



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ LEONARDO FERNANDES MONTEIRO

O FEMINICÍDIO E A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL

Salvador
2015

JOSÉ LEONARDO FERNANDES MONTEIRO

**O FEMINICÍDIO E A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO
PENAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rudá Santos Figueiredo

Salvador
2015

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Mestre Rudá Santos Figueiredo, pela excelente orientação, por sempre se manter presente no decorrer da elaboração do presente estudo, fosse diante dos e-mails respondidos, pelo pronto atendimento das dúvidas, pelo esforço de conseguir se fazer presente em reuniões semanais, e, sobretudo, pela disponibilidade e paciência. Seu direcionamento foi de suma importância para me manter no caminho certo da elaboração e conclusão do presente estudo.

Aos meus pais, José Maria Fernandes Monteiro e Liria Maria Fernandes Monteiro, fontes maiores de inspiração, que sempre me conduziram pelo caminho do estudo e do trabalho.

A minha amiga e irmã Letícia Fernandes Monteiro, pelas discussões envolvendo o tema do meu estudo. Além do seu exemplo diário de dedicação e devoção ao estudo do Direito.

Aos amigos da faculdade e aos companheiros presentes de longa data, que compreenderam as ausências, e pelas palavras de carinho e motivação nos momentos necessários.

E, por tudo, ao grande arquiteto do universo.

“Não violência não quer dizer renúncia a toda a forma de luta contra o mal. Pelo contrário. A não violência, pelo menos como eu a concebo, é uma luta ainda mais ativa e real que a própria lei do talião – mas em plano moral.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente estudo monográfico tem como ponto de partida a análise da lei 13.104/2015 e o direito penal simbólico. Como ponto inicial, realiza-se um delineamento acerca das finalidades do direito penal. Debruça-se sobre a função simbólica do direito penal, ao tratar dos seus discursos legitimadores e deslegitimadores. Por necessário, aborda-se a teoria da prevenção geral positiva que guarda íntima ligação com o direito penal simbólico. O simbolismo penal é esmiuçado, por conseguinte se apresentando o discurso deslegitimador. Não se abstém de trazer à tona, a influência do discurso punitivista na proliferação de normas penais simbólicas. O direito penal de emergência é analisado em conjunto com o direito penal simbólico, a fim de demonstrar possíveis relações entre ambos. Trata-se em capítulo específico sobre a tutela penal do sexo feminino, em específico a Lei Maria da Penha. Os fundamentos acerca da nova qualificadora são apresentados e questionados. E, concentra-se em analisar quem seria o sujeito passivo do feminicídio. Com a conseqüente criação deliberadas de normas penais, o princípio da intervenção mínima é apresentado como vetor-guia em conjunto com seus princípios relacionados (taxatividade, lesividade/ofensividade e insignificância). Por fim, conclui-se acerca da nova qualificadora (feminicídio) como suposta medida simbólica, e a (des) desnecessidade da hipertrofia do direito penal que fere frontalmente a intervenção mínima.

Palavras-chave: Direito penal; direito penal simbólico; função simbólica; feminicídio; lei 13.104/2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 SIMBOLISMO PENAL	9
2.1 DISCURSOS LEGITIMADORES E DESLEGITIMADORES.....	10
2.2 DA(S) FINALIDADE(S) DO DIREITO PENAL.....	11
2.3 DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.....	14
2.4 O SIMBOLISMO PENAL - DISCURSO DESLEGITIMADOR.....	18
2.4.1 O direito penal simbólico e a influência do discurso punitivista	25
2.5 DIREITO PENAL EMERGENCIAL E DIREITO PENAL SIMBÓLICO.....	30
3. TUTELA PENAL DO SEXO FEMININO	36
3.1 A LEI MARIA DA PENHA.....	38
3.2 O FEMINÍCIDIO: ASPECTOS RELEVANTES DA LEI.....	41
3.2.1 Fundamentos acerca da nova qualificadora	42
3.2.2 Sujeito passivo do feminicídio	47
4 O FEMINÍCIDIO COMO SUPOSTA MEDIDA SIMBÓLICA	50
4.1 A (DES) NECESSIDADE DA HIPERTROFIA DO DIREITO PENAL.....	55
4.2 INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	58
4.2.1 Princípio da subsidiariedade	59
4.2.2 Princípio da lesividade/ofensividade	60
4.2.3 Princípio da insignificância	61
4.3 A INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO CONTRAPONTO AO DIREITO PENAL MÁXIMO.....	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo é realizado acerca da lei 13.104 promulgada no mês de março, de 2015. Trata-se de diploma que deu gênese a uma nova figura de homicídio qualificado, denominada de feminicídio. A nova qualificadora do homicídio elege que os homicídios cometidos contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino terão novo tratamento penal. A questão a que se propõe perscrutar é se a novel disposição se figura enquanto medida de caráter simbólica.

Sendo assim, primeiro se realiza uma análise sobre o que seria o simbolismo penal. Apresentando, por conseguinte, discursos legitimadores e deslegitimadores da função simbólica no âmbito das legislações penais.

Para que se consiga limitar do que se trata o simbolismo penal, é necessário perpassar por conceitos acerca da(s) finalidade(s) atribuídas ao direito penal e o conceito de bem jurídico ao qual o direito penal se propõe tutelar. A teoria da prevenção geral positiva, que se apresenta com íntima relação com a função simbólica penal, também merece devida atenção. Premente ainda, para que se tenha exata compreensão da questão, examinar o denominado direito penal de emergência, a fim de distingui-lo do simbolismo penal e a ele relacioná-lo.

Perpassada a análise do simbolismo penal, o trabalho trata do discurso deslegitimador do simbolismo penal, com o enfoque voltado para a produção de normas penais infrutíferas em detrimento de outras políticas públicas.

É avaliada ainda a existência de relação com o simbolismo penal, em conjunto as tendências de inflações legislativas ocorridas no nosso sistema jurídico-penal.

Com isso, procura-se realizar um escopo na seara da tutela penal do sexo feminino. Para se buscar as primeiras manifestações significativas acerca da proteção da mulher no direito penal brasileiro.

Adentra-se, então, em específico, a lei do feminicídio apresentando o que trouxe de novo ao sistema penal, e quais serão as suas implicações frente aos princípios constitucionais-penais. Questiona-se qual sujeito passivo é tutelado pelo novel diploma, sempre se baseando na nossa Carta Magna de 1988. Neste contexto, a Lei Maria da Penha é relevante para o estudo, tendo em vista representar um marco

regulatório sobre a violência doméstica, questionando e comparando com a lei do feminicídio e suas aplicações práticas.

Frente a isto, entra-se nos delineadores finais do presente estudo apresentando os argumentos sobre o caráter simbólico da norma penal ou se de fato existe alguma instrumentalidade para a redução da violência contra a mulher. Por fim, aborda-se a desnecessidade acerca de cada vez mais criação deliberadas de tipos penais que não surtem efeitos positivos para redução da criminalidade. A chamada hipertrofia do direito penal.

O simbolismo penal desvirtua a concepção do direito penal mínimo, com a intervenção penal desarrazoada feita pelo Estado e a deliberada produção de leis penais simbólicas. Deve-se alertar acerca do princípio da intervenção mínima, como corolário a diversos outros princípios específicos (subsidiariedade, lesividade/ofensividade, insignificância). O direito penal máximo caracterizador de um Estado totalitário é posto em análise em face do direito penal mínimo, deslegitimando o uso do simbolismo penal, por conseguinte, do novel diploma apresentado.

2 SIMBOLISMO PENAL

O direito penal tem sua existência determinada para alcançar determinados fins, através das aplicações dos seus vários institutos delineadores. Para a perseguição de tais finalidades, o sistema jurídico-penal elege quais meios serão utilizados para alcance dos objetivos propostos.

Constata-se, no entanto, que em alguns casos, existem desvirtuamentos das finalidades do direito penal. Dentre eles está o simbolismo penal. Trata-se de uma das anomalias que acometem o direito penal, ou seja, uma disfunção do direito penal.

Observa-se o posicionamento de Juarez Cirino dos Santos sobre a (pseudo) função simbólica da pena:

A legitimação do direito penal é simbólica, mas também instrumental: é simbólica porque problemas sociais recebem soluções penais, com satisfação meramente retórica à opinião pública; é instrumental porque revigora o direito penal como programa desigual de controle social seletivo, dirigido contra favelas e bairros pobres das periferias urbanas, especialmente contra a força de trabalho marginalizada do mercado, sem função na reprodução do capital e já punida pelas condições de vida.¹

Neste compasso, ocorrem criações deliberadas de novos tipos penais a fim de atender a função simbólica, bem como a referida satisfação da opinião pública e os problemas sociais recebem soluções penais, conforme supramencionado por Juarez Cirino.

O direito penal simbólico consiste na desapropriação de uma legítima instrumentalidade da intervenção penal, para dar guarida a um discurso falacioso acerca da utilização de novas normas para contenção ou redução da criminalidade.

É neste compasso que a produção de novas normas criminalizantes utilizadas como medidas simbólicas preocupa e demanda especial atenção dos criminalistas. Pois, conforme será apresentado ao decorrer do presente estudo, a proposta além de se demonstrar ineficaz, é consequência de um temor generalizado, imposto na nossa

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Novas hipóteses de criminalização**. Instituto de criminologia e política criminal, Trabalho apresentado na XVIII Conferência Nacional dos Advogados, Salvador, BA, em 13 de nov. de 2002. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2015.

sociedade moderna por meio da influência da cultura do terror e do medo propagada pelos diversos veículos de informações.

O artigo publicado por Mauricio Neves de Jesus e Paula Clarice Santos Grazziotin² alude que o Direito Penal simbólico nasce fruto de um sentimento de urgência do Estado, quando da aplicação incorreta do Direito Penal, em conjunto com poucas políticas para prevenção dos crimes, tornando efeitos eleitorais indesejáveis para o sistema. Proibindo o que é permitido e agravando a sanção do que já é proibido, o sentimento tranquilizador na sociedade é paliativo e fugaz, pois na realidade o aumento da severidade das leis penais, não implica maior eficácia repressiva. Este é um dos grandes problemas do Direito Penal Simbólico, um discurso de paz demagogo e ineficaz.

Para saciar e dar resposta a uma parcela da opinião pública que clama por maior punição aos homicídios cometidos contras mulheres em razão de gênero, eis que surge a figura do feminicídio, através da Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015. Nesse contexto, em que diversos diplomas surgem como medidas meramente simbólicas, premente examinar o diploma acima referido, verificando se representa a mencionada disfunção do direito penal. Antes, entretanto, premente entender, efetivamente, de que se trata o simbolismo e contextualizá-lo perante os discursos legitimadores e deslegitimadores do direito penal que versam acerca de suas finalidades, compreendendo o porquê de o simbolismo afigurar enquanto uma anomalia da seara criminal.

2.1 DISCURSOS LEGITIMADORES E DESLEGITIMADORES

Acerca do debate de diversos temas controvertidos no direito penal, persiste divergência em torno de alguns temas que serão pertinentes ao presente estudo: as finalidades do direito penal, a função do direito penal e a função da pena.

Diversas teorias são formadas a partir da perspectiva de se enxergar a finalidade do direito penal. Algumas que tratam de contribuir com efetividade e determinam a

² JESUS, Mauricio Neves; GRAZZIOTIN, Paula Clarice Santos **Direito Penal Simbólico: o anti-Direito Penal**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/anti.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2015.

aplicação do sistema penal para o qual foi proposto, determina-se legítimas. Outras que desvirtuam o sistema penal, para sua aplicação escusa, denominam-se ilegítimas.

2.2 DA(S) FINALIDADE(S) DO DIREITO PENAL

Existe profundo debate acerca da finalidade do Direito Penal e das funções da pena, em diversas ocasiões ambas são confundidas. Essas finalidades são objetos de diversas teses jurídicas-criminais na doutrina e jurisprudência. Há pretensão de analisá-las na medida em que exercem alguma relação com o tema proposto.

Nilo Batista³ esclarece que o objetivo do direito penal reside na proteção do bem jurídico, seja por intermédio da cominação, aplicação e execução da pena. Ou seja, a pena não tem, necessariamente, a mesma finalidade atribuída ao direito penal. O direito de punir do Estado, especificamente refletido na pena, tem sido, historicamente, o maior foco do direito penal, mas longe de se limitar somente na pena como objeto de estudo das Ciências Criminais. A função da pena se apresenta como um dos diversos instrumentos eleitos pelo sistema penal, para que se chegue ao suposto fim, ao qual se propõe.

Assevera Nilo Batista⁴, que com o decorrer do tempo, em conjunto com as transformações sofridas pela sociedade, apresentam-se antigas ou novas propostas para o direito penal. Das constatações empíricas que fazem parte do sistema penal e das transformações da criminologia são criados novos princípios ou recomendações para um rumo diferente. Estes são aplicados para transformação da legislação criminal. Ao conjunto desses fatores que se direcionam à produção e aplicação do sistema penal, dá-se o nome de política criminal.

Roxin apresenta a ideia de que a autorização da intervenção penal deve resultar de uma função social do mesmo. O que se encontrar para além desta restrição, não se enquadra como objeto do Direito Penal. Afirma que a função do direito penal é garantir aos cidadãos uma convivência pacífica, livre e segura, quando ocorrer de

³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 116.

⁴ *Ibidem*, p. 34.

estes fins não serem alcançados com outras políticas-sociais de Estados, que contribuam com uma menor medida a liberdade do cidadão. Sendo assim, estabelece o seu conceito sobre bens jurídicos:

Sobre a base das reflexões anteriores, podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.⁵

Deste modo, parte-se do pressuposto de que a finalidade precípua do direito penal consiste na proteção de bens jurídicos relevantes. A Carta Magna de 1998 delimita os princípios baluartes contidos no Estado Democrático de direito, determinando direitos intransponíveis e bens essenciais para a sociedade.

Os bens eleitos merecedores da tutela do direito penal, também são influenciados pelos princípios e recomendações estabelecidos em determinado momento social. A política criminal consiste na cadeia desses fatores influenciadores, que estabelecem medidas e leis penais num determinado corte espacial e temporal.

Neste contexto, sabe-se que além da finalidade legítima estabelecida, a (proteção do bem jurídico), existem também outras finalidades não declaradas (escusas) do direito penal. Conforme certifica Nilo Batista⁶, os efeitos sociais não ditos da pena, configuram-se uma espécie de “missão secreta” do direito penal.

As finalidades ilegítimas perseguidas pelo sistema penal necessitam de análise minuciosa por parte dos criminalistas. Isso porque as funções ilegítimas, assim como as legítimas também influenciam na aplicação do sistema penal. Ambas são utilizadoras do aparato jurídico-criminal, para alcançar os fins a qual se propõem.

A exemplo disto, resta evidente a seletividade do Direito Penal, uma vez que tem como principal foco a parcela desfavorecida economicamente. Tais injustiças são realizadas por meio do enorme vazio do Estado Social para com os mesmos, e entra em cena o sistema penal, com as ausências de defesa técnica e acompanhamento de um defensor (privado ou público) nos processos penais, garantia que se encontra expressa pela nossa Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5, inciso LV. Por

⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 2 ed. – São Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. pp. 16-19.

⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 116.

ineficiência do nosso Estado, não se consegue contribuir com o número significativo de defensores públicos, vez que a demanda das ações penais é absurdamente alta em relação aos poucos defensores públicos existentes.

Em torno ao debate sobre a finalidade do direito penal, acrescenta-se o posicionamento de Jakobs⁷ para quem o direito penal deve ser aplicado a fim de que a vigência da ordem jurídica instituída seja resguardada. Na linha de entendimento deste autor, a sociedade é identificada por meio das normas. A norma penal garante a identidade social, portanto, tem a missão de confirmar as leis penais contidas no ordenamento jurídico e não a proteção do bem jurídico que já foi lesado.

