



A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E O PAPEL DAS LEIS DE DEFESA DA MULHER: LEI MARIA DA PENHA E LEI DO FEMINICÍDIO. EM QUE MEDIDA ESSAS LEIS SÃO LEGITIMADAS PELO CONCEITO MATERIAL DE CRIME E PELAS FINALIDADES DO DIREITO PENAL

Thânia Evellin Guimarães de Araujo Lima*

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito material x conceito formal de direito penal; 3. Os princípios do direito penal; 4. As finalidades do direito penal: teorias absolutas e teorias relativas; 5. Dados sobre violência da mulher: como o direito penal corroborou a ação do patriarcado na história do direito penal brasileiro; 6. Os institutos jurídicos: Lei do Femicídio e Lei Maria da Penha; 7. Por que o princípio da mínima intervenção do direito penal não exclui a validade das Leis 11.340/06 e 13.104/2015?; 8. Conclusão; 9. Referências Bibliográficas

RESUMO

Este artigo tem como viés principal a delimitação de um escopo entre a Teoria Geral do Direito Penal e as duas Leis inovadoras relacionadas à aquisição de direitos das mulheres no tocante a proteção contra a violência: Lei 11.340/06 (Maria da Penha) e Lei 13.104/2015 (Femicídio). Busca-se nesse sentido a análise de como tais Leis, que endurecem a pena para determinados crimes, podem ser convalidadas perante o conceito de igualdade do direito (e do valor da vida de homens e mulheres), a teoria das finalidades da pena adotada no ordenamento pátrio e os princípios gerais do direito penal, com principal enfoque nos princípios da mínima intervenção do direito penal e da proporcionalidade de bens jurídicos quando no tocante ao encarceramento. Nesse ensejo, buscar-se-á traçar o papel da mulher no ordenamento jurídico penal brasileiro dos últimos anos, delimitando a virada entre o papel da mulher “honesta” para o papel da mulher como sujeito de direitos materialmente iguais, e o papel estatal no atual estágio social de proteção e defesa da mulher frente a sua conformação na violência de gênero.

Palavras-chave: Teoria geral do crime. Finalidades da pena. Princípios do direito penal. Lei Maria da Penha. Lei do Femicídio. Papel da mulher no direito penal.

ABSTRACT

* Advogada pelo escritório Guimarães de Araújo e Lima. Graduada em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil, pós-graduanda em Controladoria e Finanças Públicas, pós-graduanda em Advocacia Extrajudicial, pós-graduanda em Direito Público.

This article has as its main bias the delimitation of a scope between the General Theory of Criminal Law and the two innovative Laws related to the acquisition of women's rights with regard to protection against violence: Law 11.340/06 (Maria da Penha) and Law 13.104 / 2015 (Feminicide). In this sense, we seek to analyze how such Laws, which harden the penalty for certain crimes, can be validated before the concept of equality of law (and the value of the life of men and women), the theory of the purposes of the penalty adopted in the national law and the general principles of criminal law, with a primary focus on the principles of minimum intervention in criminal law and the proportionality of legal assets when it comes to incarceration. In this opportunity, we will seek to trace the role of women in the Brazilian criminal legal system in recent years, delimiting the shift between the role of “honest” women to the role of women as the subject of materially equal rights, and the state role in current social stage of protection and defense of women in view of their conformity in gender violence.

Keywords: General theory of crime. Purpose of the penalty. Principles of criminal law. Maria da Penha Law. Feminicide Law. Role of women in criminal law.

1 INTRODUÇÃO

Em 9 de Março de 2015 foi aprovada a Lei do Feminicídio, Lei 13.104/2015, que incorpora ao ordenamento jurídico circunstância qualificadora de homicídio quando sua razão de ser for estritamente ligada às relações de dominação de gênero fortemente marcados em nossa sociedade patriarcal.

Junto com a Lei surgiram inúmeras críticas e associações da regulamentação ao direito Penal Simbólico, categoria marcada por um direito pouco efetivo, utilizado apenas para acalmar “as massas”, em uma tentativa de deslegitimar a luta secular das mulheres quanto a forte discriminação de gênero, situação marcante no Brasil, com especial atenção aos crimes de honra, até muito pouco tempo tolerados pelo direito.

Observa-se que o mesmo ocorreu da promulgação da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, momento em que críticos invocaram os princípios da igualdade e da mínima intervenção do direito penal para tentar coibir a aplicação da Lei, tendo ainda inúmeros casos de juízes que se recusaram a aplicá-la, utilizando-se dos mais diversos argumento, como no julgamento em que foi suscitada a ideia da mulher como causa da expulsão do homem do paraíso, devendo, portanto, “suportar as dores desse mundo”.

Segundo estudos do Mapa da violência do Brasil, do instituto Zangari, com base no banco de dados do SUS, entre 1997 e 200, 41.532 mulheres morreram vítimas de violência no Brasil. Há dados não formais que afirmam que nos últimos 5 anos, os valores

subiram para 15 mortes por dia, em uma evidente demonstração da urgência de meios para se coibir tal situação.

