

Violência Contra a Mulher e o Processo de Juridificação do Feminicídio. Reações e Relações Patriarcais no Direito Brasileiro

Ana Lucia Sabadell

Profa. Titular de Teoria do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. É membro do conselho avaliativo do Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Comparado (Freiburg-Alemanha), onde atua na avaliação de pesquisas e programas de doutorado e de master nas áreas de Direito Penal, Sociologia Penal, Processo Penal e Criminologia.

INTRODUÇÃO

Objetivo desta conferência é abordar a questão do assassinato de mulheres por razões de gênero que, em março de 2015, foi incorporado ao Código Penal, como circunstância qualificadora do crime de homicídio e também integrado ao rol de condutas puníveis como crime hediondo. A análise que se apresenta fundamenta-se em argumentos de teoria feminista do direito, de política criminal e de sociologia jurídica feminista.

Parto de uma análise do processo de mudança social em relação ao papel da mulher nas últimas décadas e o relaciono com a juridificação de determinadas formas de violência de gênero e atuação do Estado como órgão garantidor de direitos fundamentais das pessoas. Indico o que considero como pontos emblemáticos deste processo e a seguir analiso o feminicídio como forma de manifestação social dessa violência e as reações que suscitaram sua juridificação no Brasil.

Neste contexto trago à luz reflexões teóricas que nos brindam a Teoria do Direito e o Direito Constitucional sobre o papel do princípio da

igualdade na tutela liberal dos direitos da mulher. Apresento uma perspectiva liberal na análise da questão porque as mudanças em curso estão fundamentadas em um discurso liberal, mas também aponto as contradições inerentes à adoção desta perspectiva.

1. HÁ UMA REVOLUÇÃO EM CURSO? VIOLÊNCIA, CULTURA E PROCESSO DE MUDANÇA SOCIAL

Os estudos sobre a violência de gênero têm se expandido nas últimas décadas. Isso decorre de um processo de mudança social, marcado por uma paulatina inserção da mulher na esfera pública¹, que se desenvolve no âmbito de uma dinâmica de “avanços e retrocessos”. De fato, não se trata de uma história linear. Porém, em decorrência dessa inserção, – ainda que associada a outra gama de fatores-, as mulheres começaram a gozar de maior visibilidade social. Enquanto o privado limita a pessoa ao anonimato, o público promove sua exposição, “situa-a” no mundo. Concede-lhe visibilidade e favorece a sua politização.

Essa progressiva, mas ainda muito limitada, visibilidade social da mulher, é um fator que contribuiu na intensificação dos estudos sobre os efeitos da cultura patriarcal no que tange à produção e reprodução da violência de gênero. E me refiro aqui a um conceito amplo de violência, que abrange todas as formas de comportamento que impliquem discriminação da mulher. Quando esta, por exemplo, recebe salário inferior ao do homem pelo exercício de uma mesma função laboral, ela é vítima de uma agressão, de uma forma de violência que se caracteriza pela discriminação salarial². E essa situação perdura, apesar de as pesquisas indicarem que a mulher está cada vez mais inserida no mercado de trabalho³. Posso

1 Essa inserção ocorre de forma mais intensa a partir da segunda metade do século passado quando o trabalho feminino não é mais exercido unicamente pelas classes mais pobres da sociedade. Em outras palavras, quando a mulher, branca, ocidental e de classe média, possui acesso à educação, o trabalho feminino vai, paulatinamente, se ampliando. Ademais de professoras e enfermeiras, as mulheres começam a exercer outras funções na esfera pública que estão desvinculadas da relação de dever-cuidado inerente ao ofício do magistério e da assistência aos doentes.

2 Apenas para ilustrar cito aqui o resultado de uma pesquisa do IBGE sobre a mulher no mercado de trabalho, em que são comparados dados do ano de 2003 com dados do ano de 2011. A pesquisa confirma a existência da citada diferença salarial entre homens e mulheres. Cf. http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoe-rendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf. Outras pesquisas sobre o mesmo tema estão publicadas no site do IBGE.

3 A título de exemplo, indico apenas um dado sobre o referido avanço: a proporção de mulheres no mercado de trabalho no Brasil pulou de 57% em 1992 para 62.9% em 2004 e chegou a 64,8% em 2009. Ver: José Ribeiro Soares Guimarães (org.). "Perfil do Trabalho decente no Brasil. Um olhar sobre as unidades da federação durante a segunda metade da década de 2000". Brasília, OIT, 2012. Existe versão online disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/indicadorestdnovo_880.pdf.

assim, afirmar, como o tenho feito em pesquisas desde o ano de 1998, que a discriminação da mulher é sempre um ato de violência⁴.

Até algumas décadas atrás, não eram produzidos dados estatísticos sobre a vitimização feminina, nem no ambiente de trabalho e muito menos relativos à prática de crimes contra a vida, a liberdade sexual e a integridade física da mulher em situação de violência de gênero. Os números eram invisíveis. Não se sabia quantas mulheres eram anualmente vítimas de violência doméstica ou quantas morriam assassinadas por homens com os quais mantiveram vínculos afetivos⁵. Hoje vários países, Ongs, organismos regionais e internacionais se ocupam da produção de tais dados.

Assim sendo, foi possível revelar que tais práticas são sistemáticas. Ocorre, porém, que a mudança - no sentido da inclusão da mulher e tutela de seus direitos-, se dá de forma dialética e paulatina, mas também depende de fatores internos e externos que incidem sobre cada estado.

Assim mesmo, podemos afirmar que existem avanços⁶ que convivem com situações de possíveis “retrocessos”. Dois exemplos. Como explicar que o IBGE tenha identificado que entre 2004 e 2014 a dupla jornada de trabalho feminina sofreu sensível avanço? Enquanto diminuiu a jornada de trabalho masculina no lar, a jornada das mulheres aumentou. Os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) indica que entre 2004 e 2014 as horas que elas dedicavam ao cuidado do lar aumentaram em 54 minutos, passando de 4 horas e 6 minutos em 2004 para 5 horas diárias em 2014! E curiosamente, as horas da jornada de trabalho dos homens fora do lar diminuiu, mas isso não se converteu em uma maior “colaboração” nas tarefas domésticas! Além disso, o ganho salarial feminino caiu, se comparado com o ganho masculino⁷. Outra si-

4 Refiro-me à minha tese de máster, defendida em 1998, na faculdade de direito da Universidade do Saarland-Alemanha, na cidade de Saarbruecken e intitulada “A administração do direito das mulheres no marco do direito internacional”, (monografia inédita).

5 O “modelo de protocolo latino-americano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio-feminicidio)”, publicado pela ONU no ano de 2014, no texto introdutório reconhece que a produção de dados estatísticos sobre a violência perpetrada contra a mulher é muito recente (pág. IX). Acessível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDelInvestigacion.pdf>.