Registra-se ser minoritário tal posicionamento, permanecendo praticamente uníssona a doutrina penal, no sentido da missão precípua e legítima do direito penal consistir na proteção de bens jurídicos.

Conforme já dito, o sistema penal não se restringe a proteção de bens jurídicos. Mencionam-se, na doutrina, diversas outras finalidades legítimas ou não legítimas. A função simbólica é uma dessas funções questionadas em relação a sua legitimidade, considerada pela maioria da doutrina como uma “anomalia” produzida pela criação exacerbada legislativa. Age por intermédio da criminalização e da pena, elegendo-os como principais instrumentos existentes no Estado para o combate a criminalidade. Questionam-se quais seriam as finalidades para que as penas sejam estabelecidas, uma vez que a mesma é, o principal instrumento de ação do direito penal. Salienta-se que é algo extremamente debatido e divergente na doutrina.

Dentre as mais conhecidas teorias sobre a funcionalidade da pena são as seguintes que merecem a atenção no presente momento: a teoria absoluta⁸; as teorias relativas, que são subdivididas em prevenção geral-negativa, prevenção geral positiva e prevenção especial, esta construída em duas vertentes, negativa e positiva; e por último, a teoria unificadora que traz elementos das teorias absolutas e relativas, adotada pelo Código Penal Brasileiro de 1941.

⁷ JAKOBS, Gunther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. 1996. p.18-19.

⁸ A teoria absoluta consiste na aplicação da pena somente para retribuir o mal ao transgressor da norma penal. A teoria da prevenção especial negativa busca a anulação do criminoso com sua segregação da sociedade. A teoria da prevenção positiva entende que a pena deve incidir sobre o indivíduo com a finalidade de ressocialização, para que o sujeito não cometa mais delitos. Por fim, a teoria unificadora traz diversos aspectos das teorias relativas, realizando um combinado de seus elementos para aplicação da pena.

2.3 DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Em rigor, pretende-se tangenciar neste presente estudo, o conceito da prevenção geral positiva, como forma de utilização desse instrumento do direito penal, especificamente da pena, a fim de confirmar certos valores jurídicos, legitimando a confiança que a sociedade deposita no Direito de modo coativo, conforme leciona Cezar Bitencourt⁹, que ainda sustenta ser bastante questionável a função da pena neste modelo proposto, pois a referida teoria da pena, também exclui limites ao direito de punir estatal, para que se cumpra sua finalidade preventiva sobre a sociedade.

Com efeito, a afirmação supramencionada demonstra a relação existente entre a função simbólica do direito penal e a teoria da prevenção geral positiva, uma vez que a referida teoria pretende a validação do sistema jurídico-penal para o coletivo por meio das penas.

Para Zaffaroni e Pierangeli, a utilização da prevenção geral é assim exposta:

A prevenção geral opera, pois, baseada nos mecanismos inconscientes da multidão anônima, que são os mesmos mecanismos com que opera a “Lei de Lynch”. Pode o direito penal perseguir seus fins por tais meios? Pode o direito penal ser o instrumento da vingança da multidão anônima? Pode o direito penal alimentar o irracionalismo vingativo para conseguir o controle social?

A resposta a estas perguntas depende do direito penal de que estivermos tratando. O direito penal do Estado autoritário não tem inconveniente em admitir tais meios. O direito penal de um Estado de Direito, que aspira a formar cidadãos conscientes e responsáveis, ao contrário, tem o dever de evidenciar todo o irracional, afastá-lo e exibi-lo como tal, para que seu povo tome consciência dele e se conduza conforme a razão. O direito penal que faça isto mostrará uma autêntica aspiração ética e libertadora; o outro será um puro instrumento de dominação.¹⁰

Os autores mencionados¹¹, também tratam da relação entre a prevenção geral e a função simbólica. Abordando que a pena, quando cumprir a função preventiva especial, de maneira indissociável também cumpre uma função simbólica. Porém,

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17 ed. Parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p.313.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, v. 1, 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 95-98.

¹¹ *Ibidem, loc. cit.*

quando cumprir somente esta última, será irracional, porque se utiliza do homem como instrumento para a sua promoção (simbolismo), utilizando do homem como meio. Descaracteriza o ser humano como pessoa, e o trata como coisa.

De tal modo, o direito penal utilizador da aplicação da teoria da prevenção geral positiva cumpre um papel de Estado dissociado do Democrático de Direito. Abre margem a aplicação da ideologia do linchamento público para a promoção do temor aos outros cidadãos.

Para Ferrajoli¹² as doutrinas recentes acerca da prevenção geral positiva confundem o direito com a moral, sendo adeptas do legalismo estatalismo ético. E conferem a pena, funções que perpassam pela integração da sociedade pelo reforço a fidelidade ao Estado.

Os professores Rudá Figueiredo e Gamil Foppel¹³ ao discorrerem acerca da teoria da prevenção geral afirmam que a pena incide na totalidade das pessoas com o fito de se evitar futuras infrações penais.

Existindo duas subdivisões uma que apresenta relevância para o presente estudo, a teoria da prevenção geral positiva. E outra a teoria da prevenção geral negativa que consiste na coação dos outros indivíduos por força da punição ao transgressor da norma penal, servindo de desestímulo à criminalidade.

A teoria da prevenção geral positiva preconiza que a pena deve servir como norteador da validade do direito. A pena demonstra a inviolabilidade do sistema normativo jurídico e reforça a confiança da sociedade no ordenamento e no estado de direito, não se restringindo em apenas intimidar os possíveis violadores de futuros crimes. Contudo, asseveram os professores supramencionados, que a teoria apresenta problemas não solucionados. Não conseguindo estabelecer um limite para delimitar a duração da pena e viola o princípio da dignidade humana, haja vista que utiliza o indivíduo como instrumento para atingir determinados fins.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p 221-222.

¹³ FÖPPEL, Gamil El Hireche; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica volume 2. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVALE, John (Orgs.). **As funções da pena para as pessoas jurídicas: a responsabilização penal da pessoa jurídica analisada à luz da teoria dialético-unificadora**. São Paulo: Fischer2, 2014, p 68-70

Deste modo, a teoria da prevenção geral positiva atua no sistema penal com normas gerais para estabelecer um sentimento de coação e validade geral do ordenamento jurídico. Tais normas nascem com finalidades simbólicas legitimadas, valendo-se de determinados indivíduos para aplicarem a convalidação das normas penais. Ou seja, utiliza-se do transgressor penal como exemplo para os demais, algo inconcebível em tempos de consagração do princípio da dignidade humana no Estado Democrático de Direito.

Em seu livro, *Direito Penal de Emergência e alternativas à prisão*, Leonardo Sica¹⁴ trata acerca da proposta da teoria da prevenção geral positiva. Indica que a referida teoria deu surgimento e base para o nascimento do simbolismo penal. Aponta que não está ligado a uma construção doutrinária o surgimento do simbolismo penal, mas, advém de constatações empíricas, observadas pela produção desenfreada das nossas casas legislativas, que deturpam as propostas da teoria prevencionista.

Com finalidades escusas despidas da necessária honestidade intelectual. E, com esta proposta das leis controlarem os comportamentos desviantes, que as consequências (muitas vezes nefastas) da lei penal é ignorada, somente se importando com a criação da norma penal para a sua justificação. Não importa o quanto serão lesados os infratores através do sistema penal, somente a produção desenfreada de normas simbólicas.

Nessa linha, aborda-se que a lei penal simbólica deixa de ter como enfoque a função instrumental, assumindo função promocional. Por conseguinte, a punição, ressocialização e prevenção se tornam secundárias. Valoriza-se a prisão, que esconde os defeitos do sistema e impede a pesquisa de alternativas penais que confrontem os defeitos existente no sistema¹⁵.

No Estado Democrático de Direito, não se pode mais conceder guarida a um possível direito de punir ilimitado, caracterizador de um Estado Totalitário com aplicação de um direito penal predominantemente violador da dignidade da pessoa humana, desrespeitoso no tocante as garantias, que apesar de nosso Código de Processo Penal, Código Penal e as demais leis penais extravagantes, ainda

¹⁴ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.73.

¹⁵ *Ibidem, loc. cit.*

carregam certos valores inquisitoriais, caminha em diferente sentido ao qual é proposto pela Carta Magna de 1988.

Conforme assevera Sica¹⁶, em conjunto com a prevenção geral positiva, eis que surge o direito penal simbólico. A disfunção simbólica atribuída ao direito penal, reside na perspectiva da utilização do sistema penal, principalmente na produção desenfreada das normas penais como instrumento a atender o clamor social da redução da criminalidade, sustentado pelo discurso punitivista e de endurecimento das leis penais (lei e ordem), que vem ganhando cada vez mais espaço na mídia sensacionalista.

O caráter simbólico do direito penal denota, supostamente, que as normas penais também detêm o poder de gerar o temor na sociedade, evitando dos delitos. Como se por uma simples canetada pudessem ser solucionados os problemas decorrentes do crime. O simbolismo penal traz ao coletivo, uma falsa sensação de segurança e um pseudo cumprimento de dever por parte do Estado. Porém, os efeitos não passam de ilusórios. O que acaba por afetar o exercício dos verdadeiros deveres/funções do Estado, quais são: os investimentos em políticas públicas (segurança, saúde, educação e etc.) que, possivelmente solucionariam diversos problemas sociais.

Neste mesmo sentido se apresenta o entendimento do professor Gamil Foppel¹⁷, que sustenta que a função simbólica do direito penal apresenta-se como uma tentativa de desviar a preocupação da sociedade das ações realmente efetivas do Estado para as soluções dos problemas sociais (investimento na saúde, educação e melhor distribuição de renda). Com efeito, o Estado se utiliza de uma falsa proteção, para se esquivar e atribuir a solução de todo caos social ao Direito Penal.

Ainda acerca da prevenção geral positiva, destaca-se a posição de Alessandro Baratta¹⁸, no tocante a função da pena não ser dirigida aos infratores atuais e

¹⁶ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.73.

¹⁷ FÖPPEL, Gamil el Hireche. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.30.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *In*: FRANCO, Alberto Silva (Coord.) **Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim**, 1994, ano 2, n. 5, (jan./mar.), p.21 -24.

tampouco os potenciais. Mas, aos cidadãos que visualizam certa atitude em respeitar a legislação penal.

Segundo o mesmo autor, a prevenção geral negativa tem a função de prevenir os delitos, diferente da prevenção geral positiva que busca restabelecer e reforçar o sistema de normas jurídico-penais. Assim afirma em seu artigo:

A teoria da prevenção geral positiva é, portanto, uma teoria da função simbólica do direito penal, no sentido de que as funções indicadas se relacionam diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e com a afirmação da validade das normas, confirmação está simbólica e não empírica, por ser independente da quantidade de infrações e da sua redução. Assim, sendo a defesa dos bens jurídicos não pode ser considerada, segundo a teoria da prevenção-integração, como a função principal das normas penais.

Ora, se a função precípua do direito penal consiste na proteção de bens jurídicos essenciais, esta não é configurada. Constatando-se, a ocorrência de um desvirtuamento da sua instrumentalidade sistemática, para atender outros fins diversos da proteção do bem tutelado.

Deste modo, a instrumentalidade legitimada das normas simbólicas do ponto de vista da teoria da prevenção geral positiva deve ser refutada. Posto que a proteção dos bens jurídicos essenciais não se revela. Neste sentido, apresentam-se diversos discursos desconstruindo a suposta legitimidade conferida a função promocional das normas jurídicas. O simbolismo penal não se enquadra como função legítima.

2.4 O SIMBOLISMO PENAL - DISCURSO DESLEGITIMADOR

Diversos são os autores que despertam a atenção para esta anomalia jurídica (simbolismo penal), que tem ganhado grandes adeptos na sociedade, seduzidos pelo discurso punitivista. Como um dos resultados deste crescente aumento do discurso punitivo, a título de exemplo, tem-se a reprodução de notícias sobre crimes praticados por menores, para que haja o fim da impunidade em relação a esses. O

que fez surgir a proposta de imputabilidade penal do maior de dezesseis anos¹⁹, para que se reduza a maioria penal.

Importante salientar o caráter seletivo de tais normas penais, e o funcionamento do Estado de “lei e ordem” como instrumento da classe economicamente dominante.

O simbolismo penal gera inovações legislativas que muitas vezes são acompanhadas de diversos vícios, sejam ilegalidades ou inconstitucionalidades para atender um discurso falacioso, conforme alusão realizada por Gamil Foppel²⁰, que indaga acerca do motivo de sempre se recorrer ao Direito Penal para buscar as soluções.

O professor realiza uma comparação interessante, como se as novas normas fossem uma máquina que custa milhões porém, quem a criou, já tinha a intenção e o desejo de que não funcionasse. No referido caso, Gamil trata de uma análise da lei do crime organizado, trazendo à tona o foco totalmente simbólico da norma, sem atingir a finalidade legítima que seria a proteção do bem jurídico.

Os últimos anos do século vinte são marcados pelo descrédito em relação a possibilidade ressocializadora da pena. Com isso, houve uma modificação ou um verdadeiro retrocesso quanto aos pensamentos criminológicos, diversos pensadores radicais ganharam mais espaço.

Aduz Nathália Rosa Mendes²¹, em seu trabalho, ao citar Díez-Ripollés que, embora seja difícil verificar que a pena tenha caráter inibitório, não se deve defender que as funções simbólicas, são de *per se* ilegítimas, mas que a sua função de proteção do bem jurídico não é verificada. Ocorre, deste modo, a deslegitimação do sistema penal através do direito penal simbólico, quando são desrespeitados princípios da sanção penal (proporcionalidade, humanidade, teleológico). Perceptível que a autora

¹⁹ BRASIL. **Proposta de Emenda a Constituição n. 171, de 1993**. Disponível em: < <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1>.> Acesso em: 15 de out. de 2015.

²⁰ FÖPPEL, Gamil El Hireche. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.32-36.

²¹ MENDES, Nathália Rosa. A apropriação do discurso midiático pela política e a construção de um modelo de direito penal simbólico: uma análise da lei de crime hediondos. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Ed). **Revista do programa de Pós-graduação em direito – Universidade Federal da Bahia**. Ano 2011.2, n. 23, p. 272-299.

entra em contradição, pois, se não cumpre a atingir a finalidade legítima do direito penal, o simbolismo não é legítimo.

Entende-se, que a resposta à insegurança que se instala são as leis penais, edificadas numa crença que estas são a solução para redução da criminalidade. O Direito Penal Simbólico consiste na larga diferença entre os fins anunciados e resultados realmente alcançados, além da falsa aparência de instrumentalidade.

Um Direito Penal permeado por normas simbólicas está intimamente ligado à expansão do Direito Penal, caracterizadora do final do século 20. Com efeito, a partir de tal tempo, existe um aumento de fé no sistema penal. A explicação para a expansão do direito penal encontra-se intimamente conectado à ideia de que nas sociedades pós-industriais o uso da legislação penal é uma solução, aparentemente, simples aos problemas sociais enfrentados. O que deveria ser solvido no plano da instrumentalidade é repassado para o plano simbólico.

Nessa análise minuciosa acerca do simbolismo penal, no trabalho da autora²², reflete acerca na persistência da legislação simbólico por conta do Congresso Nacional, no tocante a lei de crimes hediondos, mas que pode ser analisada no caso do crime do feminicídio como suposta medida combativa frente a violência de gênero. Tais medidas simbólicas sempre buscam estar afinadas à opinião coletiva, desconsiderando totalmente a eficiência da medida legislativa para solucionar o problema.

Por fim, Nathália Rosa²³ conclui que a lei de crimes hediondos é totalmente simbólica, a fim de atender a opinião pública, contudo ainda não consegue atendê-la por completo, uma vez que existe ainda maior clamor público para inclusão de vários outros tipos penais no rol dos crimes hediondos. Em termos reduzidos, trata-se de uma punição insaciável, descontrolada, desarrazoada e retributiva.