É nesse sentido que se busca aqui uma investigação teórica: quais os fundamentos do direito penal e da teoria geral do crime que poderiam vir a legitimar ou deslegitimar tão importantes conquistas de direitos femininos, consolidando a posição de destaque de tais medidas, e demonstrando sua razão de ser em contraposição ao princípio da igualdade puramente vista por seu aspecto formal?

Em socorro dessa posição, usar-se-á como base o livro de direito penal de Jorge Figueiredo Dias, principalmente na parte referente às Funções do direito Penal, no sentido que comprovar a necessidade de tais Leis em um ambiente do sentido da Pena como instrumento de prevenção Geral e especial, e ainda da especialidade do princípio da tutela do bem jurídico no direito Penal.

Serão apresentados no artigo dados relacionados à violência contra a mulher no Brasil, embasando os dados para se obter argumentos favoráveis à validade e legalidade da Lei de Femicídio e da Lei Maria da Penha, no contexto da função do Direito e da igualdade em sentido material. Refutando assim os argumentos sexistas que se apoiam no princípio da mínima intervenção do direito penal e da igualdade formal para tentar deslegitimar tais conquistas.

Para tanto, o desenvolvimento será iniciado com a pergunta: Partindo-se dos conceitos de justiça e das teorias absolutas e relativas das finalidades do Direito Penal, bem como da ideia do conceito material de crime, pode-se considerar como válidas e adequadas as Leis 11.340/06 e 13.104/2015, passando pelo princípio da mínima intervenção do direito penal?

A pesquisa será baseada uma abordagem qualitativa das informações analisadas. Uma pesquisa com essa abordagem centraliza-se no enfoque interpretativo. “A pesquisa qualitativa observa o fato no meio natural, por isso é também denominada pesquisa “naturalística” (ANDRÉ, 2007, p. 17).

Essencialmente, realizar-se-á um levantamento bibliográfico e documental. As fontes utilizadas para a pesquisa se concentram na consulta à bibliografia sobre o tema, priorizando os conceitos da teoria geral do crime e o processo histórico da evolução do papel da mulher no ordenamento jurídico Brasileiro, com enfoque nas Leis 11.340/06 e 13.104/2015. Serão ainda utilizados outros recursos documentais, entre eles artigos e periódicos, através de consultas a sítios da internet.

A conclusão esperada é conseguir traçar um caminho de comprovação da validade destes dispositivos dentro do conceito de justiça no direito Penal Brasileiro e suas nuances, buscando-se comprovar através de números e pesquisas a importância do bem jurídico a que essas Leis buscam tutelar, no sentido de que o próprio princípio da igualdade encontra-se lesado pelo machismo.

Essa morte pelo fato de ser mulher torna a questão de gênero, a questão do gênero feminino no Brasil especial, junto com outras categorias, como a questão de morte por ser negro como também toda a violência contra a população LGBT. Estamos afirmando aqui a importância de se combater a violência, tanto pela intolerância como pelo preconceito”, argumentou a presidente durante seu discurso. “Infelizmente, ainda existe racismo e violência contra a população LGBT. (Presidente Dilma em discurso sobre o Femicídio em 10/03/2015, Diário do Nordeste.)

2 CONCEITO MATERIAL X CONCEITO FORMAL DE DIREITO PENAL

Para iniciar a compreensão do discurso que gira em torno do direito como conteúdo que regula a vida jurídica, em especial o direito penal, no que tange a seu papel regulador e repressor de condutas que versem em contramão do socialmente desejável, é importante diferenciar o conceito de direito penal material e direito penal em seu aspecto formal.

É importante estabelecer ainda as definições base de direito penal, como um ramo do direito Público, que tem por finalidade estabelecer as infrações de cunho penal e suas respectivas sanções e reprimendas; formado por uma descrição, em série, de condutas definidas em lei, com as respectivas intervenções do Estado quando da ocorrência do fato delituoso, concreto ou tentado.

O direito material é compreendido como o conteúdo veiculado pela norma, de forma que se atenha a um bem jurídico, traçando comportamentos desejáveis ou proibidos pela norma. No direito penal, é fato humano indesejado, norteado pelo princípio da intervenção mínima consistente em uma conduta produtora de um resultado com ajuste formal e material ao tipo penal (AZEVEDO, 2015, p. 33).

Por sua vez, seu aspecto formal diz respeito à questão processual das normas, de forma que se possa compreender a estrutura de sua elaboração, aplicação, e determinação de conteúdo. Esse conceito de direito é fortemente defendido por Kelsen, que atribui ao ordenamento jurídico um caráter puramente formal, considerando como relevante ao estudo jurídico apenas a validade da forma, sem observar a justiça imbuída no conteúdo de determinada norma.