6 A título de exemplo, indico apenas um dado sobre o referido avanço: a proporção de mulheres no mercado de trabalho no Brasil pulou de 57% em 1992 para 62.9% em 2004 e chegou a 64,8% em 2009. Ver: José Ribeiro Soares Guimarães (org.). “Perfil do Trabalho decente no Brasil. Um olhar sobre as unidades da federação durante a segunda metade da década de 2000”. Brasília, OIT, 2012. Existe versão online disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/indicadorestdnovo_880.pdf.

7 Os dados podem ser consultados no site do IBGE, em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149.

tuação exemplar refere-se à taxa de desocupação laboral feminina. O informe *Panorama Laboral 2015. América Latina y El caribe* da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indicou que essa taxa aumentou em toda a região no ano de 2015, especialmente se comparada com a taxa de desemprego masculina. Interessante observar que o mesmo informe já indicava uma oscilação desta taxa, independentemente da melhoria da condição econômica na região em anos anteriores⁸.

No âmbito penal, os retrocessos também podem ser identificados. Como explicar, por exemplo, que após o desenvolvimento de políticas públicas e da juridificação da violência doméstica, há países que se depararam com dados estatísticos que indicaram um aumento dessa prática, inclusive identificando-se aumento no número de assassinatos de mulheres⁹? Obviamente, existe uma série de fatores sociais que podem explicar essas “contradições”, ao menos, hipoteticamente. Porém, existe um elemento que condiciona todos os fatores. Trata-se, na verdade, de uma constante na análise do problema: a cultura patriarcal. Dentre estes fatores, destaco os que me parecem mais relevantes para a análise do impacto da lei que torna o feminicídio uma qualificadora no Código Penal brasileiro.

Situo, inicialmente, o conhecimento “parcial” da violência contra a mulher (em sentido amplo) por parte das autoridades públicas e da própria comunidade, que implica um tratamento fragmentário dessa mesma violência.

Ocorre que a invisibilidade “secular” da mulher e, por conseguinte, de seus problemas, se relaciona diretamente com o que denomino

8 Cf. *Panorama Laboral 2015. América Latina y El caribe*. OIT, Lima (Perú), 2015. Existe versão online disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_435169.pdf.

9 No documento "Mapa da Violência 2012". Caderno Complementar 1: Homicídio de mulheres no Brasil (de autoria de Julio Jacob Waiselfisz e editado pelo Instituto Sangari em São Paulo no ano de 2012), se apresenta, na página 4, um gráfico que ilustra esta situação. Em 2006 o número de assassinatos foi de 4.022 e em 2007 houve um decréscimo, caindo para 3.772. Porém, nos anos seguintes, esses números aumentaram sensivelmente. A taxa de homicídios em 100 mil mulheres, que era de 3,9 em 2007, pula para 4,2 em 2008 e chega a 4,4 em 2010. Cf. http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf. Essas informações foram objeto de análise de órgãos do estado que chegaram a sustentar que sem o advento da Lei Maria da Penha, o número de homicídios de mulheres teria crescido muito mais no país. Trata-se de afirmação de cunho populista, sem nenhuma base científica, feita por órgãos vinculados com as políticas do governo federal. Não se pode, hipoteticamente, “isolar” a influência de uma variável e tirar conclusões fáticas, sem realizar uma real confrontação de dados. Em outras palavras, só após anos de ab-rogação da lei é que seria possível sustentar tal argumento, obviamente, sempre que precedido de uma pesquisa empírica minuciosa que permitisse corroborar uma tal hipótese. Sobre a referida afirmação, Cf; Cerqueira, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins; MARTINS, Ana Paula Antunes e JÚNIOR, Jony Pinto. "2048. Texto para discussão. Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha". IPEA: "Lei Maria da Penha reduziu violência doméstica contra as mulheres", Instituto de pesquisa econômica aplicada (IPEA), Brasília-Rio de Janeiro, 2015. É possível consultar versão online do referido documento em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3538/1/td_2048.pdf.

de “*não problematização da cultura patriarcal*”. A invisibilidade feminina funciona como uma espécie de “*escudo de proteção*” da cultura patriarcal. Quando não se desvela o véu da ignorância e não se torna pública a violência sofrida pela mulher, o machismo não é percebido negativamente e, portanto, não há razões plausíveis para pleitear uma mudança social. Aqui cabe um esclarecimento mais detalhado. Se em determinado contexto social atitudes machistas são percebidas como “normais” pela comunidade (e autoridades), como esperar que mude a percepção social com relação aos efeitos nefastos da cultura patriarcal¹⁰?

Emprego aqui dois exemplos para ilustrar esta tese. A repreensão verbal do marido em face da roupa “muito decotada” usada pela esposa para ir a uma festa e a publicidade de cerveja que se utiliza de uma bela modelo, trajando uma camiseta e um short curtinho, para estimular e aumentar a venda do produto. Essas duas situações podem passar despercebidas pela maioria das pessoas ou apenas serem identificadas como situações “inócuas”. No primeiro caso, porque isso é o que se espera de quem assume o papel social de “marido”, que cuide de sua esposa, que evite que ela possa ser “exposta” ao assédio de terceiros. Então, frente a uma roupa considerada ousada, ele deve se manifestar para alertar a esposa acerca da conveniência do uso daquela vestimenta. No caso do publicitário, é o que se espera de quem pretende aumentar a venda de cervejas entre o público consumidor. Como as pesquisas indicam que a maioria dos consumidores de cerveja pertencem ao gênero masculino, associar o consumo de bebida alcoólica com uma bela mulher, com trajes provocantes, consiste em uma estratégia para atrair o público masculino heterossexual.

Ora, a autoridade pública, tal como grande parte da população, não percebe o potencial lesivo que está por de trás da “simples” repreensão verbal (não use essa roupa!) e do citado anúncio de bebida. Não percebe que ambas as condutas constituem manifestações do processo de “*coisificação*” da mulher. É a suposta “inferioridade” social da mulher que possibilita que ela seja tratada como um ser “incapaz” de tomar decisões sensatas e que, por tal motivo, deve permanecer sob a tutela do esposo.

10 Um exemplo em concreto. Em 27 de setembro de 2013 um conhecido jornalista do jornal **Folha de São Paulo** (Hélio Schwartzman), publicou um texto comentando uma pesquisa do IPEA que indicava aumento de assassinatos de mulheres depois do advento da Lei Maria da Penha. O jornalista atacou duramente a lei e, empregando argumentos sexistas, responsabilizou as mulheres pelas agressões sofridas e sustentou que os homens matam as mulheres simplesmente porque são fisicamente mais fortes. A reportagem pode ser consultada em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2013/09/1348060-um-caso-de-fracasso.shtml>.

Isto equivale a tratar a mulher como objeto. Ao marido incumbe a tarefa de manter a sua “propriedade” intacta. E os meios de comunicação, ao divulgarem a propaganda de cerveja, também difundem a ideia de que a mulher é um objeto que pode ser comprado. Por isso, carros, barcos, bebidas alcólicas (e inclusive cigarros no passado) são vinculados à imagem de uma bela mulher. Contraditoriamente, são esses mesmos meios de comunicação que divulgam hoje, no Brasil, dados sobre a prática da violência doméstica!