O Direito Penal Simbólico encontra-se ligado a noção de novos bens tutelados e com a frequente expansão de novas incriminadoras, passando a intervir em realidades diferente a pertencente a sua. O espaço para a função simbólica vem

²² MENDES, Nathália Rosa. A apropriação do discurso midiático pela política e a construção de um modelo de direito penal simbólico: uma análise da lei de crime hediondos. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Ed). **Revista do programa de Pós-graduação em direito – Universidade Federal da Bahia**. Ano 2011.2, n. 23, p. 272-299.

²³ *Ibidem*, *loc. cit.*

ganhando cada vez mais destaque, em detrimento do prejuízo das garantias indispensáveis aos cidadãos.

É pertinente o questionamento do motivo da inserção no sistema jurídico da nova qualificadora do homicídio, uma vez que a mesma deve cobrir um espaço que deveria pertencer a outras medidas de Estado para a contenção do aumento da criminalidade. Porém, é atribuída ao Direito Penal a falsa presentão do êxito ao combate a violência contra as mulheres, pelo simples fato de ser menos dispendioso.

Os efeitos gerados por esta política criminal desvirtuada (simbolismo penal), são uma redução na credibilidade da esfera penal e o crescente caminhar para uma sociedade autoritária, haja vista a flexibilização das garantias individuais em prol do bem comum, conforme aludido por André Lozano Andrade²⁴. Atenta-se ao fato, que ao invés da solução dos problemas pelo viés da criminalização e/ou endurecimento das penas, caminha-se no sentido contrário, trazendo mais prejuízos para a sociedade que perdem o importante instrumento, que deveria ser utilizado como ultima ratio.

Ao discorrer sobre o direito penal simbólico, o professor Juarez Tavares²⁵ faz uma análise inicial acerca do princípio da legalidade como grande baluarte das Constituições, inclusive a do Brasil. A legalidade como princípio jurídico penal, tem como característica principal ser um delimitador do poder punitivo estatal. Deste modo, registra-se a importância do princípio em questão no que tange ao Direito Penal. Partindo deste pressuposto, poder-se-ia verificar que qualquer criminalização, por estar vinculada a legalidade, seria legítima. Porém, não é exatamente assim que ocorre, uma vez que existem desvirtuações nos processos legislativos, derrogando o raciocínio lógico de que tudo que o Estado criminaliza seria legítimo.

O autor afirma, corretamente, que os defensores da criminalização que entendem como fundamento para se criminalizar mais a maior proteção dos bens jurídicos, justificam que a imposição de determinada conduta (mesmo sem uma prova

²⁴ ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade.** Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=214. Acesso em: 28 ago. 2015.

²⁵ TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e Psicanálise – Interseções a partir de “O Processo” de Kafka.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43.

empírica), seria uma forma de conter os infratores do cometimento de eventuais delitos. Porém, destaca-se que tal posicionamento é completamente ilusório. Neste compasso, ataca-se acerca da ilegitimidade das normas penais criadas com uma pretensão simbólica.

O simbólico torna parte da racionalização para as normas incriminadoras, como reforço da legalidade, ou seja, apresenta-se muitas vezes não como uma norma útil. Sendo assim, a culpa atribuída ao infrator da normal penal, por ter uma utilidade simbólica, passa a ser um rótulo a ser fixado na cabeça do autor, começa a se desvendar que os símbolos estão sendo utilizados para justificativa de uma intervenção punitiva cada vez maior.

Como foi exposto até o presente momento, é extremamente questionada a perspectiva do combate ao aumento das infrações penais, com a produção exacerbada de leis penais simbólicas, criando uma babel legislativa desnecessária. Já se mostra a expressão “função simbólica”, questionável nos próprios termos.

Traz a baila o presente estudo acerca do questionamento da Lei. 13.104/2015²⁶, como uma possível medida simbólica adotada pelo Estado, que tem como objetivo a redução da violência e homicídios cometidos contra a mulher por razões de gênero, por meio do aumento de pena para tais casos. Tal norma foi denominada de feminicídio, publicada no dia 9 de março de 2015, a mesma introduz mais uma circunstância qualificadora ao homicídio, para aqueles cometidos contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, determinando em quais situações será aplicada. Estabelece ainda as situações nas quais o crime será considerado qualificado, determinando as razões da condição de sexo feminino que são quando envolverem as hipóteses de: violência doméstica e familiar; e menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A referida norma, também traz algumas possíveis causas de aumento, que aumentará de 1/3 até a metade a pena, se o crime for praticado: durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; e na presença de

²⁶ BRASIL. **Lei 13.104** de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

descendente ou de ascendente da vítima. Ainda trata de reforçar o endurecimento para tais condutas, e acaba por enquadrar a nova figura incriminadora no rol dos crimes hediondos²⁷.

Aplaudida por muitos segmentos da sociedade, a referida norma penal significa, aparentemente, uma medida muito importante e como uma das grandes conquistas das frentes feministas, militantes na redução da violência contra a mulher.²⁸ Registra-se aqui, o total repúdio a violência contra mulher que ainda permeia nossa sociedade, impregnada de um caráter predominante machista e patriarcal, modelo construído desde a antiguidade, colocando a mulher em situação de submissão do homem, o que refletiu e ainda reflete em inegáveis situações prejudiciais as pessoas do sexo feminino, seja no trabalho, no seio familiar e em vários outros setores da sociedade.

Evidentemente não se pretende com o presente estudo, construir um óbice no discurso para a adoção de medidas na redução deste bárbaro ato, entretanto, denota-se necessário o filtro de tais medidas, em especial, no tocante à produção de normas penais simbólicas, debruçando-se sobre as suas reais efetividades.

Com este filtro minucioso voltado para o âmbito penal, consoante advertem os professores Gamil Föppel El Hireche e Rudá Santos Figueiredo²⁹, essa nova norma incriminadora, resultará em mais uma manifestação simbólica do direito penal, sem a produção efetiva de melhorias no combate a violência contra a mulher; e ainda, questiona-se se é lícito e/ou constitucional, o legislador se valer de uma (pseudo) função simbólica da pena, com diversas afrontas a nossa Carta Magna de 1988.

Conforme exposto até o momento, incontáveis são os doutrinadores que se juntam no discurso contra a enganosa ideia propagada na proposta do simbolismo penal, acobertando circunstâncias que necessitam de medidas reais, e não simbólicas.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 8.072**, 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 1 dez. 2015.

²⁸ **Aprovação do projeto de lei do feminicídio é avanço para enfrentar aumento de assassinatos de mulheres, diz ONU Mulheres Brasil.** Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/aprovacao-do-projeto-de-lei-do-femicidio-e-avanco-para-enfrentar-aumento-de-assassinatos-de-mulheres-diz-onu-mulheres-brasil/>>, Acesso em: 1 dez. 2015

²⁹ FÖPPEL, Gamil El Hireche; FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Homicídio contra a mulher.** Feminicídio é medida simbólica com várias inconstitucionalidades. Revista consultor jurídico. 23 mar. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/femicidio-medida-simbolica-varias-inconstitucionalidades?fb_action_ids=400970666731011&fb_action_types=og.shares#_ftn2> Acesso em: 03 de abr. de 2015.

O feminicídio não atinge a finalidade legítima proposta (proteção do bem jurídico), uma vez que somente aumentando as penas, não se soluciona o problema da criminalidade. Pois, além da utilização da função ilegítima (função simbólica), não traz nenhuma outra perspectiva de proteção ao bem jurídico da vida das mulheres.

A preocupação acerca do simbolismo contido nas normais penais, como exposto, cerca também a lei do feminicídio, recém promulgada, que conforme anota nos seguintes termos Luiz Alberto Cavalcanti:

Contudo, assim como outros projetos de lei que viraram leis penais extravagantes ao longo dos tempos e não trouxeram resultados positivos em relação aos números da violência, não tenho ilusões quanto aos resultados que advirão após a publicação do mesmo pela Presidenta (assim mesmo, não está errado), pois o maior objetivo do legislador, no fundo, não é verdadeiramente frear os ímpetos machistas e diminuir a violência praticada contra o sexo feminino, mas apenas dar uma resposta e uma satisfação à sociedade através da atividade legiferante, não importando se a lei dê resultados ou não.³⁰

Nesta perspectiva que se acende um importante alerta sobre o simbolismo penal, em específico, o caso da lei do feminicídio que provavelmente resulta em mais um caso de lei extravagante, que aumenta a pena do homicídio em razão do sexo feminino, e apesar de tratar com mais severidade a questão, muito improvável o resultado prático positivo para a sociedade.

Influência que pode ser destacada em conjunto com as teses abordadas a respeito da deslegitimação do direito penal por meio do caráter simbólico, é a posição apresentada pelo eminente Zaffaroni³¹, em sua obra em busca das penas perdidas, que alude em capítulo específico, acerca da deslegitimação pelo interacionismo simbólico e pela fenomenologia, traduzindo sinteticamente, que cada um se torna o que é observado pelo outro, a prisão tem como caráter reprodutor. Todo o aparato penal está condicionado para reforçar este papel rotulador. O chamado processo de reprodução e reprodução da delinquência.

³⁰ CAVALCANTI, Luiz Alberto. **O crime de feminicídio e a função simbólica do Direito Penal: Uma lei fadada ao fracasso**. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/o-crime-de-feminicidio-e-a-funcao-simbolica-do-direito-penal-uma-lei-fadada-ao-fracasso-por-luiz-alberto-cavalcanti/>.> Acesso em 03 abr. 2015.

³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 60-61.

Alessandro Barata³² adverte que as funções instrumentais são sucumbidas em razão das funções simbólicas. A tutela real dos bens jurídicos é substituída pela elaboração junto à sociedade, por uma falsa sensação de segurança. Comporta-se um sentimento de confiança no ordenamento jurídico e nas instituições, que tem uma realidade empírica frágil.

O desequilíbrio entre as funções simbólicas e as instrumentais no sistema jurídico-penal (se é que já existiu equilíbrio), tornam as normas penais simbólicas dissociadas da causa real dos conflitos e dos problemas em função das quais foram criadas.

Baratta conclui que se devem buscar alternativas para a solução dos problemas e conflitos, diversos das soluções penais tradicionalmente encontradas. Para buscar uma intervenção que melhor atenda as reais necessidades dos seus beneficiários. Não de modo ilusória como é apresentado pela elaboração de normas penais simbólicas.

Nesta senda, urge o despertar da consciência crítico-criminal para os assuntos, que refletem as mazelas trazidas pelo discurso punitivo, em conjunto com a resposta repressiva aos sujeitos passivos atingidos pelas políticas criminais. Este ponto será abordado no seguinte sub-tópico.

2.4.1 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E A INFLUÊNCIA DO DISCURSO PUNITIVISTA

Fruto de uma sociedade que está pautada em soluções rápidas e imediatistas, são desconsiderados problemas sociais complexos, sem a pretensão de atingir as principais causas geradoras dos seus efeitos. Em combinação ao declarado desejo de vingança do “outro” (transgressor do tipo penal), os propagadores do Direito Penal Máximo são seduzidos pelos casos expostos em nossos telejornais, apresentados por jornalistas/apresentadores detentores de um conhecimento

³² BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *In*: FRANCO, Alberto Silva (Coord.) **Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim**, 1994, ano 2, n. 5, (jan./mar.), p. 21 -24.

criminológico profundamente deturpado, que acabam por influenciar a maioria da sociedade.

É com base nesse espectro, que se originam diversas leis penais infrutíferas. A Lei n. 13.104/2015 abre amplo espaço para uma análise sob a perspectiva do discurso punitivista que tem como o efeito já dito aqui, uma produção desenfreada de normas penais (simbólicas) e endurecimento da resposta estatal aos infratores da norma, sem ao menos atentar para regras e princípios básicos do ordenamento jurídico-penal.

O desejo punitivo desenfreado, que coloca o sentimento de vingança a frente da lógica de “justiça” e do devido processo legal, cria terreno fértil, para o aparecimento de políticos que vislumbram crescimento de sua popularidade, que visam agradar os seus futuros eleitores, na busca dos votos advindos do palco criado pelo desejo hiperpunitivista, alimentado por grande parte da população.

Conclui-se de tal modo, que vem ocorrendo a utilização do Direito Penal, de modo eleitoreiro. A título ilustrativo, é pertinente o exemplo que traz do caso dos remédios falsos, narrados pelos professores Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, em seu artigo Maioridade Penal e o Direito Penal Simbólico, na revista *Magister de Direito Penal e Processual Penal*:

Para citar exemplo de emprego eleitoreiro do Direito Penal, recorde-se que o legislador brasileiro, sob os efeitos do “escândalo dos remédios falso”, não teve dúvida em reagir imediatamente: elaborou primeiro a Lei n. 9.695/98, para alterar o marco penal de diversas condutas relacionadas com o tema (a falsificação de remédio agora é sancionada com pena mínima de dez anos de reclusão. Por meio do mesmo diploma legal, outras condutas não tão graves, como a falsificação de creme para alisar o cabelo, passaram a receber a mesma punição). Depois, publicou-se a Lei n. 9.695/98, para transformar diversos desses delitos em “hediondos” (o que, desde aquela outra lei, já se almejava, mas que, por defeito de técnica legislativa, não se conseguiu). Em lugar de providências administrativas eficazes para a prevenção da falsificação, privilegiou-se a edição de uma nova lei penal (considere-se que, na ocasião, estava-se na iminência das eleições presidenciais). Impressiona o fato de a lei ter sido proposta e aprovada em 48 horas.³³

Observa-se que a utilização mal-empregada do direito penal de modo subsidiário não é observada, o que acaba por desrespeitar uma das características basilares deste ramo jurídico. Por outro lado, tal atuação precípua do sistema penal, ataca

³³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Maioridade Penal e o Direito Penal Simbólico. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Ano III, 16 v. Porto Alegre: Magister, fev./mar. 2007, p. 76.

frontalmente a importância de se combater por outro viés. Soluções menos drásticas e mais simples poderiam ser aplicadas.

André Lozano Andrade³⁴ alerta que frente aos problemas da violência apresentados, a população se concentra na busca da resolução através de meios urgentes. Posto que qualquer ação aparentemente eficaz, imediatamente é colocada em prática. Neste contexto, políticos e a mídia se valem de discursos radicais para conquistar os holofotes. Crescem os clamores midiáticos pelo endurecimento das penas e até mesmo pela pena de morte.

Com sentido, destaca-se o posicionamento que não se afasta o obrigatório e necessário combate do Estado, em relação a violência, mais especificamente, da violência contra o sexo feminino. Todavia, medidas simbólicas não estarão atingindo o problema na sua causa e acabando com o mesmo. Talvez pior, estarão sendo utilizados por políticos mal-intencionados, apropriadores de discursos demagogos, para se eximir da adoção de políticas públicas necessárias e mais dispendiosas para o Estado, visando somente a conquista de mais espaço no cenário político.

É inegável a necessidade do Estado de proteger e perseguir a erradicação da violência contra mulheres, que no ápice da aberração da conduta (des)humana, desemboca no feminicídio. As legítimas reivindicações, principalmente das frentes feministas, necessitam de serem ouvidas e atendidas. Detalhando um plano nacional junto ao Estado que permeie desde o início da educação das escolas, até outros meios que desemboquem no ensinamento da não violência contra a mulher e as suas drásticas consequências para nossa sociedade predominante machista e patriarcal. Sociedade que por vezes trata a mulher como objeto e não sujeito de direito, como de fato deve proceder com todos seres humanos.

Neste sentido é a posição encontrada no artigo de Alice Bianchini, Fernanda Marinela e Pedro Paulo de Medeiros, que se posicionam favoráveis acerca do novo tipo penal qualificador.