Quando se trata especificamente em direito penal, podemos observar, no aspecto formal, ao menos 5 posições relacionadas à conceituação analítica de crime, dentre as quais a teoria bipartida de crime, a teoria quadripartida do delito, a teoria dos elementos negativos do tipo, a teoria constitucionalista do delito e a teoria tripartida do delito, sendo esta última dividida fundamentalmente entre teoria clássica (ou causalista), e teoria finalista.

É importante compreender que o cerne de todas essas teorias se encontra na posição em que se dá à localização de determinados elementos do crime, primordialmente a antijuridicidade, a culpabilidade e a tipicidade, dividindo-se ainda a posição da culpa e do dolo.

Essa explanação se faz para que se possa melhor compreender tais ditos três elementos do crime em seu conceito analítico, para que se compreenda de que forma é estritamente necessária a perfeita sobreposição “delito-fato” para que se caracterize o fato típico, não amparado por excludentes de ilicitude e que seja ainda culpável.

Ressaltemos aqui pois os elementos gerais da tipicidade, primeiro substrato do crime, por ser este o elemento mais relevante para o entendimento da formulação das leis de proteção à mulher mais recentes do código penal, Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio. São estes: conduta, resultado, nexos causal e tipicidade.

3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

A explanação dos princípios do direito penal é importante aqui para que caracterizemos os lados da problemática da criação de novos tipos penais voltamos à especial proteção da mulher como sujeito historicamente mais vulnerável nas relações sociais, devido à forte influência do patriarcado e do machismo durante toda a história dos códigos brasileiros (civil e penal).

Traz-se portanto, nesse viés, os seguintes princípios: princípio da reserva legal ou legalidade, princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, princípio da mínima intervenção, princípio da materialização do fato, princípio da irretroatividade da Lei penal, princípio da insignificância, princípio da ofensividade, princípio da proporcionalidade e princípio da culpabilidade.

O princípio da reserva legal seria aquele a garantir as defesas de ninguém ser punido sem prévia cominação legal, ou seja: “não há crime sem lei prévia”. Dessa forma, se

encontraria o cidadão protegido contra os desmandos do forte poder Estatal, garantindo prerrogativas a assegurar sua liberdade.

A exclusiva proteção dos bens jurídicos, por sua vez, estaria relacionada a uma “missão” do direito penal, de forma que restringiria às lesões a bem jurídico de relevante interesse social a aplicação de penas, vedando o entendimento do injusto unicamente pautado na pura lesão ou no dever de obediência, ou seja, vedando o absolutismo penal.

É nesse sentido que nasce a importância do princípio da mínima intervenção do direito penal, considerando que a pena restritiva de liberdade é a forma mais grave do Estado reagir ao delito, e que, portanto, deve ser fragmentária e subsidiária, abarcando apenas os bens jurídicos mais socialmente relevantes, punindo apenas os ataques mais intoleráveis contra a paz social. Mantêm-se, contudo, o difícil trabalho doutrinário de compreensão do que venha a ser “bem jurídico de maior relevância”, também nesse enfoque nascendo as principais discussões pautadas em torno da criminalização da violência contra a mulher.

Tem-se, por assim dizer, a virtude de demarcar com parâmetros mais precisos a atividade do legislador penal, funcionando como limite relativo, à escolha dos bens jurídicos suscetíveis de tutela, a espécie e a medida da sanção disposta para a sua proteção. O critério indicado para isso foi, primordialmente, o da liberdade e dignidade da pessoa humana, reconhecido como fundamento da ordem política e da paz social. O recurso à privação de liberdade deve ser, como já enfatizado, a última ratio, quando absolutamente indispensável, tendo sempre em vista a importância primária da liberdade pessoal - o campo do ilícito penal deve ficar reduzido às margens da estrita necessidade. (PRADO, 2003, p. 100-101)

O princípio da materialização do fato, em seu elevado grau de importância no direito penal, se refere à impossibilidade de se punir pessoas por sua personalidade ou por idealizações de atos, sendo requisito básico para a aplicação da pena que o delito se subsuma diretamente à norma, com exteriorização ao mundo dos fatos.

A irretroatividade da Lei penal pode ser entendida como a impossibilidade de Lei nova mais rígida prejudicar situação de fato ocorrida em situação jurídica anterior, a não ser que seja Lei nova mais benéfica para o acusado. A Ofensividade, por sua vez, cuida de prevenir ataques ou perigo indiscutivelmente concreto sobre determinado bem valioso e tutelado pelo Estado, ou seja, bem jurídico relevante.

Por fim, tem-se os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade, sendo o primeiro limite para o *ius puniendi*, de forma que ateste a consciência da ilicitude do fato e seu inconformismo com os mandamentos sociais, de forma que haja em contramão do buscado pelo ordenamento jurídico e bem estar coletivo-social.

O segundo, princípio da proporcionalidade, encontra seu enfoque na equiparação de violências, avaliando a adequação da pena à efetiva lesão causada por este, ou seja, em uma forma de ponderação de bens jurídicos.