Agora, o Estado não toma nenhuma iniciativa de cunho educacional para evitar que maridos se comportem como “proprietários” de mulheres, ele apenas se propõe a repreender aqueles que chegam às vias de fato! Atua-se, apenas, contra determinadas formas de violência patriarcal, e ainda assim, somente sob o viés penal.

Dessa forma, os “avanços” de ruptura com o legado patriarcalista dividem espaço com os mecanismos que promovem a própria manutenção da cultura patriarcal¹¹! Nesse contexto, torna-se ainda mais difícil para a vítima de violência doméstica (e para a comunidade em geral) identificar determinadas condutas como potenciais atos de agressão. Isso também permite explicar a pouquíssima incidência da lei Maria da Penha em casos em que não há emprego de violência física contra a vítima. É a alegação da violência física que permite desvendar a prática de uma possível violência psíquica, mas o contrário não é válido.

Ademais, também contribui para essa situação dialética a opção de vários governos por tratar o problema da violência contra a mulher prioritariamente pelo viés punitivista, por meio da criminalização de condutas e da criação de um sub-sistema de justiça penal. Essa opção se relaciona também com o fator anteriormente mencionado. É plausível que muitas autoridades estatais (e internacionais) acreditem que criminalizando a manifestação mais extrema da cultura patriarcal, o problema da violência contra a mulher se resolva. Por isso, os Estados mudaram, nas últimas dé-

11 Um exemplo concreto da difusão dessa cultura no meio jurídico constitui a afirmação de Cabette, um jurista que comentou a lei de feminicídio (posteriormente retomarei seu texto ao tratar do princípio da igualdade na qualificadora do feminicídio) : “O amor sexual é egoísta, profundamente egoísta. Trata-se o objeto do desejo como uma propriedade que se pode *utendi et abutendi*, de que se tem o direito de dispor livremente, que se pode sequestrar unicamente para nós, roubando-a ao mundo inteiro, para a gozarmos à nossa vontade. Será que uma mera mudança de nome e de posição topográfica de uma qualificadora do homicídio seria capaz de dar cabo de uma paixão destrutiva humana (*comum a homens e mulheres*) que configura uma categoria criminológica? É claro que não! Isso somente pode passar pela cabeça de pessoas que não têm a mais mínima noção sequer das diferenças entre Criminologia e Direito Penal”. CABETTE, Eduardo. **Femicídio**. Mais um capítulo do direito penal simbólico agora mesclado com o politicamente correto. In: <http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/159300199/femicidio-mais-um-capitulo-do-direito-penal-simbolico-agora-mesclado-com-o-politicamente-correto>. (grifo nosso).

cadadas, radicalmente seu discurso. Passaram da complacência com determinadas formas de manifestação de violência de gênero ao punitivismo efficientista. O que as autoridades certamente não percebem é que, para enfrentar de modo eficaz a violência contra a mulher, devem-se promover, *de fato*, políticas educacionais, que repercutam no “modo” como as pessoas pensam, percebem, sentem e reagem frente ao pressupostos da própria cultura patriarcal¹².

Concentrar-se exclusivamente na punição da *ultima ratio* do patriarcado, implica em negar a própria “letalidade” desse sistema cultural, implica a negar que se trata de um sistema que produz e reproduz violência e desigualdade social entre os gêneros. Frente a essa explanação, é sempre possível fazer ao menos duas objeções lógicas. As leis que tratam da violência doméstica comumente fazem referência, como no caso brasileiro, à necessidade do desenvolvimento de políticas públicas, incluindo pesquisa, educação e outros tipos de intervenção social. Porém, trata-se, em sua maioria, de normas programáticas que não permitem “cobrar” das autoridades as medidas de implementação necessárias para atingir esses objetivos. Ou seja, não estamos diante de uma obrigação de fazer. E a outra objeção se refere ao próprio processo de mudança social. Até que ponto o estado pode ter o protagonismo e a capacidade de promover tamanha mudança social? E até que ponto o direito pode ser um instrumento de mudança¹³?

Em relação a essa última objeção eu diria que esse processo de mudança já se iniciou. O crescente aumento de participação feminina na esfera pública é hoje um fato, apesar de sua pouca representação em cargos de poder. Esclareço com um exemplo muito concreto. Até poucos anos nas universidades brasileiras (e aqui situo as próprias faculdades de direito) não se ouvia falar em organizações estudantis feministas. Hoje a situação é praticamente inversa, especialmente nas universidades públicas. Portanto, não se trata de um processo de mudança “imposto de cima para baixo”, mas de um processo de mudança que já está ocorrendo, mas que pode ser mais efetivo se o Estado cumprir seu papel de tutela dos direitos fundamentais de todas e todos.

12 Outros elementos podem ser aqui aduzidos para explicar a relação entre avanço e retrocesso, tais como a complexa questão da cifra obscura e sua relação com a produção de dados estatísticos; a recusa de muitas vítimas em socorrer-se do sistema penal punitivista por entender que este exclui seu direito de “escolha”; mas também o aumento de denúncias nos últimos anos, decorrente da própria “politização” dessa forma de violência.

13 Sobre a mudança social e sua relação com o direito, Cf. SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª. edição, 2013, p. 87 e ss.

Assim mesmo, fato é que, apesar da “politização” da *última ratio* da violência contra a mulher em diversos países que adotam o regime democrático, milhares delas continuam sendo diariamente vitimadas em diversas partes do mundo¹⁴.

Por outro lado, apenas uma avaliação global dessa problemática permitirá refletir sobre o(s) modelo(s) de política pública que deve(m) ser desenvolvido(s) para erradicar tal violência.

2. ESTADO PATRIARCAL

Cabe ainda uma última avaliação de cunho teórico, muito mais complexa. Tudo o que foi dito até aqui sobre as supostas “contradições” das autoridades do estado, que parecem se equivocar quanto ao tipo de medidas públicas necessárias para combater o problema da violência contra a mulher na atualidade, pode ser questionado se fizermos uma análise da política de estado à luz da(s) teoria(s) feminista(s) do direito, especialmente se criticamos, no âmbito dessas teorias, aquelas de cunho liberal.

Ocorre que o Estado é patriarcal. Ele se fundamenta e se estrutura-se em torno a valores patriarcais. Foram os “homens” (brancos, burgueses e detentores de poder) que promoveram, no Ocidente, a derrocada da sociedade estamental, no final da segunda parte do XVIII na Europa. Foram os homens que desenvolveram a ideologia liberal, que estabeleceram a divisão entre esferas pública e privada e que excluíram as mulheres do acesso à esfera pública. O Estado moderno é prioritariamente um estado patriarcal.

Por tal motivo, aquilo que pode nos parecer, inicialmente, uma contradição, uma falta de conhecimento da complexidade da problemática da violência contra a mulher pelo próprio Estado, pode ser, na verdade, uma postura condizente com a sua própria ideologia. Um governo de homens para homens. Mas não qualquer homem. Situando aqui apenas o continente europeu, posso afirmar que o novo modelo de sociedade que começa a ser desenhado a partir da Revolução Francesa e da Revolução Industrial também excetua os homens pobres, negros e indígenas, para estes não há cidadania nem participação na esfera pública.