Apesar das divergências, grande parte da doutrina penal é acorde em estabelecer, dentre outras, a função de proteção de bens jurídicos. Nessa perspectiva, ainda que a resposta penal seja insuficiente como resposta do

³⁴ ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade.** Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=214. Acesso em: 28 ago. 2015.

Estado frente à violência contra as mulheres, é uma resposta imperativa, dada a gravidade do atentado a um bem jurídico fundamental.³⁵

Cumprido esclarecer que, o estudo não se desenvolverá no campo da necessidade da intervenção estatal, que visa a proteção do bem jurídico em debate. Pois, os sofrimentos e injustiças acumulados historicamente, e que ainda ocorrem contra as pessoas humanas, do gênero/sexo³⁶ feminino são evidentes. Não se questiona isso. Longe de querer entrar no debate deste mérito. Diga-se de passagem, totalmente ultrapassado, frente a urgente necessidade de se debater e agir em prol da causa, reduzindo os drásticos prejuízos nas vidas das pessoas do sexo feminino. O cerne do estudo se dá na utilização do feminicídio como suposta medida penal simbólica e os discursos por detrás escondidos, que sustentam as adoções de medidas simbólicas como redução da criminalidade.

A dita função simbólica do direito penal, resta evidente se tratar de uma anomalia, além disto, constata-se estar fortemente vinculada e subsidiada pelo discurso punitivista, que adota medidas repressivas cada vez mais severas em resposta as infrações penais.

Acerca dos discursos que guardam estreita relação com o Direito Penal simbólico, sobressaem o populismo penal e o discurso punitivista, conforme os dizeres do professor Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza Almeida³⁷ ao citar Rippolés Díez, ao reivindicar a criação de leis penais novas cada vez mais severas, com a ciência de que essas leis, sob a roupagem de uma atuação política instrumental e eficaz, na verdade, em nada alteram (ao menos a médio e longo prazos) a realidade da proteção dos bens jurídicos (ou da tutela da segurança pública), limitando-se nesse campo, somente a emitir mensagens (imediatistas) de afago as preocupações coletiva ou de preocupação com o tema.

³⁵ BIANCHINI, Alice; MARINELA, Fernanda; MEDEIROS, Pedro Paulo de. **Femicídio: o que não tem nome não existe.** Disponível em: <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/171813462/femicidio-o-que-nao-tem-nome-nao-existe?ref=home>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

³⁶ Ressalte-se, por oportuno, que existe uma diferença entre o termo gênero e sexo. Este consiste numa diferenciação quanto a fisiologia. Gênero já não abarca, necessariamente, o elemento sexual.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Coleção Saberes Monográficos - Populismo Penal Midiático.** Caso mensalão, mídia disruptiva e Direito Penal Crítico. 1 ed. iBooks. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2012, p. 61.

Em entrevista que trata sobre a redução da maioria penal e o a diminuição da violência, intitulada “O medo do crime e o crime não são a coisa e o seu espelho” Salo de Carvalho é enfático de tal modo:

Esse discurso de reduzir a violência com leis rígidas, é falso com base nos dados. Aumentar, normativamente, as penas, ou aumentar o espectro das pessoas que vão se submeter às penas não gera um reflexo na diminuição da violência, porque são fenômenos distintos. O crime e a violência são fenômenos distintos, nem toda a violência é criminalizada. No entanto, a violência que é criminalizada, que é a violência que habita os nossos meios de comunicação, sobretudo os mais sensacionalistas, não tem uma relação de causalidade com o nível de encarceramento, são fenômenos distintos.³⁸

Salo trata do senso comum conhecido, que ao se criar tipos penais, ocorra uma redução na violência. Contudo, tal afirmação não se verifica com provas empíricas. Ou mesmo, o aumento da população carcerária, não se soluciona o problema da violência.

Ainda nesta entrevista citada, Salo de Carvalho busca- esclarecer que a relação que a sociedade tem com a violência é a do medo generalizado, de uma construção política e ideológica de medos. O medo que há na população é muito menor do que o medo real. O crime vem sendo tratado como um produto comercial. Vende-se produtos para segurança, chegando até a privatização de presídios. Ainda existe a mídia que se apropria dos crimes ocorridos no dia-dia.

O populismo penal perpetrado pela mídia sensacionalista, nada tem a acrescentar na redução da criminalidade. Pelo contrário, contribuí com uma força significativa para a sensação de medo coletivo, em consequência lógica, gera uma resposta repressiva cada vez mais violenta as condutas criminosas, o que distorce por completo os ideais de justiça criminal voltada para ressocialização.

O caráter retributivo da sanção criminal se torna o mais importante dentro das supostas funções que tem a sanção criminal. Existe um retrocesso a largo passos no nosso sistema jurídico ao dar guarida para tais discursos. Afasta-se por derradeiro, ser necessário não dar respaldo e espaço ao discurso hiperpunitivista que angaria votos e tem amplo espaço na mídia atual, uma vez que tem conquistado grande parte da opinião pública.

³⁸ CARVALHO, Salo de. **O medo do crime e o crime não são a coisa e o seu espelho**. Disponível em: <<http://jornalismob.com/2015/10/19/o-medo-do-crime-e-o-crime-nao-sao-a-coisa-e-o-seu-espelho-entrevista-com-salo-de-carvalho/>>. Acesso em: 26 out. 2015.

De modo bastante preciso, após longa crítica pontuando os aspectos negativos trazidos pelo desnecessário uso do direito penal, Andre Lozano Andrade, traz a seguinte alternativa para o não uso do simbolismo penal:

Não há uma única solução para esse problema. Podemos citar algumas medidas que, em conjunto, seriam eficazes tanto para a diminuição do sentimento de insegurança, como para evitar que medidas populistas tenham como meio o Direito Penal: a) investimento em segurança pública, com melhor treinamento, capacitação, educação e salário para os membros das polícias, além de equipar melhor esses agentes, e contratação de efetivo policial condizente com as necessidades de cada localidade; b) investimento maciço em medidas sociais que visem reduzir as desigualdades e prover maiores e melhores oportunidades para as pessoas de baixa renda; c) educar juridicamente a população, de modo que o cidadão possa vislumbrar em outros ramos do Direito a solução para os problemas e não aceite os brados raivosos de setores da mídia por uma maior criminalização ou aumento de pena; d) a busca pela efetiva punição de criminosos, o que reforçaria o sentimento de que o Estado é eficiente e não é necessário sempre antecipar a punição por meio da criação de crimes de perigo abstrato, esses somente seriam utilizados quando estritamente necessário; e e) elevação em nível constitucional dos limites de criminalização de condutas, não permitindo que ações não lesivas fossem criminalizadas.³⁹

Portanto, conclui-se que políticas públicas realizadas em detrimento da intervenção penal traçam o caminho para a solução. Não se pode delegar ao direito penal a solução da ineficiência estatal.

Já perpassado importantes conceituações e críticas acerca do direito penal tido pelo viés simbólico, faz-se mister salientar e traçar alguns aspectos do dito direito penal emergencial, que acomete a diversas normas penais.

2.5 DIREITO PENAL EMERGENCIAL E DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Os discursos populistas que ensejam uma postura ativa do Poder Público em relação ao aumento da criminalidade, não somente resultam na produção de leis penais simbólicas e infrutíferas. Mas revelam uma outra característica que caminha intimamente ligada com a simbólica, o Direito Penal emergencial.

³⁹ ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade.** Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=214.> Acesso em: 28 ago. 2015.

Assim aponta, Leonardo Sica⁴⁰, vez que as bases do Direito penal simbólico representam uma sociedade acuada, com medo, insegura, frente a criminalidade e a violência. O medo é um dos piores inimigos do que os outros. Os dados estatísticos e informações vinculadas em massa criam um estado de pavor geral, o resultado é o sentimento de vulnerabilidade geral e coloca todos contra o “inimigo”.

Com isso, a resposta lógica é simples, todos os desvios começam a receber a resposta mais rude possível, uma vez que a sociedade já se encontra mergulhada no contexto violento. Ocorre a difusão de forma vasta acerca da criminalidade que está crescendo, os meios de comunicação se utilizam de dados deturpados a fim de se vender notícias, conforme tratado no tópico sobre o populismo midiático.

Neste contexto, o desajuste apresentado chega a seara legislativa, especialmente, no que tange ao sistema penal. Os reflexos são leis penais severas como resposta ao medo social. Contudo, o medo é um fator que afasta a racionalidade, encobrendo o pleno discernimento e transmite o problema causador do medo, no caso, a criminalidade, muito maior do que a real dimensão conferida ao objeto causador do temor geral. A mídia, nos tempos atuais, tem cumprido com êxito a função de propagação desenfreada na reprodução.

O autor mencionado, aponta em sua obra que existe um histórico emergencial no direito penal italiano, que nasce circunscrito nos casos emblemáticos vistos na Itália quando do combate ao crime organizado. Crescem os crimes, crescem as penas, nos dizeres do autor.

Ao delinear os traços fundantes do Direito penal de Emergência, Ferrajoli⁴¹ traz as seguintes palavras:

A alteração da fonte de legitimação consistiu precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política da ruptura ou, se se preferir, da modificação das regras do jogo que no Estado de direito disciplinam a função penal. Esta concessão da emergência outra coisa não é que a ideia do primado da razão de Estado sobre a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não

⁴⁰ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.77-79.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p 649-650.

mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas à esta supraordenada.

Tal entendimento do direito penal de emergência, necessita de uma urgente resposta, como os modelos garantistas propostos por Ferrajoli, uma vez que o mesmo fere diversos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

O direito emergencial vem acompanhado de normas/leis penais casuísticas, emotivas, promocionais e com penas severas. Caracteriza-se, o direito penal de emergência, como uma resposta imediatista e simbólica frente ao problema apresentado que ensejou a criminalização. O simbolismo penal não é, necessariamente, uma resposta imediata, apesar de trabalhar com a vertente da demagogia da solução para a redução da criminalidade, como também é o caso das leis penais emergenciais.

Após pesquisa realizada, não foi possível encontrar uma diferença nítida quanto o simbolismo e o caráter emergencial penal, sendo assim, pode-se chegar a seguinte conclusão de uma diferença minuciosa: todas as leis penais emergenciais também são leis simbólicas. Por outro lado, as leis simbólicas nem sempre serão leis emergenciais, pois podem ser criadas depois do populismo do do discurso punitivista já ter perdido o foco.

Conforme trata Rogério Greco⁴², que o movimento lei e ordem ergue outra bandeira, a do direito penal de emergência. Esta que pode ser traduzida em situações de urgência, em que se demanda uma rápida aplicação do direito penal. Em tese, o direito penal emergencial deveria ser utilizado até a solução dos problemas para o qual foi demandado. Contudo, não é o que ocorre, torna-se uma utilização recorrente.

Ambos, Direito Penal Simbólico e de Emergência trazem danos ao sistema jurídico-penal. Não reduzem o aumento da criminalidade, aumentam as leis e acabam por torna-las, por vezes, infrutíferas.

O Direito Penal Emergencial tem como suas prováveis causas, o clamor social punitivo e a desvirtuação da atuação legislativa deliberada, direcionada por políticos que buscam angariar somente espaço político com o discurso punitivista para atingir

⁴² GRECO. Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: Uma visão minimalista do direito penal. 6 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 22.

a redução da criminalidade. Apresenta-se, até o momento, uma linha muito tênue para a sua diferenciação em relação ao Direito Penal Simbólico, assemelham-se ainda mais, já que ambos são utilizados para limitar ou derrogar garantias penais em busca do controle da alta criminalidade.

Entretanto, existe uma diferença nítida, somente pela semântica da palavra que já se apresenta, o simbólico não necessariamente será emergencial. É possível que exista um determinado fato social que está ganhando as mídias e pelo terror proporcionado venha demandar uma criação de um tipo penal, que não surtirá efeito nenhum. Mas que servirá como um alento ao clamor social. A referida norma pode não ser produzida de imediato, sendo simbólica, porém não emergencial.

A título de exemplo acerca do Direito Penal Emergencial, é possível trazer uma série de exemplos de tipos penais criados, em momento seguido ao do fato ocorrido, com tramitação recorde nas casas legislativas e após campanha intensa da grande mídia. Sendo que, na maioria das vezes se trata de pessoas com o “status” de celebridade.

De modo bem ilustrado, em quadro explicativo, Alisson Guimarães⁴³, traz em seu artigo, “o direito penal de emergência e suas implicações nas políticas criminais contemporâneas do Brasil”, alguns casos que se apresentam como um Direito Penal de Emergência no nosso ordenamento jurídico pátrio. Assim foi com a Lei nº12.737/2012⁴⁴ que se deu após a publicação de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann na internet. Aprovada em tempo recorde, a referida lei, prevê a punição dos crimes cometidos através da internet.

O segundo exemplo trazido, é a Lei nº 8.072/90 que teve como fato gerador de enorme repercussão, os sequestros dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina. A conhecida Lei dos Crimes Hediondos que teve aprovação de 15 dias após os sequestros. Sendo tão rápida que gerou diversos erros técnicos, além de ter esquecido de colocar dentre o seu rol, o delito de homicídio.

⁴³ GUIMARÃES, Alisson. **O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL.** Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo9-poderviolenciaepoliticaspUBLICAS/odireitopenaldeemergenciaesuasimplicacoesnaspoliticascriminaiscontemporaneasdobrasil.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 12.737**, 30 de novembro 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

A Lei. 8.930/94 que inseriu o homicídio simples quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, mesmo que cometido por um só agente, e o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, que teve como causador da forte comoção popular a morte da atriz Daniela Peres. Existe uma série de leis e projetos no Congresso Nacional com a mesma perspectiva emergencial e simbólica, estes casos somente demonstram o quanto é recorrente em nossa técnica legislativa, a utilização de normas que visam resolver de modo imediato e simbólico a redução da criminalidade.

Segundo a crítica realizada por Ana Elisa Liberatore Silva Bechara⁴⁵, a consequência do Direito Penal de Emergência, é uma política criminal traduzida em política de segurança, alertando que tem sido deixado de lado pelos operadores do Direito, a importante questão da política criminal. E conforme aludido anteriormente, não se concentra a produção da norma incriminadora no poder coercitivo estatal, mas na vontade soberana de concretizar a hegemonia de grupos de pressão sobre o Poder Público. Ocorrendo uma involução no ordenamento jurídico-penal, vez que normas penais que visam somente a eficácia, destroem as propostas de solução estrutural dos problemas sociais.

Ainda afirma a professora, que o Direito Penal não deve existir como instrumento interventor na esfera individual, mas atuar apenas no que tange as necessidades essenciais para o funcionamento da sociedade. Sendo que, a sua utilização de modo adequado a problemas emergentes, mostra-se plenamente possível, contudo não pode consistir na criação de bases dogmáticas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal Simbólico e o Direito Penal Emergencial, trata-se, portanto, da utilização do controle social mais drástico (direito penal), de modo mais severo, promocional (simbólico) e imediato (emergencial). Um verdadeiro retrocesso em termos de ciência legislativa penal, que vai de afronta ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Como resposta a essas vertentes, é de suma importância, a busca da redefinição do sistema penal. As teorias do Direito Penal Mínimo e o Garantismo são extremamente

⁴⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. DISCURSOS DE EMERGÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL: O FUTURO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. 103 v., p. 411 - 436 jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67812/70420>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

pertinentes para a contenção do descalabro legislativo penal. A ideia de direito penal como ultima ratio, de forma subsidiária e fragmentária, nunca foi tão relevante para a contenção deste radicalismo punitivo.

Observação necessária diz respeito ao possível esgotamento do tratamento do Estado em relação a violência contra as mulheres. Contudo, conforme visto a seguir, o simbolismo penal presente nas normas dizem respeito não somente a produção para bens desnecessários, mas pela existência de leis que já tutelavam o bem jurídico. Cria-se um emaranhado de leis desnecessário.