4 AS FINALIDADES DO DIREITO PENAL: TEORIAS ABSOLUTAS E TEORIAS RELATIVAS

Entremos agora numa jornada de entendimento das principais teorias relacionadas à necessidade de sanção como resultado de delitos cometidos contra bens jurídicos fundamentais, de forma que se possa compreender com clareza como o agravamento da pena relacionado aos crimes tipificados nas Leis 11.340/06 e 13.104/2015 influenciam na proteção da mulher no ordenamento jurídico e como atuam de forma preventiva no acontecimento de novos delitos desse tipo.

As teorias da Pena podem ser divididas entre teorias relativas, teorias unificadoras e teorias absolutas, as quais tem como enfoque estabelecer a principal função da pena no ordenamento jurídico de forma geral e especial. Cumpre desde logo estabelecer aqui que, segundo doutrina dominante em análise do Código Penal Brasileiro, o Brasil adotou o posicionamento das teorias unificadoras, ou mistas, quanto à função da pena.

A pena seria oriunda da realização de uma conduta ilícita, antijurídica e culpável, destinada àquele que desrespeitou a legislação penal, como forma de aplicação ao caso concreto e como forma de efetivação de jurisdição do Estado, com a subsunção do caso tipificado ao caso concreto. Segundo Régis Prado (2005, p. 567):

Em síntese: a justificativa da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social - última *ratio legis*, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobre tudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. (...) O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa.

As teorias absolutas seriam aquelas que não vislumbram qualquer outro objeto a não ser o de punir o condenado, lhe causando um prejuízo, oriundo de sua própria conduta, como meio de entender que está sendo penalizado em razão do desrespeito às normas jurídicas, pagando pelo mal que causou à sociedade e ao bem jurídico, abrangendo uma concepção de justiça retributiva (GROKSKREUTZ, 2010).

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma. (SILVA, 2002, p. 35)

Pela teoria absoluta, a pena tem uma finalidade retribucionista, visando à restauração da ordem atingida. HEGEL assinalava que a pena era a negação da negação do direito. Já KANT disse que, caso um estado fosse dissolvido voluntariamente, necessário seria antes executar o último assassino, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo o povo. Para esta teoria, todos os demais efeitos da pena (intimidação, correção, supressão do meio social) nada têm a ver com a sua natureza. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado. (CARVALHO NETO, 1999, p. 15)

As absolutas fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu crime (punitur quia peccatum est). Negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. E ela simples consequência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime. (NORONHA, 2000, p. 223)

Nesse sentido único e exclusivo de punição, as teorias absolutas ainda teriam o caráter, em seu sentido geral, de incentivar o temor na sociedade, que saberia, através da dura aplicação da pena aos delinquentes, que o Estado ali aparece com forte poder coercitivo, fazendo “justiça” contra aqueles que lesaram importante bem jurídico social.

Por outro lado, as teorias relativas anulam todo e qualquer sentido punitivo da pena, focando-se apenas no caráter preventivo da punição, de forma que coíba a reprodução do crime, impedindo que os condenados voltem a delinquir, seja sendo ressocializados, seja sendo retirados do âmbito coletivo, quando se tratar de casos “irreparáveis”.

Parte-se, assim, do pressuposto de que aquele que delinuiu tende a reincidir no delito, sendo necessário, portanto, traçar meios de se garantir a paz e o equilíbrio social, evitando o cometimento de novos delitos.

Para tanto serve, em primeiro lugar, o castigo que, provocando o sofrimento de quem cometeu o delito, cria um contra-estímulo ao cometimento de outros; por isso punitur ne peccetur, isto é, a fim de tentar dissuadir o condenado a pôr-se em condições de ter de ser punido novamente. Sob este aspecto, o Direito Penal opera sobre a necessidade, constituindo um vinculum quo necessitate adstringimur alicuius... rei faciendae vel non faciendae; a obrigação penal, da qual se ocupa a ciência do Direito Penal material, é a expressão da finalidade preventiva do Direito Penal. (CARNELUTTI, 2004, p. 73)

Para a teoria relativa ou preventiva, a sanção penal tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção terá então caráter geral, na qual o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da lei penal, objetivando inibir as pessoas da prática criminosa; e caráter especial, visando o autor do delito, de maneira que, afastado do meio livre, não torne a delinquir [sic] e possa ser corrigido. (SILVA, 2002, p. 35)

Nesse viés, as teorias unificadoras ou relativas terão um caráter preventivo que será corroborado pela intimidação geral, quando analisada por um caráter de prevenção geral, e de retirada de circulação do criminoso ou reparação deste, quando analisada pelo seu aspecto especial ou individual.

Por fim, em análise às teoria mistas ou unificadores, têm-se uma teoria que visa agregar ambas as funções da pena, de forma em que esta agregue ambos os fatores de interesse social quando da aplicação de penas à delitos, principalmente quando se leva em consideração o alto custo do encarceramento para o Estado, e principalmente para um dos principais bens jurídicos constitucionalmente protegidos: a Liberdade.