De todas as formas, é sempre possível objetar e dizer que tomar consciência de que o Estado tem gênero (e, por conseguinte, também o

14 CF. "Modelo de Protocolo Latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género", *op. cit.*

direito) não impede a sua transformação. Quem abraça essa tese entende que o Estado vive uma situação de transição. Tudo o que já foi feito em termos de inclusão da mulher na esfera pública e de tutela de seus direitos fundamentais - sobretudo a partir da segunda metade do século XX-, constitui um grande avanço. A dialética que se identifica por meio de movimentos de “avanços e retrocessos” é a prova cabal de que ocorrem mudanças sociais significativas. O que deveria ser feito é continuar pressionando o estado para tomar medidas de políticas públicas compatíveis com a gravidade e complexidade da violência à qual as mulheres são submetidas. Essa é, em grande parte, a posição da ONU. Mas devemos reconhecer que esse é um discurso liberal, que aposta na capacidade de o Estado patriarcal se “subverter”, e assumir um discurso liberal feminista.

Realmente, as reformas que estão se concretizando são de cunho meramente liberal. Mesmo assim, são reformas importantes. A educação *de e para* o gênero é um discurso de vanguarda e tem uma capacidade revolucionária. Quando falo de educação, emprego aqui o termo em sentido amplo, não basta a pretensão do MEC de, ao criar uma base curricular única para o ensino fundamental e o médio, incluir ali uma disciplina que aborde a questão da discriminação de gênero. É preciso ir além e utilizar também outros canais de comunicação social com a finalidade de educar e sensibilizar para o gênero.

Além das organizações de moradores, bairros, Ongs, representações religiosas, também a cultura expressa por meio da arte em geral (música, pintura, cinema, teatro etc.), deve ser instigada a contribuir para a produção de uma cultura inclusiva de direitos e de respeito verso ao diverso. Sustento que a educação não deve ser um instrumento empregado apenas para combater a violência contra a mulher, deve também abranger os direitos da comunidade LGBT.

A grande vantagem da educação em relação ao uso do direito, é que a educação cria diálogo, propicia a comunicação e implica um processo de reflexão, enquanto o direito se limita a identificar as situações de violação da norma e aplicar a respectiva sanção. Nesse sentido, o direito não é - ao contrário da educação-, um instrumento de transformação social.

Em outras palavras, o que se pleiteia é que o Estado seja garantidor dos direitos fundamentais de todas e todos e que efetivamente combata a discriminação em todas as suas formas e, para tanto, ele precisa abandonar a mentalidade estritamente punitivista e patriarcalista. Nesse sentido,

o direito deve ser usado apenas como um instrumento acessório e não como instrumento principal no combate à violência de gênero.

3. MARCO LEGAL DO FEMINICÍDIO NO BRASIL E EFEITOS DA LEI

Em seu relatório final, a *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito* (criada especificamente para tratar da violência de gênero) apresenta dados muito atuais acerca da violência contra a mulher e, pela primeira vez, se reconhece, em documento oficial do Estado, que se trata de um problema cultural¹⁵.

Essa comissão fez referência ao projeto de lei do senado 292 /2013, que propunha uma redação diversa do atual inciso VI do § 2º. Não vou entrar aqui nas discussões sobre as diferenças entre o projeto e a lei aprovada, mas considero importante mencionar que o projeto, ao empregar o termo mulher (e não sexo feminino), permitia uma interpretação favorável à inclusão das pessoas que se identificam como mulheres e aquelas que realizaram mudança de sexo.

Apesar disso, uma interpretação gramatical nunca poderá excluir aquelas pessoas que mudaram seu registro civil, porque a lógica e a coerência indicam que o ordenamento jurídico não é contraditório. Quem é reconhecida como mulher para efeitos da legislação civil, assim também o será para efeitos da lei penal.

É também importante salientar que a referida Comissão Parlamentar Mista de Inquérito justificou a opção pela criminalização do feminicídio, não como crime autônomo, mas como forma qualificada (“autônoma”) do crime de homicídio, considerando justamente dados que foram anteriormente aqui expostos. Especialmente, aqueles que indicam que as taxas de assassinatos de mulheres por 100 mil habitantes não sofreram decréscimo nos últimos anos, ao contrário, sofreram aumento. Entre os anos de 2000 e 2010 verificou-se que 41% das mulheres vítimas de homicídio foram mortas em suas próprias casas, em geral, por companheiros ou ex-companheiros.¹⁶

15 O relatório da referida comissão pode ser consultado em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=130748&tp=1>.

16 Dados podem ser consultados em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/11/PLS292_2013_justificacao.pdf.

Isso se evidencia da leitura da justificativa do PLS 292 de 2013 (anexada ao relatório final da referida CPMI), quando sustenta: “(...)A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido ‘crime passional’. Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege ainda a dignidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas(...)”¹⁷.

Como já foi assinalado por outras palestrantes, acrescentaram-se ao parágrafo 2º. do art. 121, o inciso VI; o § 2º-A e § 7º. e os incisos I, II e III, com a finalidade de regular uma nova forma qualificada de homicídio, que tem como vítima específica a mulher.

Sabemos que a pena cominada não difere daquela estipulada para as demais formas de homicídio qualificado, permanecendo nos limites da reclusão de 12 a 30 anos. Ademais, essa forma qualificada foi também integrada à lei de crimes hediondos, de forma que o cumprimento da pena se dará de forma muito mais rigorosa.

3.1. Efeitos do processo de juridificação do feminicídio. Leitura jussociológica

Resumidamente, destaco que, logo após a introdução do feminicídio entre as qualificadoras do art. 121 do Código Penal, foram publicados artigos em revistas especializadas, matérias de jornais, comentários em sites da internet e programas televisivos, sobre essa iniciativa do legislador pátrio. Para efeitos de análise imediata do impacto da referida lei, optei por consultar apenas textos jurídicos publicados na internet. São, em sua maioria, artigos jurídicos, mas também há artigos de jornal (também transcritos na internet). A justificativa é que tais textos me permitiram identificar as reações iniciais que o tratamento penal do feminicídio sus-

¹⁷ A título de exemplo, cf. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários ao tipo penal do feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP)**, in: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>.

citou no país. Fiz uma classificação dessas reações considerando o conteúdo dos argumentos empregados e pude identificar 4 (quatro) tipos de discursos, a saber:

I. *Discurso prático “apolítico”*, que apenas se propõe a descrever as inovações feitas pelo legislador no crime de homicídio, sem tecer opiniões sobre adequação ou conveniência da edição da norma. Aqui se situam as típicas publicações de cunho prático, voltadas, muitas vezes, só a informar ao leitor sobre alterações legais.

II. *Discurso supostamente político-garantista e patriarcalista*, que critica a criminalização empregando argumentos oriundos da teoria garantista do Direito Penal, inclusive aludindo ao Direito Penal mínimo¹⁸.