O problema da violência contra as mulheres e os homicídios cometidos em razão da condição do sexo feminino, já vem inflamando o discurso punitivista a décadas. Desde que as mulheres começaram a conquistar o seu espaço e exigir medida mais severas contra os transgressores. Por isso, partindo da perspectiva da introdução da lei do feminicídio, a mesma não se apresenta como uma medida emergencial, posto que é considerada simbólica, entretanto, não será considerada emergencial, já que existem diversas outras normas imediatistas anteriores a referida norma.

Com tal perspectiva, dar-se início no próximo capítulo, em específico, o estudo acerca da lei do feminicídio, porém, inicialmente, frente a importância da tutela dos direitos das mulheres, cumpre a realização de um escopo histórico acerca do tema da tutela penal do sexo feminino

3 TUTELA PENAL DO SEXO FEMININO

O movimento feminista, conhecido essencialmente, pela batalha incessante e histórica em prol de mais direitos às mulheres, e a afirmação das mesmas no nosso meio social, também tem como finalidade, que as pessoas do sexo feminino obtenham maior espaço na sociedade (trabalho, família e etc). Como sustentáculo deste discurso, busca-se o cumprimento da nossa Carta Magna de 1988 que consagra o princípio da isonomia como vetor principiológico fundamental.

O espaço obstaculizado durante muito tempo, por conta de uma sociedade predominantemente machista, que cerceava e ainda limita direitos básicos à mulher, como, por exemplo, o direito ao voto, que durante muito tempo foi denegado a pessoas do gênero feminino.

Mohamad Ale Hasan Mahmoud⁴⁶ alude o importante papel do Feminismo como movimento transformador da realidade social ao passar do tempo, e que tal movimento sofreu mudanças para se adaptar às novas realidades, até mesmo em relação a suas conquistas. Com isso, conforme se verifica no cenário internacional, que não se limita ao meio social brasileiro, o grande problema da violência contra a mulher, existindo um movimento internacional que age em prol do combate à violência contra mulheres e à ampliação dos direitos concedidas a este gênero. O feminismo tem suas bases ideológicas propagadas em diversas nações, a denotar que a violência contra mulheres é fenômeno também global.

Apresenta-se como uma das grandes vitórias obtidas pelo movimento feminista brasileiro, a criação do Conselho da Condição da Mulher (CNDM). Céli Regina Jardim Pinto⁴⁷, anota que o Conselho, criado em 1984, em conjunto com O Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), de Brasília, promoveram uma campanha nacional para que fosse incluído na Constituição de 1988, diversos pontos que abrangesse os direitos das mulheres. Como resultado deste esforço, afirma no artigo, que este resultado garantiu que a nossa Carta Magna seja uma das Constituições que mais garante direitos para a mulher no mundo.

⁴⁶ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. **Mulher e direito penal**. In: REAL JÚNIOR, Miguel (Coord.) e PASCHOAL, Janaína (Org.). 1 ed. Rio de Janeiro: Forente, 2007, p. 299-305.

⁴⁷ PINTO. Céli Regina Jardim. **Feminismo, história e poder**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>> Acesso em: 31 maio 2015.

É neste sentido conforme aponta Jeferson Botelho Pereira⁴⁸, que o Brasil foi signatário de diversos compromissos internacionais a fim de ampliar a proteção, cada vez maior aos direitos da mulher. Sendo que existem duas convenções merecedoras de destaque: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, concebida pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, datada de 1979, e ratificada pelo Brasil em 1984, bem como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994, sendo depositada a Carta de Ratificação pelo Brasil, em 1996.

Registra-se também, que o Brasil depositou Carta de Ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, em 1992, importante diploma legal que trouxe ao nosso ordenamento jurídico forte carga de proteção aos direitos humanos, e no seu artigo décimo sétimo traz a menção da proteção ao direito da família, devendo o mesmo ser protegido pelo Estado.

Todas essas convenções e tratados mencionados que versam sobre os direitos das mulheres são de suma importância para a busca da redução do feminicídio. Tais discursos são plenamente legítimos e necessários. Contudo, quando introduzidos no sistema penal necessitam da cautela para sua verificação de validade, para que a norma não sirva somente de panfleto feminista. Sem nenhuma aplicabilidade, conforme acontece com o feminicídio.

No mesmo diapasão, Mariana Guimarães Rocha da Cunha Bueno⁴⁹, traz em seu trabalho acerca do atrelamento entre o movimento feminista e o Direito Penal. Sustentando que, além da maior visibilidade dedicada aos problemas enfrentados pela mulher, a utilização do sistema penal representa uma mudança de posição do Estado em relação a vida privada das mulheres, em específico a violência que as acometem. Sendo que, até pouco tempo, o Estado não interferia nestas relações.

Contudo, alerta-se, mais uma vez, em relação aos problemas sociais que são entregues para uma solução penal, mostrando-se como uma ajuda secundária e

⁴⁸ PEREIRA, Jeferson Botelho. **Breves apontamentos sobre a Lei nº 13.104/2015, que cria de crime feminicídio no Ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível: <<http://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobre-a-lei-n-13-104-2015-que-cria-de-crime-feminicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro#ixzz3bjrhYUfR>> Acesso em: 31 maio 2015.

⁴⁹ BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e Direito Penal.** 2011. Dissertação. p. 78-85 (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

pontual, mas que podem ocasionar uma frustração com relação às esperanças que foram depositadas na solução por meio da sanção criminal. O maior desafio para o movimento feminista é encontrar o meio de atingir a igualdade material sem se perder na linha do paternalismo estatal.

3.1 A LEI MARIA DA PENHA

Dentro desta perspectiva, tem se observado que a lei do feminicídio deve ser recebida com parcimônia, tendo em vista a preexistência de importantes diplomas legislativos, que já exerciam uma tutela específica ampla em relação a proteção das mulheres. Para alimentar tal questionamento que se mostra devidamente oportuno, destaca-se acerca da possibilidade da nova incriminadora penal (Lei 13.104) determinar a proteção de um bem jurídico que já estava sendo tutelado por outros tipos penais, conforme citado anteriormente. Em específico, o exemplo da conhecida Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme traz expresso no seu primeiro artigo de introdução.

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.⁵⁰

Sobre a Lei Maria da Penha, mostram os autores Isaac Sabbá Guimarães e Rômulo de Andrade Moreira, em seu livro sobre uma análise criminológica, de Política Criminal e do Procedimento Penal da referida lei, que depois de um longo período para aprovação de um conjunto de normas que combatessem o fenômeno da violência no íntimo da sociedade (meio familiar), encerrou-se o sistema de normatizações do programa constitucional de combate a violência doméstica. Sendo que, não somente ocorreu pela produção de uma nova política criminal, mas pelo

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 11.340**, 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

estabelecimento de diversas outras medidas que acompanharam o nascimento da norma, como medidas preventivas, delegacias especiais para mulheres e dentro outras. Não se deu somente na repressão dos crimes o enfoque desta referida normatização, porém, também na proteção da pessoa do sexo feminino que tenha sido vítima do tipo penal em questão.⁵¹

Ainda sobre a Lei Maria da Penha, Rômulo de Andrade Moreira mostra o quão ampla a norma tentou ser, a fim de poder ser aplicada em diversas situações e tutelar de modo bem completo. Ele elenca quais serão os pontos abrangidos pela Lei Maria da Penha:

Com efeito, a Lei nº. 11.340/06, a chamada “Lei Maria da Penha”, procurou criar “*mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher*”. Segundo esta lei, “*configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*”, podendo ser praticada: a) “*no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas*”; b) “*no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa*” ou c) “*em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação*.”⁵²

Sendo assim, é indispensável para aplicação da lei penal, uma análise minuciosa acerca dos outros diplomas normativos preexistentes a ela. Tal raciocínio se mostra pertinente, para evitar a produção de mais leis infrutíferas que permeiem o nosso ordenamento jurídico, sustentando discursos falaciosos que servirão para reduzir a criminalidade. Mesmo não sendo o mesmo bem jurídico do feminicídio. A Lei Maria da Penha altera processualmente o tratamento de quase todos os crimes praticados contra a mulher, incluindo crimes como lesão corporal, que afeta a integridade física, e homicídio, que afeta a vida.

⁵¹ GUIMARÃES Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal**. Ed. 2. Curitiba: Juruá, 2011 p. 23-31.

⁵² MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Feminicídio**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-feminicidio-por-romulo-andrade-moreira/>> Acesso em: 31 maio 2015

Para além disto, no sentido de obter a efetividade no combate a violência contra a mulher, a lei em debate foi publicada como mais uma norma penal que não se tem certeza da sua real eficácia em relação a sua criminalização. Conforme será abordado no próximo capítulo, a hipertrofia da legislação penal constrói problemas na aplicação das normas, além de ofender princípios como legalidade e *ne bis in idem*.

Deste modo, o presente estudo se desenvolve acerca dos desafios encontrados pela lei do feminicídio como medida simbólica, uma vez que a mesma não trouxe nenhum caráter instrumental para a efetiva proteção da mulher. Questionando a (pseudo) função simbólica do direito penal, à luz da (des)necessidade da produção deliberada de novos tipos penais. Conforme aqui exposto, a Lei Maria da Penha, aparentemente, tutela e protege a violência contra o sexo feminino de modo bastante amplo. Pelo menos do ponto de vista legislativo, posto que a nova incriminadora não terá o condão de modificar a realidade, simplesmente pelo agravamento da pena. Somente será possível realizar essa transformação, se forem implementadas novas medidas através de outras políticas públicas. Medida simbólica não reduzirá a violência.

Ocorre que, conforme já mencionado, a Lei Maria da Penha trouxe maiores medidas para proteção da mulher. Não se deve somente pela aplicação penal mais severa, mas pelas medidas protetivas e cautelares introduzidas pelo novel diploma, além de um tratamento muito mais completo e complexo do que no caso a lei do feminicídio. A exemplo disto, a criação das delegacias especializadas e medidas cautelares específicas tornam o sistema penal mais eficiente contra a violência doméstica.

Como prova dos avanços da Lei Maria da Penha, existe pesquisa no Instituto do IPEA⁵³, que afirma numa redução de 10% na taxa de homicídio contra as mulheres no âmbito do lar. Sendo assim, apesar de ser possível suscitar que a Lei Maria da Penha também tenha contornos simbólicos, foram previstas medidas mais amplas que traduzissem na prática uma maior proteção efetiva às mulheres.

Tal função simbólica do direito penal, não apenas está sendo posta em questão, mas também, pretende-se à luz dos princípios constitucionais consagrados pela

⁵³ IPEA. **Pesquisa avalia a efetividade da Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610.> Acesso em: 28 out. 2015.

Magna Carta, trabalhar a teoria do Direito Penal Mínimo, como vetor-guia ao legislador, devendo este se pautar em tal teoria para a produção e revogação de tipos penais.

A referida lei foi introduzida no corrente ano de 2015, que já nasceu suscitando doutrinariamente, muita divergência acerca da sua real necessidade, dos seus vícios (legais ou constitucionais), sendo assim, necessário a realização de um apontamento acerca dos principais os aspectos trazidos pelo novel diploma.

Dentro desta perspectiva que ocorre o questionamento da desnecessidade da lei do feminicídio como uma nova medida protetiva, vez que a Lei Maria da Penha, tratou de modo muito mais complexo e completo o combate à violência doméstica. Enquanto o novel diploma somente elencou uma nova qualificadora e a enquadrou no rol dos crimes hediondos.

3.2 O FEMINÍCIDIO: ASPECTOS RELEVANTES DA LEI.

O novel diploma trouxe aspectos inovadores para a (suposta) proteção a violência contra a mulher, no que tange aos crimes cometidos em razão do gênero. O feminicídio se sustenta, de acordo com os fundamentos contidos no projeto que deu origem a lei, num persistente histórico de agressões físicas e psicológicas que resultam na forma mais cruel, o feminicídio.

Anterior a uma análise dos termos introduzidos, mister fazer uma consideração acerca dos motivos ensejadores da lei, em conjunto com o contexto político-social que se deu a criação da mesma, não só no Brasil, mas em outros países na América Latina, que também tratou do tema previamente.

3.2.1. Fundamentos acerca da nova qualificadora

A priori é necessário tecer breve comentário acerca do termo feminicídio. Segundo Misael Neto e Luís Eduardo Lopes⁵⁴, a palavra feminicídio denota a morte de uma mulher por conta da razão de gênero ou violência doméstica. Não se enquadra tal termo em qualquer morte de pessoa do sexo feminino. A morte de mulheres que não seja por razão de gênero ou violência doméstica, atribui-se o termo, feminicídio.

Contudo, atenta-se ao fato que a lei 13.104, recém-publicada, cometeu profunda confusão sobre o que queria resguardar. Ao tratar de feminicídio, como dito, a lei estaria querendo tutelar todas aquelas pessoas que tenham identificação com o gênero. Porém, como uma das suas condições para se configurar a qualificadora, necessita-se que seja “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, ou seja, atrelou ao sexo feminino, e não ao gênero, conforme será debatido em tópico a seguir.

O projeto de lei do Senado de n. 292⁵⁵, de 2013, traz a proposta de alteração do Código Penal, para inserir o feminicídio, como qualificadora do homicídio, posteriormente, o referido projeto da ensejo a Lei 13.104.

Na justificção da sua produção, encontram-se diversos tipos de argumentos. Em primeira análise, é apresentado dado da ONU, em que o número de assassinatos em razão de ser mulher, em todos os países, chega aos 66 mil por ano, entre o período de 2004 a 2009, creditando o aumento destes números à impunidade. Em relação ao Brasil, somos colocados em sétimo lugar no ranking de assassinatos contra mulheres, figurando como um dos países que mais se tem aumento deste tipo de crime.

O projeto apresenta dois fatores determinantes para o entendimento do alto número do crime de homicídio contra mulheres. Primeiro, uma dominação sociocultural histórica existente, vez que a mulher na maioria das sociedades sempre foi colocada numa situação inferior a do homem, contribuindo com uma ideia de submissão. Em

⁵⁴ FRANÇA, Misael Neto Bispo; COLAVOLPE, Luís Eduardo Lopes Serpa. **LEI DO FEMINICÍDIO: PARA QUEM E PARA QUÊ? UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL** No prelo.

⁵⁵ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 292, de 2013**. Disponível em: < <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1>.> Acesso em: 28 set. 2015.

segundo, tal aumento se estimulou frente uma atitude indiferente do Estado e da impunidade em relação aos delitos contra as mulheres incluindo o ora denominado feminicídio.

Há uma importante alusão à Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 2006), como um importante ponto de partida para o enfrentamento da discriminação de gênero e pela luta da igualdade no nosso país, além da afirmação de diversos compromissos internacionais e constitucionais são identificados nesta norma. A tipificação penal do feminicídio como combate a impunidade, tem origem na América Latina, após o assassinato de diversas mulheres no México, casos que tiveram proporções internacionais, levando outros países a adotarem posturas firmes e rígida frente a movimentação doméstica e internacional. Sendo assim, em 2013, a ONU decidiu expedir a recomendação dos países que ainda não haviam tipificado o crime de feminicídio a fazerem, como medida de combate a esta forma de violência extrema.

A justificativa presente no projeto mais relevante para o presente trabalho, é a da impunidade. O projeto elege como importância primordial da tipificação do feminicídio, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, deixando evidente a fissura que há na nossa sociedade, em relação a desigualdade de gênero. Tem a perspectiva de impossibilitar “interpretações anacrônicas” do sistema jurídico pátrio, para beneficiar o feminicida, a fim de evitar a impunidade. Elege-se a não punição, como o inimigo número um da violência contra a mulher.

Neste sentido, apresenta-se o posicionamento de Lourdes Bandeira⁵⁶, sustentando a necessidade da tipificação explícita do feminicídio, no Código Penal, para que se coloque fim em relação ao silêncio social acerca do referido crime. Defende que a dimensão deste crime é maior do que se pode apurar, a tipificação preencheria esta lacuna, corroborando com a construção de políticas públicas a fim de diminuir a violência de gênero.