Para esta teoria, a prevenção não exclui a retributividade da pena, de forma que se conciliem os âmbitos de justiça retributiva, intimidação geral e reeducação do criminoso; dando à pena caráter utilitário e puramente punitivo.

A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinquente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critério limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais. (SOUZA, 2006, p. 85)

5 DADOS SOBRE VIOLÊNCIA DA MULHER: COMO O DIREITO PENAL CORROBOROU A AÇÃO DO PATRIARCADO NA HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

As principais críticas tecidas aos dispositivos de defesa da mulher aqui tratados se concentram na ideia de uma aumento do direito penal de forma midiática, usando-se do direito penal simbólico, centrado na falsa ilusão de proteção, em que se invertem os pólos: ofensor ofendido, transformando a mulher em objeto sem voz, que transfere seu direito de defesa para o Estado, punindo desnecessariamente o homem, desrespeitando o princípio da fragmentariedade do direito penal e da igualdade formal.

Antes de adentrar tais especificidades, no entanto, é necessário compreender a longa trajetória de submissão da mulher no direito penal, e sua caracterização necessária como mulher honesta para que figurasse como digna de tutela do Estado.

A vida pública, ao longo da história do patriarcado, seria reservada aos homens, enquanto que à mulher seria sempre reservado apenas o espaço doméstico, de cuidado com o lar, com o marido e com os filhos. O sistema penal, agregando essa visão machista, reservava quase sempre à mulher o polo passivo do crime, sendo considerada como vítima, como ser vulnerável que necessita de tutela, desde que seja “moça de família”, ou “mulher honesta” (ANDRADRE, 2005, p. 85).

É nesse sentido que se observa o histórico de reprodução de crimes sexuais, da defesa da honra e da garantia do pátrio poder, em que a violação da honra era considerada como grave crime, mas a vítima de fato lesionada seria o pai ou esposo da mulher, que figurava nesse momento como mero objeto de posse, com elevado grau de pudor e recato para que pudesse configurar como ser humano de iguais direitos; há que se observar ainda, que em caso de desonra do nome da família por parte da mulher, o direito penal garantia ao esposo o direito de dispor de vida e morte da mulher adúltera.

O espaço de atuação da mulher sempre foi prioritariamente o privado. Basta recordar que o movimento feminino da segunda metade do século XIX na Europa reivindicava a igualdade jurídica, econômica e política entre os gêneros, exigindo que a mulher ‘saísse de casa’ e se liberasse da tutela do homem (pai, irmão, marido). Naquele momento, o direito exercia uma espécie de tutela que colocava as mulheres em posição subalterna. As mulheres eram excluídas da vida política e do exercício de uma série de profissões (sobretudo as de caráter liberal), possuíam acesso muito limitado à instrução, sofriam restrições ao direito de administrar o seu próprio patrimônio e, no âmbito do casamento, eram tidas como uma espécie de acessório do homem. Tudo isso confinava a mulher ao espaço privado. (SABADELL, 2005, p. 234-235)

Com o advento da segunda guerra mundial e das atrocidades praticadas pela ideologia puramente sistemática e formal do direito, a evolução de órgãos internacionais de direitos humanos foram fortemente difundidas, e deram forte íterim ao princípio da dignidade da pessoa humana, abarcando a necessidade de vedação de todos os tipos de discriminação, baseadas em gênero, etnia ou classe social.

Ademais da assinatura pelo Brasil de tratados internacionais de direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 veio a buscar a garantia de igualdade material entre homens e mulheres, no tocante a direitos e deveres. Nesse sentido, cabe mais uma vez ressaltar que a existência da palavra igualdade no contexto do Estado de Direito se refere a algo muito além do direito de igualdade puramente formal, remetendo-se a necessidade de políticas estatais que busquem igualar de fato aqueles com menor potencial de direitos, tratando-se os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades.

Quando de tais inovações, tornou-se necessária a visibilização da violência doméstica, por tantos anos autorizada no inconsciente coletivo, sendo tais crimes dirigidos diretamente os juizados especiais criminais, que transformaram a violência doméstica em crime de menor potencial ofensivo, restando o aparato de defesa da mulher contra a violência no ambiente familiar como relação penal banalizada, de menor importância e pouca proteção estatal, podendo toda pena ser convertida em prestação de cestas básicas ou paga pecuniária, mais uma vez relegando o papel da mulher na violência, restando a prestação do agressor para o Estado, não necessariamente a retratação para a vítima. (CAMPOS, 2006. P. 421)

Ainda dos tratados internacionais surge entre 1995 e 1996 a introdução do Brasil dentre os signatários da convenção de Belém do Pará, sendo uma declaração sobre a eliminação da violência de gênero, e portanto a obrigação de elaborar políticas públicas de combate à violência de gênero. Não sendo muito utilizada na prática, até à condenação do Brasil por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil por conivência no caso Maria da Penha, e deu origem à Lei 11.340/2006, que versa sobre violência doméstica e dá maior rigor na condenação de crimes praticados no ambiente familiar contra a mulher, buscando a maior capacidade preventiva geral da pena.