III. *Discurso político-feminista*, que se posiciona favoravelmente à criminalização e que endossa os argumentos expostos pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito¹⁹.

IV. *Discurso político-patriarcalista*, que critica a criminalização com emprego de argumentos puramente sexistas.

Neste estudo me dediquei a destacar o segundo e o quarto tipo de discurso, ou seja, os discursos políticos que retratam uma concepção patriarcalista. Mesmo quando se autoidentificam como “garantistas”, estes discursos se manifestaram contrários à criminalização e, em alguns casos, empregam argumentos sexistas. Os autores mencionados (aqui situo cinco) são: Vinicius Rodrigues Arouck; Euro Bento Maciel Filho; Eduardo Luiz Santos Cabette, Luís Francisco Carvalho Filho e Leonardo Isaac Yarchewsky²⁰. A maioria leciona em cursos jurídicos. Isso significa que “educam” estudantes e muito provavelmente “difundem” suas ideias sexistas em sala de aula.

3.1.1. Crítica à suposta violação do princípio da igualdade

Autores sustentam, com argumentos diversos, que a lei viola o princípio da igualdade. Os menos “exaltados” fundamentam seus argumentos em uma superficial análise do princípio da igualdade. Os sexistas utilizam

18 Como veremos, aqui se classifica o texto de Eduardo Luiz Cabette, ainda que este também empregue argumentos sexistas, seu discurso se “disfraça” de suposto garantista.

19 CAMPOS, Carmem Hein de. “Feminicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista”, em: **Revista Sistema Penal e Violência**, v. 7, núm. 1 (2015), acessível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275>.

20 Saliento que a referida lei também recebeu duras críticas de mulheres vinculadas aos meios de comunicação, mas a seleção dos referidos autores se deve ao fato de apresentarem argumentos supostamente jurídicos em suas críticas.

uma linguagem mais agressiva e tentam inverter o argumento da discriminação da mulher em favor de uma suposta discriminação masculina. Destaco algumas falas e, a seguir, apresento minha análise.

a) Argumento de Arouck: *“Ora, acredita-se que tal alteração trará uma desnecessária diferenciação de gênero, capaz de prejudicar, principalmente, a ampla defesa dos acusados (...).”*

b) Argumento de Yarochevsky: *“Ao tratar o homicídio perpetrado contra mulher (feminicídio) mais severamente do que o cometido contra o homem, o projeto está dizendo que a vida da mulher vale mais que a do homem. Está tratando bens jurídicos idênticos (vida humana) de maneira desigual. Isto, além de violar a Constituição, pode se transformar em perigosa e odiosa forma de discriminação. No futuro próximo, por razões diferentes, mas semelhantes, os negros, apenas para citar uma hipótese, podem lutar a fim de que os homicídios cometidos contra eles passem a ter, também, uma punição mais rigorosa, afinal os negros estão entre as principais vítimas de homicídio, inclusive praticados por policiais.”*

c) Argumento de Filho: *“Mas é um desastre técnico. Conspira contra o equilíbrio, a equidade e a lógica do Código Penal. Conservadores ou liberais, códigos deveriam ser estrategicamente reformados, não mutilados por alterações irracionais, desconexas. A ineficácia foi percebida pelo editorial exato da Folha.(...)Assim, sendo certo que o princípio da isonomia visa evitar que o legislador, ao elaborar as leis, nela inclua “fatores de discriminação”, como, então, justificar a previsão legal do “feminicídio”?Para que fique bem claro, não se está aqui afirmando que a inclusão do “feminicídio” no Código Penal seria um exagero, porém, em termos bem objetivos, é evidente que o novo tipo penal é, sem dúvida, “discriminatório”. (...) Em termos mais claros, nota-se que o legislador criou um discrimen entre homens e mulheres. De fato, o homem, ainda que venha a ser vítima de “violência doméstica”, não terá a mesma proteção legal que ora se pretende ver conferida à mulher. (...)Com efeito, justamente por ser uma lei elaborada para beneficiar e proteger apenas a mulher, muitos a criticam por considerá-la inconstitucional. (...). Excluir o homem desse cenário é, sem dúvida, um fator de discriminação, que desafia a igualdade pregada pela Constituição Federal(...). Por tudo, razão assiste a Maria Lúcia Karam*

quando salienta que “a criação de novos tipos penais ou a maior severidade da repressão penal em relação a violências praticadas contra a mulher em nada podem contribuir para o reconhecimento e garantia de seus direitos, tampouco trazendo qualquer contribuição para que se avance na concretização da igualdade entre homens e mulheres e na construção de uma nova forma de convivência entre os sexos”.

3.1.2. Análise dos argumentos relativos à violação do princípio da igualdade

Uma característica que apresentam os argumentos citados é afirmar que houve violação do princípio da igualdade, já que não se concede o mesmo tratamento jurídico em caso de assassinato de homens. Voltaremos a analisar esse argumento mais adiante. Início a análise desse apartado especificando alguns dados importantes sobre o princípio da igualdade, pois considero que os argumentos expostos, além de serem machistas, indicam um profundo desconhecimento acerca desse princípio.

Na filosofia e na teoria do direito, alguns especialistas se debruçaram sobre os modelos jurídicos de tratamento da diferença que repercutem na configuração da igualdade e da desigualdade. Destacaremos aqui uma análise de Ferrajoli, de final dos anos de 1980, que permite responder com precisão aos argumentos aludidos. Porém, antes é necessário fazer uma observação de cunho histórico, que nos permite identificar os problemas com o desenvolvimento do princípio da igualdade e que pode nos indicar por que os autores anteriormente citados fazem uma análise que considero equivocada do princípio da igualdade ²¹.

As constituições que surgem no final do século XVIII e durante o século XIX rompem com o modelo de organização estamental da sociedade. Elas introduzem (e ao mesmo tempo se fundamentam), a tutela da igualdade e da liberdade. Como sabemos, a sociedade estamental excluía a mobilidade social e restringia o acesso ao direito de propriedade. O direito casuístico, obviamente, tutelava esses valores.

21 Sobre os modelos de tratamento do princípio da igualdade, se deve consultar inicialmente: FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale**. Laterza, Roma-Bari, 1989; e sua posterior obra **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia**, Laterza, Roma-Bari, 2007, 3 volumes. Um trabalho publicado entre estas duas obras onde o autor retoma a reflexão sobre a questão da igualdade em face das diferenças entre os gêneros é o artigo denominado “La differenza sessuale e le garanzie dell’uguaglianza”, publicado na revista italiana **Democrazia e Diritto**, v. 2, 1993, p. 64 e ss. Aqui ele reconhece a existência de um direito próprio da mulher, aludindo ao feminismo da diferença sexual. Os argumentos que a seguir exponho se fundamentam nestes três textos.

Com o advento do movimento filosófico e político do Iluminismo, há uma ruptura com esse modelo de organização social. Porém, como mencionei em outros artigos de História do Direito²², se trava uma batalha, pouco conhecida, entre mulheres e homens envolvidos com o movimento iluminista. Apenas situo o exemplo de Olympe de Gouges, que chegou a elaborar uma “Declaração dos direitos da Mulher e da Cidadã”²³ e, ao fazer oposição a Robespierre, foi guilhotinada em 1793, considerada um “mau exemplo” de mulher.