A autora Lourdes Bandeira, contudo, faz ressalva da inefetividade do combate ao feminicídio somente via o sistema penal. A tentativa de redução dos assassinatos de mulheres deveria receber atenção não somente da repressão penal, mas na implementação de medidas preventivas protetivas e políticas sociais. Refuta-se o

⁵⁶ BANDEIRA, Lourdes. **Feminicídio: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher.** Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/femicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contra-a-mulher-por-lourdes-bandeira/>> Acesso em: 02 out. 2015.

posicionamento da autora. O feminicídio utilizado como medida simbólica não contribui em nada ao combate da criminalidade.

Lúcia Barros Freitas de Alvarenga, em sua obra, “Mulher, Discriminação e Violência: Uma questão de Direitos Humanos”, expressa o seguinte:

Enfim, uma vez aceita a ideia de que a violência contra a mulher é, antes de qualquer coisa, uma violência estrutural e institucional e que a violência familiar é apenas mais uma consequência dessa violência estrutural e institucional, a conclusão a que se chega não é menos reveladora: no sistema patriarcal, quem pratica essa violência nada mais é do que, em primeiro lugar, o Estado e a sociedade, e, via de consequência, o homem que, simplesmente, “reproduz”, e concretiza o papel de um e de outra: em sua omissão e em seu silêncio, tanto o Estado como a sociedade corroboram e aprovam e – o que é ainda mais dramático – legitimam suas atitudes no âmbito privado da família.⁵⁷

Deste modo, em seu artigo, a autora colabora com a ideia de que enquanto ocorrer a educação voltada para superioridade masculina, onde tais estereótipos são afirmados cotidianamente (no âmbito privado ou público) haverá desigualdade entre homens e mulheres, e inevitável tentativa de dominação do masculino sob o feminino. Contudo, é nesta seara que se identificam as mudanças de atitudes para cortar o mal pela raiz, nos dizeres da autora, não se basta em apenas criar leis destinadas ao combate da violência física contra mulher (muito menos leis penais).

Com isso, em inicial análise da Lei 13.104, originada do referido projeto, foi sancionado, no mês de março do corrente ano, trazendo expresso uma nova qualificação ao homicídio que tenha sido cometido por razões da sua condição de sexo feminino. Entretanto, questiona-se quem poderá figurar no polo passivo, para que seja possível ser enquadrado no conceito de sexo feminino.

Em defesa da tipificação do feminicídio, Debora Diniz, Bruna Santos Costa e Sinara Gumieri⁵⁸, escreveram relevante artigo acerca do tema, afirmando que nomeação é

⁵⁷ ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Mulher, Discriminação e Violência: Uma questão de Direitos Humanos**. Direito Público. Ano V, n. 23, v. 5. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005.

⁵⁸ DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear Feminicídio: Conhecer, simbolizar e punir. *In*: ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim**. 2015, ano 23, v. 114, (maio-junho), p.226 -239.

um gesto político, deste modo, ocorre com o feminicídio, tendo sido atribuído o termo a Diana Russel, pesquisadora feminista. Quanto ao local de origem, faz-se alusão ao Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, este que queria publicizar os crimes cometidos contra as mulheres em todos os países. Existe uma divergência até hoje, em relação qual o termo que deve ser adotado, feminicídio ou femicídio.

Com todos os argumentos em prol da nova qualificadora e sobre os fundamentos trazidos pela lei. Deve-se realizar uma reflexão acerca do sistema penal servindo de panfleto para divulgação de discursos feministas. O que já estaria evidenciando por completo o caráter meramente simbólico da norma.

O termo feminicídio tem ganhado destaque na América Latina, ocorrendo diversas conceituações e subtipos (feminicídio íntimo, sexual, por conexão). Na última década, cerca de dezena países latino-americanos tipificaram o feminicídio. De acordo com a visão da autora, a nomeação é uma forma de resistência, como também de denúncia da violência de gênero.

Neste sentido, acredita-se que, quanto à nomeação do termo, existem três efeitos que o justificam: nomear para conhecer, simbolizar e punir. A autora acredita que saindo do papel genérico para o punitivo específico, intimidasse os feminicidas. Contudo, desnecessário seria realizar a crítica em relação a simbolização com a finalidade de envergonhar, pois a autora afirma categoricamente, que não há evidência como seria o jogo performativo da enunciação e simbolização, admitindo que o uso do direito penal simbólico é evitado de descrença quanto a sua efetividade.

A autora se baseia que a principal hipótese para nomeação seria a incorporação do feminicídio na cadeia punitiva. Por fim, conclui que nomear é uma forma de tornar a conhecimento de todos a matança como uma violência de gênero, cometido contra a mulher num sistema patriarcal soberano, a controvérsia existente é como proceder para uma maior proteção em relação às mulheres.

O nomear para conhecer utilizado na lógica do artigo apresentado, faz sentido na razão que é necessário saber quais são as mortes decorrentes da violência doméstica ou de gênero, entretanto, não seria necessariamente o nomear para punir algo efetivo. Pois, com os números das mortes, o Estado poderia adotar diversas outras medidas socioeducativas mais efetivas do que o próprio endurecimento punitivo, que como já arguido por diversas vezes neste trabalho, não alteraria em

nada a violência. Mister salientar que políticas públicas estariam sendo colocadas em segundo plano, vez que o Estado já estaria dando com resposta a tipificação penal para a solução do feminicídio.

Por fim cabe ressaltar a posição de Rômulo Andrade⁵⁹, que a maior dificuldade em relação ao novel diploma consiste de estabelecer, com certeza, quando exatamente o homicídio praticado contra a mulher será em razão de “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. Não garante, deste modo, segurança aos aplicadores da norma.

Em respeito ao princípio da taxatividade não se pode admitir expressões vagas com com conceitos difusos, como os propostos pelo novel diploma. O tratamento diferenciado dado as mulheres vítimas do feminicídio é regido pelo princípio da isonomia, porém ainda assim, indaga-se se o referido princípio deveria incidir nas normas penais.

Rudá e Gamil tratam deste ponto, conforme se vê:

O anteprojeto de Código Penal, por sua vez, propõe semelhante à ora efetivada, sem, contudo, distinguir homens e mulheres, a tornar qualificado o homicídio praticado por motivo de identidade de gênero, independentemente da qualidade do autor ou da vítima, a respeitar o princípio da isonomia⁶⁰

A busca da igualdade deve intervir nas relações sociais buscando equacionar algumas diferenças. Entretanto, trazer este princípio para as normas penais, apresenta-se como um equívoco. Ainda se atesta, que será necessário para configurar as causas de aumento de pena, prova inequívoca das designadas circunstâncias em respeito ao princípio da presunção de inocência.

⁵⁹ MOREIRA, Rômulo Andrade. **O Feminicídio**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-femicidio-por-romulo-andrade-moreira/>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁶⁰ FÖPPEL, Gamil El Hireche; FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Homicídio contra a mulher**. Feminicídio é medida simbólica com várias inconstitucionalidades. Revista consultor jurídico. 23 mar. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/femicidio-medida-simbolica-varias-inconstitucionalidades?fb_action_ids=400970666731011&fb_action_types=og.shares#_ftn2.> Acesso em: 14 out. 2015.

3.2.2 Sujeito passivo do feminicídio

Importante a realização de uma distinção acerca das diferenciações das Leis 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e a lei 13.104/2015 (Lei do Feminicídio) no tocante ao sujeito passivo. Pois ambas tutelam direitos das pessoas do sexo feminino.

Conforme entendimento de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini⁶¹, o novel diploma traz expresso que a vítima do tipo necessita ser mulher. A Lei Maria da Penha também traz essa previsão, contudo existem decisões jurisprudenciais que a aplicam em situações envolvendo transexuais, travestis e nas relações homoafetivas masculinas. Além disso, a Lei Maria da Penha trata, prioritariamente, trata acerca das medidas protetivas.

Contrário ao entendimento trazido em questão, é o posicionamento da Juíza Adriana de Mello⁶², entendendo acerca da possibilidade de se aplicar o feminicídio quando a pessoa se identificar com o sexo feminino. Ou seja, abrange-se, assim como a Lei Maria da Penha. A autora justifica tal interpretação a partir de um critério psicológico para definição do que seria pertencer ao gênero feminino.

Cumprir informar que não se pode aplicar a analogia no caso da sanção penal para prejudicar o réu. Além do mais, deve-se afastar o caráter subjetivo presente na norma, para não ferir o princípio da taxatividade do direito penal. Resta evidente, a impossibilidade de se enquadrar a pessoa do sexo masculino na qualificadora da lei do feminicídio. A lei expressa os seguintes dizeres: “por razões de sexo feminino”. Aplicando-se, deste modo, somente às pessoas do sexo feminino.

Para Ferrajoli⁶³ o princípio da legalidade estrita (taxatividade) diverge do princípio da mera legalidade no sentido de que este se apresenta como qualquer delito descrito na lei. Enquanto a taxatividade se dirige ao legislador para ser uma qualificação penal idônea para garantir com taxatividade os pressupostos da pena.

⁶¹ GOMES Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Feminicídio**: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>. Acesso em: 19 out. 2015.

⁶² MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: Breves comentários à Lei 13.104/15**. Disponível em: <http://jota.info/feminicidio-breves-comentarios-a-lei-13-10415>> Acesso em: 02 out. 2015.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p 76-77.

O princípio da legalidade sujeita o juiz às leis em vigência. No aspecto do referido princípio em estrito senso, a lei deve conter pressupostos típicos inequívocos.

Com enfoque da análise acerca do novel diploma, devem ser analisados todos os tipos penais sob uma perspectiva constitucional. Assim para esclarecer melhor a dúvida, preleciona o autor Rogério Greco⁶⁴ que, pode ser levado em consideração na reflexão sobre o tema, primeiro, o critério de definição de natureza psicológica, que embora pertença ao sexo masculino, o indivíduo acredita pertencer ao sexo feminino. Outro critério que também poderá ser apontado, diz respeito a natureza biológica do sujeito. E o terceiro critério existente, é o critério jurídico.

Anota com nitidez em seu artigo que, apesar de serem relevantes todos os critérios, o que traduz necessária segurança exigida pelo direito penal, somente poderá ser o jurídico, devendo este critério ser o balizador para a aplicação da referida norma penal.

Deste modo, a pessoa portadora de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade), que expresse o sexo feminino, será enquadrado como sujeito passivo da nova qualificadora. Acrescenta-se que se está diante de um tipo penal, e devemos realizar a interpretação mais restritiva possível. Para evitar a ofensa ao princípio da legalidade, presente no Estado Democrático de Direito, na sua perspectiva taxativa (princípio da taxatividade), no âmbito penal, estabelecendo que toda lei penal deve ser clara e compreensível, a fim de evitar possíveis interpretações extensivas.

Não poderá figura no polo passivo da lei do feminicídio outros sujeitos, quais sejam pessoas do sexo masculino: transexuais, bissexuais, homossexuais e entre outros. Somente poderá se valer da proteção da norma, os sujeitos que são portadores do registro oficial, em que conste pertencer ao sexo feminino.

Assevera Eduardo Luiz Santos Cabette⁶⁵, em seu artigo publicado que trata sobre o tema, que conforme se descreve no novo tipo penal, o simples fato de uma mulher configurando no sujeito passivo de homicídio não resta necessário para

⁶⁴ GRECO, Rogério. **Femicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104**, de 9 de mar. de 2015. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/femicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>> Acesso em: 04 abr. 2015.

⁶⁵ CABETTE. Eduardo Luiz Santos. **Femicídio: mais um capítulo do Direito Penal Simbólico agora mesclado com o Politicamente Correto**. Disponível em <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/159300199/femicidio-mais-um-capitulo-do-direito-penal-simbolico-agora-mesclado-com-o-politicamente-correto>> Acesso em 30 out. 2015.

caracterização do feminicídio. Somente poderá ensejar a aplicação da nova qualificadora quando a extrema violência contra a mulher, ocasionar a morte, numa circunstancia de violação ao gênero. O autor assemelha o exercício do feminicídio a um suposto direito de posse ou de domínio sobre a mulher vítima.

Importante a ressalva, que não se excluí a possibilidade da mulher também figurar no polo ativo da qualificadora, desde que correlata numa relação que estaria aplicando a violência de gênero contra a vitimada.

Na vontade incessante de busca de maior proteção as mulheres vítimas da violência, que acabam por resultado o assassinato, não se pode atropelar princípios constitucionais/penais, uma vez que são os delineadores do nosso sistema jurídico.

Não se consegue extrair do novel diploma, algo de instrumental que atenda as funções legítimas para que o direito penal se propõe. No fim das contas, após minuciosa análise, não se há como negar o caráter meramente simbólico da norma.

4 O FEMINICÍDIO COMO SUPOSTA MEDIDA SIMBÓLICA

Perpassado severas e merecidas críticas acerca da ilegitimidade do Direito Penal Simbólico, apresentada a nova norma penal e esclarecido pontos inovadores e prejudiciais, que vão de encontro a Carta Magna de 1988, cumpre uma análise (ponto central do presente estudo), da criação do feminicídio como suposta medida simbólica.

Roxin⁶⁶ questionando sobre a legitimidade das leis penais simbólicas. Afirma que não se pode responder de pronto, afirmando que são ou não simbólicas. Pois, resta evidente que todos dispositivos penais não somente têm como finalidade impedir e punir delitos, mas também atuar sobre a consciência da população. Nos seguintes termos traz:

Segundo a concepção aqui desenvolvida, a legitimidade ou ilegitimidade de elementos legislativo “simbólicos” depende de se o dispositivo, ao lado de suas finalidades de atuar sobre a consciência da população e de manifestar determinadas disposições de ânimo, se mostra realmente necessário para a efetiva proteção de uma convivência pacífica.

Contata-se com a referida citação, que as normas meramente simbólicas não conseguem trazer legitimidade por trazerem conceitos vagos e eleitorais. Porém, carregadas de efetiva necessidade interventiva-penal, protegendo bens jurídicos, não seriam viciadas pelo seu aspecto simbólico, pois também demonstram instrumentalidade.

Conceber a criação do tipo penal (feminicídio) como uma solução para um problema social, é algo duvidoso. Conforme assevera, Janaina Conceição Paschoal⁶⁷ que, atribuir a concretização dos direitos sociais para a legislação penal consiste, em fugir da obrigação, pois, não cabe função promocional, ao direito penal.

Ainda assim, deve-se observar, que mesmo faltando a tutela ao bem jurídico, deve-se atentar ao princípio da subsidiariedade, analisando outro ramo do direito para sua possível proteção.

⁶⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 47-50.

⁶⁷ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 122-128

O Direito Penal não pode capitanear uma função promocional. Não sendo possível liderar um suposto desenvolvimento ou aprimoramento da sociedade. Esta utilização pode desembocar um autoritarismo.

Ao instrumentalizar a lei penal, ou utilizá-la como medida político-social, descaracteriza e a enfraquece. Sendo muito nocivo ao Direito Penal, pois, torna-se uma instrumentalização do indivíduo (podendo utilizar a liberdade do indivíduo em função das políticas sociais), algo extremamente perigoso no Estado Democrático de Direito que tem suas garantias já estabelecidas. A autora conclui que, esta inflação penal, resulta na utilização falaciosa do direito penal, que nada transforma no campo dos direitos sociais.

Sabe-se que, conforme apontado anteriormente, nenhum grupo ou classe social está livre de ser contaminado pelo clamor social da punição ao “outro”, direcionando-lhes as garras do poder punitivo. É o caso que acontece com os grupos defensores dos direitos das mulheres (feministas), combatentes incansáveis nas lutas pela diminuição da desigualdade entre os gêneros, que enxergam os agressores/femicidas, como um causador do mal real a ser combatido e exterminado da nossa sociedade.