[...] determinados problemas até pouco definidos como privados, como a violência sexual do lar (doméstica) e no trabalho se converteram, mediante campanhas mobilizadas pelas mulheres, em problemas públicos e alguns deles se converteram e estão se convertendo em problemas penais (crimes), mediante forte demanda (neo)criminalizadora. (ANDRADE, 2003, p.17)

É importante frisar, no entanto, que a Lei Maria da Penha não deve agir unicamente como repressão penal, dado a isso seu caráter multidisciplinar, que busca a integração de uma reeducação social no sentido amplo quanto ao papel da mulher na sociedade, como sujeito de direito, e do abandono aos resquícios patriarcais até bem recentemente reforçados pelo sistema penal brasileiro.

6 OS INSTITUTOS JURÍDICOS: LEI DO FEMINICÍDIO E LEI MARIA DA PENHA

No processo histórico de luta feminista em prol da defesa da mulher dentro de uma sociedade machista, em que a cada dia se busca com maior empenho a quebra das amarras sociais relacionadas ao aprisionamento da mulher como ser inferior e restrito ao ambiente do privado e do doméstico, surgem no ordenamento brasileiro duas Leis voltadas a coibir a

violência contra a mulher, reconhecendo a valoração da dignidade da pessoa humana no âmbito da diferenciação de gênero, e traz-se a público o que antes apenas era considerado como “briga de marido e mulher”, ou como desinteressante ao direito, por se tratar de mero acontecimento do mundo dos fatos.

Em contramão de tais institutos legais, suscitou-se de logo a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, buscando trazer à baila o conceito formal de igualdade e caracterizar a rigidez da aplicação da pena a crimes cometidos contra a mulher como uma desvalorização da vida do homem em prol da vida da mulher, em violação ao princípio da proporcionalidade.

Como já dito anteriormente, a Constituição de 1988 não veda tratamento diferenciado a segmentos populacionais que requerem inegavelmente proteção diferenciada em decorrência da realidade social e que as aparta e as coloca em maior vulnerabilidade no ordenamento. Ao contrário do que afirma as vozes dissonantes, o princípio da igualdade se baseia justamente na promoção de ações positivas e promoção de políticas públicas voltadas a compensar desigualdades históricas, conferindo justiça e igualdade real aos cidadãos.

A Lei 11.340/2006, traz em seu preâmbulo a necessidade de se coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal, criando mecanismos que visam Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher, sendo uma Lei que abrange muito mais do que a simples punição e agravamento no âmbito do direito penal.

A promulgação da Lei dispõe ainda sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar, alterando o texto do código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais, buscando a criação de mecanismos para o reequilíbrio das relações do âmbito familiar, com necessária intervenção estatal dado ao ainda ao baixo grau de autodefesa a que são submetidas boa parte das mulheres brasileiras, segundo levantamentos de dados relacionados a violência doméstica e familiar, considerando ainda como violência doméstica as mais diversas relações familiares e íntimas de afeto (DIAS, 2010).

Quanto ao direito penal, as inovações trazidas pela Lei Maria da Penha envolvem desde a possibilidade de prisão preventiva, a medida protetiva de urgência, a limitação de fim de semana em casa de albergado cumprindo programas de reeducação, o direito ao sursis (suspensão condicional da pena), a vedação da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos, derivada da necessidade de vedar a conversão em pagamento pecuniários, de forma a realçar a relevância do bem jurídico tutelado, e a incondicionalidade da representação da ação em caso de lesão corporal, de forma a corroborar com a quebra do ciclo da violência

intrínseca, em que a mulher não consegue se desvincular do agressor por coação física, moral ou emocional; e por fim, afastando a competência dos juizados especiais criminais, para que se evite o enfrentamento dos crimes de violência doméstica como crimes de baixo potencial ofensivo.

No seguimento desse avanço, em 10 de março do ano de 2015 foi aprovada a Lei 13.104/2015, conhecida como Lei do Femicídio, figura tipificada pelo Brasil como 16º país na América Latina a prever a criminalização do tipo com maior rigor, quando caracterizado por assassinato baseado em violência de gênero.

A figura do Femicídio surge no ordenamento jurídico brasileiro alterando o artigo 121 do Código Penal, para incluir como circunstância qualificadora do homicídio o Femicídio, prevendo ainda aumento de pena em determinadas condições e coloca ainda o Femicídio no rol dos crimes hediondos da Lei 8.072/90.

É importante ressaltar que o Femicídio não é, como alardeiam os principais opositores da inovação jurídica, um instrumento de prestígio da vida da mulher em sobreposição à importância da vida do homem, mas tão somente uma qualificadora que age em caso específico de o homicídio ter sido cometido por razões de ser a vítima mulher, ou seja: por desprezo ao gênero mulher, ou por situação de violação de violência doméstica em que o parceiro comete crime contra a mulher achando ter posse sobre ela.