E por qual motivo cito isso em uma análise sobre feminicídio? Ocorre que o modelo “vitorioso” de organização social, que prevaleceu como resultado da revolução iluminista, foi essencialmente o masculino. Então, nenhuma declaração de direitos ou texto constitucional empregava expressões que indicassem a inclusão de todas as mulheres. Substantivos, artigos e adjetivos sempre eram empregados no “masculino”. Por isso, a adoção os textos revolucionários, como a declaração francesa de 1789, se intitula “Declaração dos direitos do homem e do cidadão”.

E estabelece-se, logo no primeiro artigo: “*Os homens nascem iguais e são livres e iguais em direitos*”. Essa expressão se perpetua na maioria das Constituições dos estados ocidentais democráticos, mesmo quando em outras passagens se afirma a suposta igualdade entre homens e mulheres. Isso marca profundamente o desenvolvimento do princípio da igualdade nos períodos subsequentes. Abole-se uma sociedade estamental, mas, reinventa-se outra forma de exclusão. A expressão “*Todos somos iguais perante a lei*”, se dirige exclusivamente à figura do homem ocidental, branco e proprietário. Mulheres, negros, crianças e índios são excluídos do exercício de direitos. Em uma perspectiva apenas simbólica, mas que não permite problematizar o exercício do poder público apenas pelo homem, a linguagem jurídica passará a ser empregada de forma supostamente “neutra”. Porém, não há nenhuma neutralidade no emprego de uma linguagem excludente.

E se acaso consideram muito radical meu discurso, pergunto-lhes então por qual motivo as mulheres lutaram durante o século XIX e XX

22 Dentre estes, cf. SABADELL, Ana Lucia. "Iluminismo Jurídico e Liberalismo: O processo de inclusão limitada da mulher e seus reflexos no pensamento de Corrêa Telles e Schopenhauer", in: Jacson Zilio e Fábio Bozza (orgs.) **Estudos críticos sobre o sistema penal**. LedZe, Curitiba. 2012, p. 383 e ss.

23 Para as interessadas e interessados, há uma versão online dessa declaração, ver: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>.

para obter direito ao voto, para ter acesso a educação? Obviamente, devido ao projeto de criação de um Estado moderno masculino.

Por consequência, a igualdade enquanto princípio jurídico é um princípio excludente e não inclusivo²⁴.

Retomo a Ferrajoli. Quero aqui destacar os comentários que este tece sobre dois modelos de tratamento do princípio da igualdade na atualidade²⁵, posto que ocorreu mudanças no emprego e na teorização desse princípio desde a Revolução Francesa. Usa o autor a expressão *homologação jurídica da diferença* para indicar um modelo de política constitucional em que as diferenças são desvalorizadas e negadas, não porque algumas são concebidas como superiores, mas simplesmente porque as diferenças são negadas em nome de uma abstrata afirmação de igualdade.

Eu diria que isso é o que nos propõe os juristas citados, quando alegam que o tratamento legal dado ao feminicídio pelo legislador fere o princípio da igualdade. Eles simplesmente optam por “suprimir” a diferença de gênero, por anulá-la e (re) situá-la no âmbito da “invisibilidade” social. As mulheres possuem os mesmos direitos que os homens enquanto *fingem* que são consideradas pela lei e pelas instituições jurídicas da mesma forma que os homens. Este tipo de discurso serve para tutelar a cultura patriarcal, porque parte do princípio que não existem diferenças.

Porém, existe um ulterior modelo que é de muito interesse nessa análise. Trata-se do que ele denomina de *Igual valorização jurídica da diferença*. Este se fundamenta no princípio normativo da igualdade em todos os direitos fundamentais (políticos, civis e sociais) e, ao mesmo tempo, está fundamentado sobre um sistema de garantias capazes de assegurar-lhe efetividade. Neste caso, a consideração da diferença é fundamental para assegurar a igualdade.

Trata-se de um modelo muito interessante, porque não é indiferente verso a diferença, não abandona o indivíduo ao livre jogo da lei do mais forte. Ao contrário, faz valer *a lei dos mais fracos* que são os direitos fundamentais, conforme expressa Ferrajoli nos já mencionados textos²⁶.

24 Apenas me permito citar mais um trecho do autor FILHO, já anteriormente citado, para demonstrar o que aqui afirmo: “(...) Como se pode perceber, sob a ótica da nossa *Carta Magna*, o princípio da igualdade vale para todos, ou seja, não se é permitido fazer distinções em razão de sexo, raça, cor, profissão etc. O princípio constitucional da igualdade (ou isonomia) deve ser entendido sob dois aspectos, quais sejam: igualdade no processo de criação de uma lei, de forma a evitar que se criem privilégios a um determinado grupo ou classe de pessoas, e, ainda, tratamento isonômico perante a lei, ou seja, a lei deve ser aplicada, igualmente, a todos(...)”

25 FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**, *op. cit.* p. 947 e ss.

26 Cf. nota 16. E **Diritto e Ragione**, *op. cit.* p. 947 e ss.

Aqui não há privilégio nem discriminação de nenhuma diferença. As diferenças são assumidas considerando-as como dotadas de diversos valores e, por consequência, prescrevendo tratamento e respeito iguais.

Trata-se de um modelo que não ignora as diferenças, mas as reconhece e as valoriza como sinal da identidade das pessoas, sobre a qual se concretiza o senso autônomo de si mesmo nas relações com os outros. O objetivo é a afirmação e a tutela da própria identidade, por força do mesmo valor associado a todas as diferenças que fazem de cada ser humano um indivíduo diverso de todos os outros e de cada indivíduo uma pessoa como todas as outras.

Porém, como recorda o autor, este igual direito é naturalmente uma norma sujeita a violação. O que se destaca desse modelo é a sua capacidade de valorizar as diferenças de identidade, enquanto parte não da proclamação abstrata de igualdade, mas sim do fato que essas diferenças *pesam nas relações sociais como fatores de desigualdade* e que devem ser pensadas e elaboradas não só na formulação dos direitos, mas também nas suas *garantias de efetividade*.

Por tal motivo, não existe contradição entre diferença e igualdade. Como afirma o autor, igualdade é um termo normativo que quer dizer que os diferentes devem ser respeitados e tratados como iguais. Diferença, por sua vez, é um termo descritivo, que indica que existem efetivamente diferenças entre as pessoas, e que essas diferenças devem ser tuteladas e respeitadas justamente para se cumprir o princípio da igualdade.

Por isso, posso concluir que não há sentido em contrapor a “igualdade” à “diferença” no caso do tratamento penal concedido ao feminicídio ou à violência doméstica. Ao afirmarem os autores que os homens estão sendo tratados de forma diferente das mulheres e que, portanto, são “vítimas” de discriminação, estão justamente contrapondo a igualdade à diferença e produzindo discriminação de gênero.