Porém, nas lutas sociais legítimas feministas, é alcançado um ponto preocupante, quando desembocado na utilização do Direito Penal como instrumento de luta de tais bandeiras. O discurso falacioso punitivo, atrai e as conquista. Mas, não soluciona. Eis que surge, a grande frustração em relação a nova criação normativa-penal, pois, não se está contribuindo para erradicação do homicídio em razão de gênero.

A pseudo função simbólica, que consiste em certo ponto, na tomada de medidas penais emergenciais e simbólicas, não surte efeito. A elaboração de mais normas penais, pelo contrário, demonstra cada vez mais quanto o sistema normativo está sendo violado e desrespeitado, ocorre a existência de uma verdadeira babel legislativa.

No que concerne no feminicídio, é nesta direção apontada pelos professores aqui já mencionados, Gamil e Rudá⁶⁸ são, categóricos, em afirmarem que o tipo penal em

⁶⁸ FÖPPEL, Gamil El Hireche; FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Homicídio contra a mulher**. Feminicídio é medida simbólica com várias inconstitucionalidades. Revista consultor jurídico. 23 de mar. de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/feminicidio-medida-simbolica-varias->

debate é demasiadamente aberto, o que acaba por ferir o princípio da taxatividade, perpassando pelo princípio fundante deste, a legalidade, afrontando frontalmente a Constituição Federal do Brasil. Pois, o crime para se configurar como feminicídio necessita ser motivado “por razões da condição do sexo feminino”.

Acrescentam ainda, que as violações constitucionais cometidas pelo novel diploma, não param por aí, vez que ao figurar a mulher no sujeito passivo do delito, viola os princípios da igualdade, da legalidade e da lesividade. O feminicídio deve ser interpretado de forma taxativa, não admitindo abarcar o gênero feminino no geral, conforme muitos gostariam. Por ser uma inovação penal prejudicial, deve-se interpretar de maneira restrita (como já explanado aqui). Além do que, por mais que a igualdade no âmbito penal, não deve ser a mesma da igualdade formal admitida nos outros ramos do direito.

Não se pode basear a criação de um novo tipo penal no crescente aumento da criminalidade ou em base de dados estatísticos.

Eduardo Luiz Santos levanta a seguinte suspeita simbólica em relação ao feminicídio:

O grande problema, que torna a lei enfocada mais um triste exemplo de um Direito Penal meramente simbólico, totalmente inútil e demagógico, é o fato de que o homicídio de uma mulher nessas circunstâncias sempre foi, desde 1940 com a edição do Código Penal Brasileiro, uma espécie de homicídio qualificado. Nessa situação a qualificadora do “motivo torpe” estaria obviamente configurada e a pena é exatamente a mesma, ou seja, reclusão, de 12 a 30 anos (vide artigo 121, § 2º., I, “in fine”, CP).⁶⁹

Entretanto, apesar da importante lembrança nos termos referidos acima, não se pode utilizar de uma escusa para o feminicídio, uma violação ao princípio da taxatividade, com o qual se ataca contra o próprio tipo penal em debate. Ou seja, estaria se valendo de uma justificativa errônea para desqualificar o feminicídio, uma vez que não poderia dar interpretação ampla no caso do motivo torpe.

Em seu artigo, o autor continua afirmando que os delineares simbólicos da norma estão evidentes na justificação do seu projeto de lei. Ao asseverar no seu projeto

inconstitucionalidades?fb_action_ids=400970666731011&fb_action_types=og.shares#_ftn2.> Acesso em: 14 out. 2015.

⁶⁹ CABETTE. Eduardo Luiz Santos. **Feminicídio: mais um capítulo do Direito Penal Simbólico agora mesclado com o Politicamente Correto.** Disponível em <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/159300199/feminicidio-mais-um-capitulo-do-direito-penal-simbolico-agora-mesclado-com-o-politicamente-correto>> Acesso em 30 out. 2015.

que a qualificação do feminicídio seria uma “mensagem positiva à sociedade”. Atesta-se, deste modo, a função de temor que tomaria a sociedade ao se inibir com o feminicídio. O que de fato não ocorre, as leis penais simbólicas não respondem com eficácia para a redução dos crimes.

O que é possível se identificar com a criação da nova qualificadora (femicídio), para o crime de homicídio, é que não se tem nenhum tipo de grupo político em específico, que não seja seduzido pela punição desarrazoada quando se trata do “outro”. Detentores de finalidades eleitoreiras ou não. Aqueles ditos mais progressistas, defensores de bandeiras como a dos direitos humanos (progressistas), são contagiados pelo discurso do ódio e da repressão mais desarrazoada possível ao infrator.

É neste contexto que o artigo publicado “A Esquerda Punitiva”, pela Maria Lúcia Karam⁷⁰ anota, precisamente, ao afirmar que nessa lógica punitivista contra o outro autor e o alívio experimentado com a punição, afasta-se a necessária identificação das causas que dão ensejo as condutas negativas. Tornando invisíveis as fontes geradoras da criminalidade, de todas naturezas, o que faz com que se tornem intocados os desvios estruturais que os alimentam.

Em síntese, não se soluciona o problema. Deste modo, dá-se início a um relativo abandono na luta das melhoras sociais, conquistas sempre idealizadas pela esquerda, que com um “descobrimento” do Direito Penal, começa a utilizá-lo, como instrumento de combate aos problemas sociais. Pois, as suas respostas são, aparentemente, satisfatórias para a opinião pública e o principal, imediatas.

Na mesma dissertação, explica a autora, que ao aceitar o pensamento de reação punitivo, automaticamente, caminha-se junto a lógica da violência, da submissão e da exclusão, em típica ideologia de classe dominante, ideologia presente nos trágicos e nefastos equívocos que conduziram às perversidades totalitárias do socialismo real. Deste modo, apenas ocorre a substituição da dominação, de uma classe por outra, o que não poderia a proposta socialista assim materializada, demonstrar a síntese dos ideais transformadores e emancipadores que deram origem a esquerda.

⁷⁰ KARAM, Maria Lúcia. **A Esquerda Punitiva**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/#_ftnref3> Acesso em 05 abr. 2015.

Constata-se que, apesar dos socialistas/progressistas lutarem contra o sistema imposto atualmente na busca de mais direitos para as classes “dominadas”, acabam por desvirtuar o sistema penal, gerando anomalias, dentre essas, a medida simbólica (ilusória), no combate ao mal real.

Em específico, sobre os movimentos feministas, também se juntam a tais ponderações, Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lenio Luiz Streck e Flávio Pansieri⁷¹; que acreditam não ser possível estabelecer uma hipertrofia do direito penal, vez que, os movimentos sociais (feministas, minorias e etc), clamam por liberdades e limites da intervenção estatal, mas paradoxalmente, exigem que o Estado atue criminalizando mais condutas, desde que sejam “os outros” que se encontrem no polo ativo da situação.

Outro problema encontrado no discurso punitivista, neste caso, dos grupos das minorias e feministas, é que se desembocará mais uma vez no caráter seletivo das normas penais, pois se sabe que as normas penais incidem diretamente sobre aqueles que não tem, de fato, acesso a razoáveis patronos jurídicos qualificados (muitas vezes não tem) para defenderem suas causas, desembocando em uma defesa técnica mais defasada. Destaca-se, que o referido direito é uma importante garantia para concretização do Estado Democrático de Direito, sendo reforçada na Constituição Federal de 1988⁷², com a atuação da Defensoria Pública nos casos daqueles desfavorecidos economicamente.

Uma ponderação que deve ser lida com parcimônia, mas que alerta acerca da eleição a ideia dos “inimigos” para o Direito Penal, é a de Mohamad Ale Hasan Mahmound⁷³, que em seu artigo, “O feminismo como contributo para o terror penal”, alega que no combate desenfreado a violência que ocorre contra a mulher, existe uma aplicação mais severa em relação aos crimes cometidos pelas pessoas do sexo

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz ; CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PANSIERI, Flávio. **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito#_ftnref1>. Acesso em 03 abr. 2015.

⁷² “Constituição Federal Art. 134: “A Defensoria Pública é instituição essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5 LXXIV. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015).

⁷³ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. **Mulher e direito penal**. 1 ed. Rio de Janeiro, RJ: Forente, 2007, p. 299-303.

masculino contra elas, contudo, é importante não se deixar levar pela radicalização, ao ponto que se torne o homem uma presa do sistema jurídico-penal. Traz o alerta, da possibilidade do feminismo, em sua vertente mais radicalizada possível e deturpada com a confusão dos conceitos de justiça e vingança, trabalhar-se com o ideário maniqueísta, que pode traduzir em uma supressão de princípios constitucionais consolidado, em detrimento da punição do homem infrator da norma penal, que “tutela” as pessoas do sexo feminino.

Importante constar que no artigo supramencionado, o autor menciona as importantes conquistas realizadas pelos movimentos feministas, realizando uma dissertação histórica acerca do desenrolar e períodos dos movimentos feministas. E alerta da importância para a sociedade (principalmente para as mulheres), acerca da existência de tais militantes ao longo da história. Porém, introduz a importante ressalva de que o Direito Penal não se torne instrumento de imposição de qualquer que seja a categoria ou classe, que dele venha se valer.

Deste modo, resta evidente o mero caráter simbólico do dispositivo penal em debate. Além de verificado o afrontamento a diversos princípios penais. Não se pode eximir ao combate contra a violência da mulher, porém, o feminicídio não se traduz como instrumento eficiente, justamente por ser medida meramente simbólica.

A lei do feminicídio não atende a finalidade legítima da proteção ao bem jurídico. Não produz nenhuma transformação em relação a redução da violência cometida contra a mulher, que resulta no homicídio. O agravamento da pena para os feminicidas não tem o condão de inibi-los.

4.1 A (DES) NECESSIDADE DA HIPERTROFIA DO DIREITO PENAL

Necessário então, a realização de uma filtragem antes da atuação do órgão legiferante, a fim de não criar um tipo penal desnecessário (meramente simbólico) e que acabe por avacalhar o meio jurídico-penal. Não se pretende com isso negar a importância do combate a redução da violência, mas se atentar sobre os efeitos, se serão verdadeiramente reais, ou se mostrarão apenas simbólicos. Esta é a grande preocupação.

Apesar da corrente possibilidade de uma limitada descriminalização em alguns pontos, Roxin⁷⁴ acredita na crescente criação de dispositivos penais. Como justificativa, acredita-se que cada vez mais as estruturas sociais estão se tornando mais complicadas. As sociedades simples podem se arranjar com normas básicas. Contudo, a moderna sociedade se controla através de grandes regulamentações. Com esta nova quantidade de tipos penais, o número de delitos chegará as alturas.

Contudo, o posicionamento apresentado não trabalha especificamente com as hipóteses de normas penais simbólicas. Pois, trata da diversificação das estruturas sociais e da necessidade do direito penal, com seus limites já delineados, de regulamentar alguns pontos específicos necessários. Roxin acredita que isto não será um atestado de fracasso do direito penal, mas das mudanças sociais que lhe são precedentes.

Neste contexto, um alargamento do direito penal a fim de controlar novas condutas como os crimes cibernéticos ou crimes econômicos, não seria desnecessário, uma vez que estariam utilizando do ordenamento para atender a finalidade de tutelar bens jurídicos necessários. O que não se caracteriza com a criação de tipos penais simbólicos, vagos, não taxativos que servem para atender a clamores populares. Neste caso, trata-se de desnecessária hipertrofia penal.

Nesta senda é o entendimento de Misael Neto e Luís Eduardo Lopes:

Tenta-se, mais uma vez, reduzir o problema da criminalidade de gênero desnaturando um subsistema jurídico, que por questões de princípios clássicos, tem-no como a última instância do controle social. É dizer, o Direito Penal se expande assumindo uma feição de *prima ratio*, para fazer frente aos clamores das vítimas e suas famílias no âmbito da violência doméstica.

Não se quer aqui diminuir a gravidade, de um problema tão sério que é o de homicídio de mulheres unicamente por questões de gênero, mas discutir a sua solução por meio do sistema punitivo, com o fito de propor alternativas que procurem proteger a categoria em apreço sem lançar mão da violência pública institucionalizada.

É sabido, que a pena não consegue cumprir com as suas funções declaradas, inclusive a de prevenção geral negativa, então, neste sentido a de criticar uma política criminal que procure resolver o problema da violência de gênero criando uma qualificadora para homicídio, e aumentando o rol dos crimes hediondos; mesmo porque a lei Maria da Penha, nove anos antes, já havia recrudescido o tratamento para o sujeito ativo de crimes semelhantes, e no entanto não foi capaz de reduzir, pelo menos em grande medida, a violência de gênero.⁷⁵

⁷⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 15-17.

⁷⁵ FRANÇA, Misael Neto Bispo; COLAVOLPE, Luís Eduardo Lopes Serpa. **LEI DO FEMINICÍDIO: PARA QUEM E PARA QUÊ? UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**. No prelo.

O feminicídio não conseguirá obter êxito na redução das mortes contra mulheres em razão do gênero, o Direito Penal não serve através de medidas simbólicas, para servir de solução primária a problemas sociais graves, que devem ser atacados na sua causa.

Seguem tais autores, criticando que o discurso do uso do direito penal simbólico é inflexível e intolerante. A um senso comum prevalente da necessidade das respostas mais drásticas ao aumento da violência contra mulher, por meio da pena. Reduzindo, deste modo, a prisão como a única solução aclamada pela sociedade para findar a impunidade.

Existe a subversão do sistema jurídico-penal, para atender finalidades escusas e eleitoreiras. O feminicídio resulta como mais uma medida simbólica que nada acrescentará na diminuição de tais crimes.

Além do mais, já resta comprovado através de análise feito no presente estudo, que os vícios constitucionais e legais presentes comprometem desde o nascimento a aplicabilidade do novel diploma.

Misael Neto e Luís Eduardo ainda refletem que com o incremento da vingança pública, não se conseguirá obtenção de melhores resultados na busca da redução aos crimes combatidos. Com a ocorrência de uma manipulação ideológica do Direito Penal, a fim de inflar o discurso retributivo.

Em pleno século XXI, verifica-se a existência de guarida para o discurso de recrudescimento das penas. O judiciário e o ambiente político são as bases para o referido discurso.

Com efeito, a hipertrofia do direito penal, caracterizador de um direito penal máximo afronta o princípio/postulado da intervenção mínima. Apresenta-se em capítulo a seguir, os princípios confrontadores da hipertrofia penal, que produz normas simbólicas, as quais se enquadra a do feminicídio.

4.2 INTERVENÇÃO MÍNIMA

É neste contexto que entra em cena o Estado Social Mínimo, no tocante aos direitos básico, em conjunto com o maior alcance das normas penais e o seu poder de recrudescimento punitivo, caracterizador do Direito Penal Máximo, contrário ao princípio da intervenção mínima e a teoria do Direito Penal Mínimo, que consoante Rogério Greco⁷⁶, tem como objetivo maior, orientar o legislador penal quando da criação ou revogação de mais tipos penais. Sendo que, circunscrita na ideia da intervenção mínima, obstinado a proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, bem como a ideia do direito penal expressa no brocardo latino da “ultima ratio”, ou a última razão.

Deve-se se valer primeiro de outros meios do Estado para evitar as lesões ao bem que se pretende proteger, e somente após esse raciocínio seria legítimo a utilização do direito penal. Além desta concepção, ainda se mostra necessário o raciocínio, se há real possibilidade da proteção do bem jurídico através da criação da norma incriminadora.

Em artigo publicado por Gabriel Henrique Zeledon Salas, o entendimento da intervenção mínima se releva nos seguintes termos:

Então nem todas as ações que ferem bens jurídicos protegidos são proibidas pelo Direito Penal, assim como não são todos os bens jurídicos que são tutelados por ele. O Direito Penal não constitui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, que abrange todos os bens que constituem o universo, mas sim representa um sistema descontínuo, que só ira abarcar condutas que necessitam ser criminalizadas por ser indispensável a proteção estatal.