Nesse caso, a qualificadora do Femicídio é ainda importante meio de se coibir os abusos perpetrados pelas ideias abusivas de crimes de honra, de valorização da vida apenas da “mulher honesta” e da ideia de mulher como objeto do Lar, que deve obediência ao patriarca familiar.

É nesse sentido que a Lei do Femicídio de maneira nenhuma viola os princípios da igualdade; mais uma vez, pelo contrário, a formulação de tal qualificadora se deu diante da necessidade de um fato do mundo concreto, com base nos dados relativos ao alto índice de homicídio de mulheres pelo simples fato de serem do gênero feminino.

Atentando ainda com a evolução do direito Penal em seu sentido material, observa-se como qualificadoras da pena os casos em que o Femicídio tenha sido praticado: durante a gestação, nos três meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de quatorze anos, contra pessoa maior de sessenta anos, contra pessoa com deficiência, na presença de descendente da vítima, ou ainda na presença de ascendente da vítima.

É importante ainda analisar que o texto da Lei trouxe definição do crime como em “razão de ser mulher”, não em razão de gênero (apenas em gênero quanto ao aspecto

sociológico do papel da mulher para fazer jus a tal proteção estatal), vedando portanto a analogia “in mala partem”, apesar de toda a injustiça que pode ser perpetuada a partir da impossibilidade de se estender o dispositivo a travestis, transexuais e transgêneros, que sofrem de muito semelhante discriminação, sendo vítimas de diversos crimes baseados puramente no gênero.

Nesse sentido, Femicídio seria um conceito político, buscando designar a morte de mulheres baseada em alguma manifestação de poder patriarcal, da misoginia e do sexismo, em um sentimento de poder sobre o corpo das mulheres, em um sentimento de ódio e superioridade, em uma sociedade em que o homem se sente detentor do poder de controlar o destino de suas mulheres (GARRETO, 2014).

Femicídio está no ponto mais extremo de um *continuum* de terror antifeminino que inclui uma vasta gama de abusos verbais e físicos, tais como estupro, tortura, escravidão sexual (particularmente a prostituição), abuso sexual infantil incestuoso e extrafamiliar, espancamento físico e emocional, assédio sexual (ao telefone, na rua, no escritório e na sala de aula), mutilação genital (clitoridectomia, excisão, infibulações), operações ginecológicas desnecessárias, heterossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (ao criminalizar a contracepção e o aborto), psicocirurgia, privação de comida para mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome do embelezamento. Onde quer que estas formas de terrorismo resultem em mortes, elas se tornam feminicídios. (Russel e Caputi, 1992, p. 2).

7 POR QUE O PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NÃO EXCLUI A VALIDADE DAS LEIS 11.340/06 E 13.104/2015?

Com tudo o exposto até agora, é possível enxergar melhores delineamentos da relevância do bem jurídico a que se busca proteção quando da análise de tais dispositivos jurídicos, o qual a proteção de um grupo social historicamente desamparado, apartado e até mesmo criminalizado por sua personalidade no decorrer da história humana, mas também no decorrer da história do direito penal Brasileiro.

Nesse sentido, o ordenamento Jurídico Brasileiro a partir da Constituição de 1988 consagra em seu artigo V o seu compromisso com determinado grupo por ele fortemente excluído até então, e o exalta através de adesões a pactos internacionais de erradicação da violência e discriminação contra a mulher, deixando evidente sua opção pelo conceito material de direito em detrimento da proteção da igualdade puramente formal.

No condão de toda essa narrativa, no entanto, surge profundo descontentamento de diversos grupos, que trazem a problemática das Leis de Defesa da mulher como Direito Penal

simbólico, ou seja, aquele criado unicamente para acalmar ânimos sociais e conquistar vantagens legislativas, segregando uma nova classe e aumentando o encarceramento através de um bem jurídico insuficientemente relevante para ser punido com tamanha severidade.

É bem verdade que a tutela estatal não é e nem pode ser a forma mais adequada de dar voz às mulheres, contudo, a evolução da busca por igualdade material entre homens e mulheres ainda é um caminho extremamente pedregoso e de difícil tutela própria. Sendo assim, ao Estado cabe o papel da prevenção geral, que é uma das funções da pena adotada pelo ordenamento pátrio, mas também o papel de prevenção especial, no sentido de reeducar passo a passo um grupo historicamente adaptado a subjugar mulheres e tê-las como posse, sendo estes decisores de vida e morte, especialmente quando se trata do crime já materialmente cometido.

