13.104/ 15, consiste em buscar soluções teatrais, haja vista que já há a previsão do art. 121, § 2°, I, do CP, o qual contempla o crime indigno e desprezível assim como o Feminicídio (BRASIL, 1940). Portanto, trata-se de criar legislações que regulam aquilo que já é regulado como forma de dar uma resposta aos anseios da população.

Quando se trata de violência contra mulher, percebe-se fatos frequentes e alarmantes de violência doméstica e familiar, a qual implica, por conseguinte, em grande índices de homicídio contra as mulheres no Brasil. Mas isso não é algo recente e, pode-se atrelar a tal realidade uma carga cultural machista e discriminatória, a qual não deve ser entendida como um acidente histórico, visto que desde os primórdios da humanidade as mulheres são tratadas de forma desigual e só se começou a reivindicar direitos de gênero igualitários na Revolução Francesa do século XIX. Dentro dessa linha de pensamento, ressalta-se que os movimentos femininos são relativamente novos, e, pode-se considerar que vem crescendo há cada dia, em especial nos dias de hoje.

Destarte, ao perceber os dados consideráveis de violência contras as mulheres, bem como a grande ascensão dos movimentos feministas, é notório que o novo tipo penal derivado Feminicídio está pautado em um contexto de efervescência política, econômica e social. E é preciso indagar se a ideia por trás da nova criação legislativa surtirá algum efeito na prática, ou seja, será garantidor de tal segurança e haverá um controle criminal, ou seria um mero meio de satisfazer a vontade popular, uma vez que há na população brasileira uma ideia de que o Estado deve tomar medidas imediatistas e emergenciais para solucionar o problema da criminalidade.

Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya na obra Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático, sustentam que há a necessidade de revisar o perfil das respostas penais e estabelecer uma dimensão adequada do que se oferece como alternativa ao Direito Penal, considerando-se que esse sistema se mostra totalmente fracassado. Em outras palavras, estamos inseridos em um momento de transição, no qual busca-se a construção de modelos alternativos viáveis para responder de forma mais efetiva e adequada ao delito, dado que a prisão consta defeitos e em especial seu efeito dessocializador.

Portanto, para vencer o mero senso comum e se desenvolver um raciocínio crítico, é imprescindível a compreensão de que é uma falsa crença pensar que o Direito Penal é responsável por abarcar o grande contingente de crimes cometidos no Brasil, e ainda mais, que as leis deveriam punir os criminosos com ainda mais vigor. Pois trata-se de um discurso manifestamente equivocado e puramente abstrato. Ou seja, essa ideia circunda pelo simbolismo penal, muito bem definido por Roxin:

> Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais. (ROXIN, 2000)

Nessa perspectiva, o intuito do legislador não é a real tutela dos bens jurídicos atingidos pela conduta criminosa, e isto pode ser percebido claramente, na medida em que o bem em questão já é tipificado por outra qualificadora. Portanto, trata-se de uma forma de satisfazer o sentimento de medo e indignação que assolam a população, e, para se mostrar ativo, recorrer-se-ia ao Direito Penal emergencial: modificar leis para as tornarem mais severas; aumentar penas e criar novos tipos penais. Assim corrobora Juarez Cirino dos Santos citado por Fábio da Silva Bozza:

> O discurso político se articula sobre o medo da opinião pública, prometendo maior penalidade: o sistema penal é a resposta ao medo da opinião pública. A exposição dos cidadãos ao risco da criminalidade engendrou às politicas de lei e ordem, com velhas receitas para novos problemas. (SANTOS apud BOZZA, 2012)

É importante salientar que o trabalho em questão não visa deslegitimar as reinvindicações por segurança, mas pretende mostrar que as transformações sociais implicam em um arranjo institucional, o qual não demanda criações legislativas inócuas, ao revés, requer mudanças culturais, ideológicas e de infraestrutura estatal. Assim reforça Carlos Alberto Baptista em seu livro Crescimento da Criminalidade e atuação estatal:

> Não que o "grito" por segurança não seja legítimo, mas a questão é colocar-se o direito penal como único modelo que pode fazer frente à insegurança. Visão conveniente, simplista, estreita, reduzida e bitolada, omitindo-se e discutir a complexidade deste problema frente à perversa realidade social brasileira. (BAPTISTA, 2007)