Além disso, reitero argumentos que já empreguei desde 2006, quando vários autores alegaram a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, por violação do princípio da igualdade. Os dados estatísticos nacionais e de órgãos internacionais e regionais, indicam que as mulheres são assassinadas no Brasil de forma sistemática, no âmbito das relações privadas, em geral em seus lares e por companheiros ou ex-companheiros. A constatação desse dado sociológico foi o fundamento empregado pelo legislador quando optou por dar um tratamento jurídico específico para essa situação.

No caso concreto, legislou-se sobre o que se denomina o "núcleo duro" do Direito Penal, legislou-se sobre crimes contra a vida. Como alegar que o legislador não tinha fundamento ou que optou pelo emprego de um Direito Penal simbólico em face de um dado tão contundente: a cada uma hora e trinta minutos uma mulher é assassinada no Brasil, perfazendo um total de 15 ao dia.

3.1.3. Crítica à qualificadora:

Afirma Arouck: (...) A primeira questão que vem à tona diz respeito à motivação do homicídio nesse caso – matar mulher por razão de gênero quando envolve menosprezo e discriminação contra mulher – Ora, parece-me latente a possibilidade de enquadrar tais motivações como sendo torpes ou fúteis, motivações estas que já qualificam o homicídio tornando-o hediondo, conforme dispõe o artigo 121, § 2º, I e II do Código Penal. Afinal, há algo mais torpe (repugnante, vil) do que matar mulher por menosprezo a sua condição de mulher? Há algo mais fútil (desproporcional) do que matar mulher pelo simples fato de ela ser mulher? Assim sendo, por que incluir um novo artigo que prevê o apenamento da mesma conduta, porém utilizando-se de termos distintos?(...)

Afirma Cabette: (...) Quem pensa que um nome ou mesmo uma alteração legal pode alterar todo um contexto da realidade do mundo da vida ou é por demais limitado sob o ponto de vista jurídico, social e filosófico ou é mesmo mal intencionado e demagogo. A única dúvida que resta é qual é a pior hipótese: a incapacidade ou a má-fé? Afinal que empecilho havia, que mal havia no “nomen juris” homicídio, sem a distinção do “Feminicídio” e com a qualificadora e mesma reação penal proporcionada pelo “motivo torpe”? “Homicídio” etimologicamente advém do latim tardio “hominis excidium” que tem o significado de “destruição do homem por outro homem”. [17] É mais que sabido que neste contexto a palavra “homem” é usada em sentido abrangente como sinônimo de “ser humano” (homem ou mulher). Entretanto, o Politicamente Correto, com sua mania de atomizações e separações, vem emporcalhar algo adiafórico e que, por outro lado, ensejava uma visão do ser humano unificado, sem distinções, para criar uma divisão, uma atomização e um conflito artificial. Por isso, faz parecer que é premente a criação de um “nomen juris” especial para

o assassinato de mulheres, devendo surgir o “Feminicídio”. Agora já não lidamos com o ser humano que é humano e faz jus a esta consideração, a esta dignidade que lhe é inerente pelo simples fato de sua condição humana (masculina ou feminina). Não, agora há uma polarização entre homens e mulheres, vem a ideologia de gênero para dividir, para criar embate. E isso é uma verdadeira praga que tende a se alastrar com a criação aleatória de grupos conflitivos onde nada disso havia ou, se havia, dever-se-ia pugnar pela eliminação do conflito e da polarização que somente geram violência e falta de solidariedade e não por seu reforço(...).

Afirma Yarochevsky: (...) Assim, caso um homem mate uma mulher por motivo fútil ou torpe, por exemplo, estará sujeito a pena mais severa se assim for reconhecida a qualificadora. O que não pode e não deve ser feito é qualificar o crime por razões de gênero, sexo, cor, religião, etc. Prevê, ainda, o Código Penal a agravante da pena quando o crime é perpetrado contra cônjuge.(...).²⁷

Interessa destacar que os textos já não negam que a mulher seja vítima de uma violência e que essa violência é grave. Isso é um avance em face dos textos que analisei quando estudei as reações dos juristas em face da criação da Lei Maria da Penha em 2006. Naquela época, poucos faziam referência aos dados indicativos da violência. E a reação foi muito grave, recordem que o STF teve que decidir acerca da constitucionalidade da matéria, que representações de magistrados se manifestaram contrárias ao texto legal²⁸.

Porém, aqui se evidencia o emprego do mecanismo da “invisibilidade social da problemática de gênero”. O objetivo é (re)situar a violência contra a mulher no anonimato, evitar sua publicização, e, portanto, sua politização.

Por isso, afirma Arouck: *A inclusão do feminicídio com a redação que lhe foi dada dará início a uma perigosa ferramenta para o Estado - Punidor, principalmente contra os homens que, por algum motivo, matem alguma mulher*²⁹.

²⁷ YAROCHEWSKY, Leonardo. **Feminicídio**, *op. cit.*

²⁸ SABADELL, Ana Lucia. "La violencia domestica nel sistema giuridico brasiliano". *In: Studi sulla questione criminale*. Núm. 2, ano III, 2008, p. 99-126.

²⁹ AROUCK, Vinicius, **Comentário**, *op. cit.*

Atentem para o emprego do adjetivo “perigosa”. Realmente é um perigo para uma sociedade que produz a mulher-melancia, melão, morango; para uma sociedade que estampa nas bancas de jornais e *outdoors* imagens femininas que mais se assemelham, e perdoem-me a comparação, uma propaganda de venda da carne Friboi, que se lhe conceda visibilidade.

Não entendem os autores que a mulher assassinada pelo marido em razão das relações de gênero constituiu uma situação diferente do assassinato pelo não pagamento de uma dívida de 100 reais por compra de droga. No segundo caso, o patriarcado não joga nenhum papel e no primeiro é seu elemento essencial. É o motivo por que se perpetua o crime. E esse motivo deve ter visibilidade.

3.1.4. Violação do princípio da ampla defesa

De forma similar, vários autores sustentam que o princípio da ampla defesa foi violado com a admissão da qualificadora, cito apenas Arouck como exemplo de uma argumentação que se repete entre outros autores. Minha análise se concentra em dois argumentos:

a) Violação do princípio da ampla defesa e inversão do ônus da prova

Afirma Arouck: *“(...)Ora, acredita-se que tal alteração trará uma desnecessária diferenciação de gênero, capaz de prejudicar, principalmente, a ampla defesa dos acusados. (...)Este projeto de lei, eminentemente de caráter simbólico, caso sancionado, não seria mais uma lei que entraria no rol de leis desnecessárias existentes na legislação pátria? A inclusão do feminicídio dará margem a denúncias arbitrárias e prejudicará, e muito, a defesa do eventual acusado. Isso porque a presunção sempre será da existência de feminicídio, o que inverterá, na prática (ainda que a teoria diga outra coisa), o ônus probatório, pois é o homem quem terá que provar a inexistência de tais motivações. E como provar isso? A meu ver, é quase uma prova diabólica, de difícil comprovação de inexistência por parte do acusado. Acredita-se que sob o a falsa impressão de dar maior proteção a*