É nesse sentido o voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha do STF, quanto ao princípio constitucional da igualdade em sentido material (ROCHA, 1990, p. 39 e 41):

O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e rebaliza conceitos, reelabora-se ativamente, para igualar iguais desiguados por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a 'igualdade perante a lei' signifique 'igualdade por meio da lei', vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas. (...) O que se pretende, pois, é que a lei desigale iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz consequências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto antes buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desiguando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal. (...)”. “Ao comportamento negativo do Estado, passa-se, então, a reivindicar um comportamento positivo. O Estado não pode criar legalidades discriminatórias e desigualadoras, nem pode deixar de criar situações de igualação para depurar as desigualdades que se estabeleceram na realidade social em detrimento das condições iguais de dignidade humana que impeçam o exercício livre e igual das oportunidades, as quais, se não existirem legalmente, deverão ser criadas pelo Direito. Somente então se terá a efetividade do princípio jurídico da igualdade materialmente assegurado.

Segundo Lavorenti (2009), em contraposição à ideia de que as Leis de defesa da Mulher estão em contramão do Direito Penal mínimo, gerando ampliação dos mecanismos de controle estatal em prejuízo de garantias individuais, tutelando pequenos bens jurídicos, os valores tutelados por tais Leis “Estão em congruência com a gravidade das consequências da intervenção penal e em harmonia com as aspirações pluralíssimas do Estado Democrático de Direito.” (LAVORENTI, 2009, p. 275).

Considera-se, portanto, que há compatibilidade de bem jurídico tutelado, quando se avalia pelo princípio da dignidade da pessoa humana, entre a necessidade de tutela e a danosidade da ofensa para com a liberdade individual das mulheres.

8. CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se este artigo com melhores possibilidade de enxergar a interligação entre os princípios do direito penal brasileiro e a construção de figuras jurídicas que se pautem na defesa da mulher como sujeito de direitos historicamente defasados, que necessitam de especial atenção do Estado para que sejam capazes de alcançar sua igualdade material independentemente de gênero.

Observou-se que o Brasil se fez signatário de inúmeros pactos internacionais referentes à erradicação da violência e discriminação contra a mulher, assumindo ainda um compromisso nesse sentido em sua própria carta magna, assegurando a igualdade entre homens e mulheres como um dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, observemos que o ordenamento, como um todo coerente, não o deixa de ser pela aparente contradição entre novas sanções mais duras com sujeito especial de proteção, gerando uma segunda classe que passará a sofrer maior encarceramento.

Pelo contrário, apesar de todas as mazelas do direito penal e do sistema carcerário, o endurecimento da pena no que tange os crimes de violência contra a mulher caminham em direção das teorias mistas de função da pena, garantindo um “não voltar a pecar” e um “punir porque pecou”, respeitando o caráter de justiça e o caráter educativo traçados como objetivos primários da aplicação da pena.

Ainda no sentido dos princípios exigidos para a aplicação do Direito penal, entende-se que os instrumentos jurídicos de defesa da mulher são sim bens jurídicos de extrema relevância social e penal, sendo um dos cerne mais importantes da conjugação da vida social moderna: a busca pela igualdade material dos seres humanos. Nesse sentido, violar outro ser por decorrências de seu gênero é violar o próprio princípio da igualdade, tendo como necessária coerção e reeducação social.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Léo Rosa. Feminicídio, monogamia, violência contra mulheres. Disponível em: <<http://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/172692529/feminicidio-monogamia-violencia-contra-mulheres>>. Acesso em: 01 de julho de 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Sequência, Florianópolis, ano XXV, n. 50, p. 71-102, julho, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRÉ, M. E. D. A. Etnografia da prática escolar. Campinas: Papirus, 2007

AZEVEDO, Marcelo André. Direito Penal, Parte geral. São Paulo: Editora Jus Podium; 2015.

BRASIL. Lei do Feminicídio. Lei 13.104, de 5 de Março de 2015. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.html

CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.) Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999. Razão e Sensibilidade: Lei Maria da Penha e teoria feminista do Direito. In CAMPOS, Carmen Hein de (Org). Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARNELUTTI, Francesco, Lições Sobre o Processo Penal, volume 1, 1º edição, Campinas: Bookseller, 2004

CARVALHO NETO, Inacio, Aplicação da Pena, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999

DIAS, Jorge de Figueiredo. DIREITO PENAL, PARTE GERAL, TOMO 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Fortuna Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, 'Convenção Belém do Pará'. São Paulo: KMG, 1996. DESLANDES, F. S.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro.. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815>. Acesso em jun 2015.

LAVORENTI, Wilson. Violência e Discriminação contra a Mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro. Campinas: Millennium, 2009.

NORONHA, M. Magalhães, Direito Penal, volume 1, 35º edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

PRADO, Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1, 5º edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São paulo: Ed. RT, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

RUSSELL, Diana E. H.; CAPUTI, Jane.. Femicide: The Politics of Women Killing. New York, Twayne Publisher, 1992.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*: introdução a uma leitura externa do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Haroldo Caetano da, Manual de Execução Penal, 2º edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2002.

SOUZA, Paulo S. Xavier, Individualização da Penal: no estado democrático de direito, porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

**Submetido em 27 out. 2020. Aceito em 28 out. 2020.*