À vista disso, faz-se notável que o Estado precisa fazer uma abordagem diferente no que tange à violência contra mulher. Acredita-se que existam melhores maneiras, apesar de não imediatas, de redução dos índices criminais do país, como políticas públicas de assistência à mulher vítima de abusos domésticos e desincentivo ao discurso arcaico, machista e patriarcal que ainda perdura e é aplaudido até mesmo no Congresso Nacional. Assim, sabe-se que tais medidas exigem muitos investimentos e não são facilmente percebidas ou noticiadas, via de consequência, não geram votos. Porém, inflar o Código Penal com o intuito de mascarar a incompetência e abstinência do Estado no que de refere à violência contra a mulher, só traz descrédito ao Ordenamento e satura e impregna o Direito Penal com novos tipos ineficazes.

Ademais, no que tange à manifestação de ideias machistas no congresso, vale ressaltar que nenhum direito é absoluto, e dentro dessa ideia, não se diferencia o direito à imunidade material (*freedom of speech*) o qual exclui a tipicidade penal e a responsabilidade civil dos deputados e senadores por dar opiniões, palavras e votos (CF, art. 53) de qualquer matéria, dentro do recinto. Nesse diapasão, elucida-se as vedações ao estatuto constitucional do congressista, por meio do artigo 55. § 1.° CF, o qual diz ser incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas (BRASIL, 1988). Sendo assim, constata-se que as prerrogativas não têm como finalidade o incentivo ao descumprimento dos princípios basilares da democracia ou à banalização de um comportamento imoral como muito se tem visto, mas espera-se que um congressista jamais se comporte de forma a sobrepor os direitos fundamentais. Portanto, defende-se que deve haver uma limitação, do ponto de vista ético-jurídico, à imunidade material. Parlamentares são formadores de opinião e muitas vezes o que se prega é um discurso do ódio (*Hate Speech*) ovacionado pela sociedade patriarcal.

4. CONCLUSÃO

A partir do exposto, ao fazer uma breve análise dos conceitos e fundamentos das penas, foi possível notar a evolução de cada sociedade, visto que o conceito dado exterioriza as acepções morais e culturais de cada época. Sendo assim, muito se passou para chegarmos ao sentido democrático da pena, qual seja, limitador do "jus puniendi" do Estado e adepto ao Princípio da Legalidade. Hoje percebe-se uma nova atribuição político-criminal a pena:

instrumento de combate à criminalidade.

Nessa atual perspectiva, pode-se notar, por meio da lei 13.104/15 (Lei do Feminicídio), uma democracia de opinião a qual se vê dominada pela vontade popular e abraçada pelo que se chama de gestão da penalidade. Em outras palavras, trata-se de criar leis como mecanismo político, a fim de dar uma resposta imediata aos medos da sociedade.

Porém, é preciso salientar que além da massificação e expansão de novas tipificações não solucionar o problema na prática, haja vista que a lei em questão tutela um bem jurídico já contemplado pelo Código Penal em sua forma qualificada, o ordenamento se torna mais desacreditado e criticado por uma população que acredita ser ele a solução dos problemas de violência no país.

Nesse diapasão, pode-se inferir que o escopo de tal providência legislativa é a criação de medidas midiáticas e eleitoreiras que atendam aos anseios de uma sociedade punitiva em um contexto de efervescência política, econômica e social. A partir do que foi exposto, é preciso que nós critiquemos essas tomadas de decisão populistas do Poder legislativo, e não só isso, é imprescindível que essas problemáticas criminais no Brasil sejam discutidas, tendo em vista que esse impasse advém de um contexto ideologicamente histórico de misoginia e, por isso, faz-se necessário que o tema seja abordado com viés desconstrutivo do ponto de vista moral de uma sociedade patriarcal e seja abraçado por propostas éticas e humanitárias

5. REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Carlos Alberto. **Crescimento da criminalidade e atuação estatal.** Curitiba: Juruá, 2007. 287 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem Jurídico e Proibição de Excesso como Limites à Expansão Penal.** 2014. 317 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35862/R - T - FABIO DA SILVA BOZZA.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: < /react-text http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm react-text: 164 >. Acesso em: 19 de ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. Conceito de direito penal e ciência penal. *In*: BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho.** Madrid: Civitas, 1985.