*mulher, o que se terá, na verdade, é uma considerável desproteção ao homem que ficará a mercê de um tipo penal quase que inafastável quando existir homicídio de homem contra mulher em casos de violência doméstica e familiar ou em caso de “menosprezo e discriminação de gênero”.*³⁰ (grifo nosso)

Afirma-se que qualquer assassinato de mulher poderá ser identificado como feminicídio. Aqui novamente detectamos uma tentativa de “deneigrar” o texto da lei. Se há algo que não pode se dizer deste texto normativo é que deixa em aberto situações que se caracterizam como feminicídio. A lei é muito clara ao descrever os casos, especifica-se o que entende por “razões da condição de sexo feminino” nos incisos I e II do § 2A.-

b) Problemática da competência do Tribunal do Júri e *in dubio pro societate*

Afirma Arouck: “(...)Outro ponto importante que cabe acrescentar é que o feminicídio entrará no rol de crimes dolosos contra a vida, cuja competência para julgar é do Tribunal do Júri e não se pode deixar de levar em consideração o fato de que na decisão de pronúncia o Juiz Presidente utiliza-se do princípio do “*in dubio pro societate*”, o que tornará ainda mais difícil a comprovação da não existência da motivação discriminatória por parte do acusado nesses casos. Ao fim, ficará à mercê dos sete jurados a existência, ou não, desta qualificadora. Será uma árdua batalha para os defensores de júri como eu(...)”³¹.

A ideia é muito simples. Ao conceder-se tratamento diferenciado às situações que se caracterizam por feminicídio, viola-se o princípio da ampla defesa. Apela-se à ampla defesa com o objetivo de, mais uma vez, indicar que, ademais do direito penal, também o processo penal resta prejudicado pela inclusão da qualificadora. Ou seja, o argumento serve para indicar o “*extremo mal*” que causa tal qualificadora ao direito vigente. Identificamos aqui um argumento sexista, sem nenhum fundamento legal, porque aquele que mata a mulher devido a sua profunda identificação com a cultura patriarcal, será submetido ao devido processo legal, como qualquer outro réu no âmbito das regras do processo penal.

³⁰ AROUCK, Vinicius, *op. cit.*

³¹ *Ibidem.*

CONCLUSÕES

Muitas outras objeções foram feitas ao texto de lei, várias de cunho sexistas, tais como a crítica ao aumento de pena “quando o delito se dá nos três meses posteriores ao parto”. Nesse caso, por exemplo, ignora-se uma diferença crucial entre homens e mulheres que se reflete na aplicação do princípio da igualdade. Dados estatísticos indicam que mulheres são também muito vitimizadas nos meses subsequentes ao parto. E foi isso que o legislador quis considerar. Em todo caso, optamos aqui por explicar as que consideramos mais relevantes.

Via de regra, considero que essas críticas carecem de fundamento. O único argumento plausível seria a crítica abolicionista ao sistema de justiça penal. Se o sistema não cumpre suas expectativas, não recupera, não ressocializa, reproduz violência, cumpre funções meramente simbólicas, então pode ser plausível abolir todo o sistema. Mas nesse caso, todo o sistema e não apenas as normas que tutelam as mulheres em situações de extrema violência. Do contrário, se reafirma a discriminação!

Agora, se adotamos uma teoria minimalista, não é plausível abster-se de tratar do núcleo duro do Direito Penal, especificamente falo aqui da vida humana. E feminicídio designa o ato de matar uma mulher em determinadas circunstâncias. Se estivéssemos a falar da criminalização do assédio sexual, concordaria com a crítica relativa à simbolicidade da lei. Mas não é o caso.

Como já disse em outros estudos, os adeptos de um Direito Penal mínimo tendem a ser contrários a esse tipo de proposta e, em geral, à lógica das recentes reformas. O temor é de que, por um lado, se amplie o campo de ação do Direito Penal e, por outro, não se obtenham resultados positivos com este tipo de ação. Mesmo fora do Brasil diversos autores criticam o tratamento penal das questões vinculadas aos direitos humanos das mulheres, afirmando, em uma análise generalista, que se tratam de reformas legislativas de corte emergencial, em geral caóticas e de “sterile simbolicità”. Uma das características deste tipo de legislação é o rigor repressivo³².

No caso em questão não há maior rigor punitivo. As penas cominadas não sofreram modificações em face da inclusão do feminicídio como qualificadora. Mesmo assim, os minimalistas entendem que a criminalização não significa que, na prática, se obtenha uma proteção efetiva do bem jurídico.

32 MOCCIA, Sergio. **La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale**, 2a. ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, p. 115 e ss. PITCH, Tammar. **Un diritto per due**. Il Saggiatore, Milano, 1998, p. 163.

O tratamento penal do feminicídio, ao igual que a violência doméstica, seria apenas a expressão da exigência ideológica de “resposta” às pressões da opinião pública. Isto faria parte de uma campanha de “*law and order*”, que produz um Direito Penal simbólico e induz a população a acreditar que a pena privativa de liberdade pode resolver conflitos e problemas de violações de direitos humanos³³. Partindo desta perspectiva, não se deveria alterar as qualificadoras do crime de homicídio, acrescentado o feminicídio, já previsto em situações anteriormente descritas como motivo torpe, por exemplo.

Apesar de ser verdade que por detrás de algumas reformas subsista o interesse em dar respostas às pressões da opinião pública, como foi no caso da criminalização do assédio sexual, isto não inclui o feminicídio. E também não significa que não haja uma necessidade de realizar revisões de algumas leis que se caracterizam por serem sexistas. O importante é que se tome distância de um discurso de “*moral panic*” e, no caso da qualificadora do feminicídio, essa distancia foi efetivamente tomada.

Por último, isso não significa que não existam críticas a serem tecidas ao tratamento oferecido pelo legislador ao tema (como o uso da expressão condição feminina, empregada para excluir membros da comunidade LGBT). Também ressalto que não concordo com a lei de crimes hediondos e, por consequência, como minimalista e garantista que sou, considero sua aplicação inadequada para qualquer crime.

Porém, entendo que o tratamento do feminicídio na legislação penal brasileira indica que se caminha em direção a um melhor aperfeiçoamento das normas que tutelam o núcleo duro das violações de direitos humanos das mulheres. Mas insisto que nenhuma lei terá o poder de eliminar a violência de gênero, para combatê-la teremos que efetivamente concentrar-nos nas políticas educacionais. O nosso foco principal deve ser a cultura patriarcal e os instrumentos que podemos utilizar e desenvolver para combatê-la. ❖

33 MOCCIA, Sergio, *op. cit.* "Sobre o direito penal simbólico em geral", ver: HASSEMER, Winfred. Hassemer, W. 1989. "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *in: Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 12, p. 553-562. BARATTA, Alessandro. "Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale", *in: Studi in memoria di Giovanni Tarello*, v. II, Giuffrè, Milano, 1990, p. 19-47.