Assim a Lei só poderá intervir quando for extremamente necessário para que a sociedade continue existindo e só devera agir quando os resultados dessa ação forem trazer eficácia, de certa forma o principio afasta o direito penal quando este não for o meio que trará uma solução efetiva para determinado problema.⁷⁷

O princípio/postulado da intervenção mínima, também conhecido como aplicação do direito penal como ultima ratio, apresenta-se sendo um freio à intromissão indevida do direito penal. Deve-se esgotar todos os meios extrapenais para se chegar a

⁷⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: Uma visão minimalista do direito penal. 6 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 29-32.

⁷⁷ SALAS, Gabriel Henrique Zeledon. **O princípio da insignificância penal**. Disponível em: <<http://gzeledon.jusbrasil.com.br/artigos/249975263/o-principio-da-insignificancia-penal>> Acesso em 01 dez. 2015.

legislação penal, pois, esta é o meio mais violento para controlar a sociedade, interferindo na liberdade individual do indivíduo.

Tem como princípios corolários da intervenção mínima: o princípio da subsidiariedade, da lesividade/ofensividade e da insignificância. São abordados pela doutrina diversos outros princípios (adequação social, proporcionalidade, entre outros) que sustentam a tesa da intervenção mínima, ou que guardam alguma relação com esta, porém, a fim de se tratar de modo conciso, estes princípios-vetores são os principais apontados que tem íntima relação com o princípio da intervenção mínima.

A lei do feminicídio é medida simbólica e se apresenta contrária ao postulado da intervenção mínima, por conseqüente, fere frontalmente seus princípios correlatos. Os desrespeitos pelo novel diploma aos princípios constitucionais-penais tornam a norma inconstitucional.

Ponto também importante em relação as normas simbólicas, diz respeito a colisão com o princípio da subsidiariedade, uma vez que as normas penais estão ocupando o espaço do necessário agir do poder público. Há uma inversão, o direito penal é utilizado como solucionador dos problemas sociais.

4.2.1 Princípio da subsidiariedade

Como primeira vertente abarcada pelo princípio da intervenção mínima do direito penal, apresenta-se o princípio da subsidiariedade um dos seus princípios corolários.

Assim, o princípio da subsidiariedade, tendo em vista a forma drástica que se da com as soluções penais, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, atribui a aplicação do Direito Penal, quando os outros meios de tutela demonstrarem serem ineficazes para a proteção do bem jurídico⁷⁸.

Tal entendimento evidencia o caráter subsidiário ou fragmentário do direito penal. Devendo-se valer do mesmo, para proteger os bens jurídicos essenciais quando todos os outros meios de controle social ou outros ramos do direito falharam.

⁷⁸ GRECO. Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: Uma visão minimalista do direito penal. 6 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 75.

Cumprir informar, que o enfoque minimalista em conjunto com o caráter subsidiário do direito penal, tem o papel duplo de eleger os bens jurídicos mais importantes para a tutela da lei penal, além de servir de direcionamento para uma possível descriminalização sobre bens que no passado necessitavam da tutela penal, mas, que com a evolução da sociedade deixou de ter a relevância necessária. Sendo que, outros ramos jurídicos já exercem a proteção jurídica satisfatória⁷⁹.

4.2.2 Princípio da lesividade/ofensividade

Outro princípio baluarte para a caracterização do direito penal mínimo, no tocante a menor intervenção possível, é o princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade.

Como anota Greco⁸⁰, tal princípio concerne na impossibilidade do direito penal punir determinadas condutas que não sejam lesivas a terceiros. Ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou pelos sentimentos íntimos.

E, quando ofender bens jurídicos, limitará ao legislador a tutela penal aos bens que são essenciais. As concepções que definem autenticamente o princípio da lesividade, nos dizeres de Nilo Batista⁸¹ são: vedar a incriminação de atitude que não seja externa; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor (atos preparatórios); proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

O referido princípio é crucial para uma nítida diferenciação entre a moral e o direito. Para a punição se concretizar na esfera penal, demonstra-se necessário uma ofensa ou lesão grave a direito de outrem. Sendo necessária a interpretação principiológica, não somente no momento de criação do novo tipo penal, mas, posterior análise também é necessária. Seja no momento da aplicação ou em eventual descriminalização.

⁷⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Parte Geral. v. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.49.

⁸⁰ *Ibidem*, p.52.

⁸¹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 91-96.

4.2.3 Princípio da insignificância

Ainda sobre o enfoque minimalista, conforme entendimento de Greco⁸², somente os bens mais importantes, que são vítimas dos ataques mais ofensivos e inadequados socialmente, são merecedores da atenção e tutela do direito penal, uma vez que se não fosse deste modo, estaria se aplicando e concebendo a tese do direito penal máximo.

Identifica-se, deste modo, que a tarefa do legislador ao elaborar uma norma penal não é simples. Além de ter noção de um bem jurídico essencial que deve ser tutelado por tais normas, o legislador deve realizar uma análise político-criminal correta.

Após a identificação do bem jurídico merecedor da tutela penal, o legislador não consegue esmiuçar totalmente a norma penal. O que deve caber ao aplicador da norma penal tal exercício. E, assim, enquadrá-la conforme o raciocínio minimalista. Eis que aqui reside tamanha importância do princípio da insignificância, para uma complementariedade imprescindível na aplicação do princípio-vetor da intervenção mínima. O chamado crime de bagatela, trata-se da descaracterização do tipo penal no caso concreto pela conduta ser irrelevante ao direito penal. Porém, consiste em atecnia, pois, é inexistente a tipicidade material.

O momento de aplicação do princípio da intervenção mínima se concretiza através do princípio da insignificância. Traduz a não preocupação do direito penal para condutas que, apesarem de terem sido eleitas merecedoras da tutela penal, na prática, por conta das circunstâncias fáticas, não apresentam afronta grave a direitos de outrem.

Com isso, sabe-se que a criação e elaboração da norma penal deve ser feita a partir de uma perspectiva atrelada aos princípios apresentados. A legitimação do direito penal perpassa a ideia da intervenção mínima. Em tempos de normas penais simbólicas e, conseqüente inflação legislativa, nunca foi tão necessário se apoiar nestes guias para o nosso sistema jurídico-penal.

⁸² GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: Uma visão minimalista do direito penal. 6 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 98-99.

4.3 A INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO CONTRAPONTO AO DIREITO PENAL MÁXIMO

Haja vista o caminhar para a desfiguração da finalidade legítima do Direito Penal, mostra-se, urgentemente necessário, a apresentação de direcionamentos sustentados pela boa doutrina, para que haja contenção da exploração ineficaz do direito penal.

Nesta perspectiva que Zaffaroni de modo conciso elege rumos para a solução da de uma resposta político-criminal:

A única resposta para as campanhas de lei e de ordem é a contracampanha usando os mesmos meios, retificando as notícias demonstrando a falsidade da invenção e da dimensão do fenômeno apresentado como emergente quando, geralmente, é usual, etc. A intervenção mínima como tática. A diminuição da intervenção penal através da descriminalização da “diversion” e do princípio da oportunidade de ação penal são, obviamente, caminhos que possibilitam a diminuição da violência do sistema penal, desde que a renúncia à intervenção do sistema penal não constitua um recurso formal para retirar matéria da agência judicial e aumentar o poder das outras agências. A renúncia à intervenção punitiva deve ser tratada como forma de renúncia real ao modelo punitivo considerado onticamente.⁸³

Assim, deve-se buscar o sentido contrário ao expansionismo penal praticado no ordenamento jurídico-penal pátrio. O Direito Penal utilizado de modo subsidiário é vital para a sua (re) colocação a fim de proteger bens essenciais. Pois, não é utilitário quando tenta regular a tudo, acabando por ser pouco efetivo.

No clássico, *Dos delitos e das penas*, de 1763, um dos marcos do direito penal moderno, Beccaria⁸⁴ alertava que se são proibidos diversos atos penais indiferentes, deixa o Direito Penal de legitimar os bens essenciais aos quais foi criado para proteger. Quanto mais se estender as leis penais, mais ocorrerá com que crimes sejam praticados. Sendo assim, as leis penais devem ser simples e claras.

Em contraponto a intervenção mínima, constata-se que ocorre a inversão da aplicação, um direito penal máximo, que consiste na busca de normatizar a realidade

⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 176-177.

⁸⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 2 ed. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2000. p. 102.

do crime apresenta pela mídia, pela insegurança e pela iniquidade. Com crescentes posições a favor de um recrudescimento e expansionismo penal.

O direito penal mínimo, caracterizador do Estado de Direito, quando não respeitados os princípios e garantias para intervenção penal, deturpa-se para o Direito Penal Máximo, que se aplica no controle penal pelos Estado absoluto ou totalitário, carentes de limites e condições. O mesmo, além de incondicionado e ilimitado, é severo e incerto.

O direito penal mínimo condicionado e limitado, não apenas corresponde ao máximo grau de proteção ao grau máximo de proteção dos direitos do indivíduo (liberdade) frente ao poder punitivo arbitrário estatal, mas engloba um necessário norte de racionalidade e razão.⁸⁵

Luciana de Medeiros Fernandes⁸⁶ trata disto e acredita não ser possível um agravamento das penas e dos regimes, como ponto de partida de uma sanção retributiva e revindita. Assevera que a característica de ultima ratio é indissociável do sistema penal, sendo a resistência encontrada para tal discurso. Deve-se buscar o esgotamento dos outros meios de controle social, para por fim, se chegar ao direito penal.

O direcionamento acerca de uma maior criminalização e crescente recrudescimento sancionatório aos infratores penais, está tendo aumento significativo no Brasil. A lei do feminicídio tem seu caráter simbólico exemplificado pela ineficiência constatada, uma vez que somente endurece a pena. O direito penal máximo encontra guarida nos clamores públicos, baseados numa resposta violenta com manifestações de incivilidade e perversidade, com revoltante espírito de impunidade.

As notícias de crimes assolam nossos meios de comunicações diários. Pelo cenário de horror e insegurança, é de se esperar uma reação eivada de vingança por parte sociedade. Como alude a autora, difícil seria encontrar neste cenário de crescente aumento de criminalidade e exposição nas mídias, uma posição abrandada com discurso a favor do projeto de ressocialização para os sujeitos atingidos pelos conflitos sociais. Porém, tal situação não invalida a defesa do direito penal mínimo.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.83.

⁸⁶ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. *In:* CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminas RBCCrim.** 2007, ano 15, n.69, (nov./dez.), p. 50.

A busca pela utilização do direito penal mínimo consiste na compatibilização da ordem jurídica com os direitos humanos. Ao contrário do que acontece com o direito penal máximo, que confere largos poderes ao Estado para limitar expressivamente os direitos fundamentais.⁸⁷

Para André Luís Callegari⁸⁸, não se deve buscar no direito penal o papel promocional que cabe a outros setores do Direito em um Estado Social Democrático. A concepção que busca no sistema penal a solução dos principais problemas da sociedade em colapso, caminha totalmente em descompasso com a ideia de intervenção mínima.

Sobre as posturas que podem ser tomadas acerca do combate ao emaranhado simbólico e emergente direito penal, algumas posições merecem nosso destaque, conforme exposto, Rául Cervini⁸⁹ afirma que desde a década dos anos 60 existe um movimento quase que universal, que acreditam no denominado “espírito de reforma”, com objetivo de confrontar esse quadro de inflação legislativa penal, dentre as propostas, a merecedora de destaque é o movimento descriminalizador, o mais importante no plano político-criminal e se reflete, no princípio da intervenção mínima. O direito penal seria tratado conforme a sua função precípua, tutela de bens jurídicos, como ultima ratio, ficando condicionado para os casos que nenhum outro meio teve condição de exercer um controle.

Entretanto, por mais que doutrinariamente o movimento descriminalizador vem ganhando espaço e se encontra consolidado. No âmbito legislativo, o caminhar é no sentido contrário, no Brasil, sinaliza-se para cada vez mais uma orientação crescentemente repressiva, que se traduz em mais condutas puníveis, mais leis severas e conseqüente aumento no cárcere. O que demonstra total falta de sintonia entre a teoria e a prática, ou a doutrina e a atividade legiferante.

O autor em comento, é categórico e cirúrgico ao afirmar que quando se recorre as vias punitivas para buscar a resolução do conflito, a sociedade reconhece, de modo

⁸⁷ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim**. 2007, ano 15, n.69, (nov./dez.), p.81-83.

⁸⁸ CALLEGARI, André Luís. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO DIREITO PENAL. **Revista dos tribunais**, 1999, ano 88, v. 769, (nov.). p.458.

⁸⁹ CERVINI, Raul. **Os Processos de Descriminalização**. 2 ed. Rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.214 - 225.

inerente que o coletivo falhou. Mais uma vez, reafirma-se que o direito penal não deve servir de remendo para crises sociais as quais ainda não foram solucionadas, ou que já estão sendo solucionadas de outro modo.

Com isso, a proposta de descriminalização e a diversificação na solução dos conflitos sociais são um dos direcionamentos urgente para revisão e racionalização do Direito Penal, para que se retome o sentido legítimo a qual lhe é proposto e cesse o atendimento a finalidades escusas e deslegítimas. Alternativas a prisão e a proliferação das leis penais devem acontecer para que não se recorra ao sistema repressivo quando não necessário.

Além disso, tendo em vista a situação precária das nossas estruturais penais (penitenciária, tribunais, servidores mal pagos e etc.) não contribuem para que a resposta dura ao desvio de conduta seja eficiente. De modo que, as soluções mais brandas e específicas, poderão gerar resultados melhores e menos danos ao indivíduo, do que uma privação de liberdade no cárcere.

Chega-se o momento, do direito penal ser utilizado para as reais necessidades do homem, a crise legislativa que vem ocorrendo e as pautas punitivas crescem em expoente frente a utilização indevida do termo generalizado. Sendo assim, o necessário esforço de revisão e atenção para o não cometimento de mais atrocidades com nossa legislação penal ocorra é de suma importância. A investigação científica é necessário para o processo de racionalização do direito penal.

Nesta contramão a perspectiva fundante do direito penal de intervenção mínima, apresenta-se o direito penal simbólico. O qual já foi devidamente combatido e esmiuçado nos capítulos anteriores. A hipertrofia da legislação penal, com a criação de tipos penais simbólicos, são, características marcantes de um direito penal máximo. Despreocupado em atender somente a proteção do bem jurídico, mas saciar a sanha vingativa e predatória do sistema penal construído atualmente.

No cenário da América Latina, apresenta-se um reforço em prol da implementação da mínima intervenção do sistema penal. Todos países latino-americanos estão sofrendo violações dos Direitos Humanos. Se o sistema penal quando intervém é pouco racional e muito violento, o direito penal aumentaria a violência. O sistema penal deve utilizar o princípio da intervenção mínima, ainda mais na América Latina,

além das razões válidas nos países centrais, mas também, pelas nossas características de países periféricos, que sofrem os efeitos do injusto jushumanista.⁹⁰

O novel dispositivo apresenta todas as características presentes deste movimento de expansionismo penal. O presente estudo constatou as peculiaridades que se identificam entre a nova norma simbólica e o expansionismo penal. Com isso, não restam dúvidas acerca do seu caráter meramente simbólico, além da consequente ilegitimidade. Não sendo um instrumento que vise ajudar o problema social da violência contra as mulheres.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 74-75.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Na análise acerca do simbolismo penal, realizou-se uma análise bibliográfica constatando-se que praticamente uníssona é a doutrina, em denunciá-lo como uma anomalia que acomete a função do direito penal, e o desvirtua da sua principal finalidade (proteção do bem jurídico).

2. A lei 13.104, que positiva nova qualificadora do homicídio traz em sua justificativa do projeto de lei, que serve como uma afirmação da luta das mulheres na redução do feminicídio. Combinado com uma equívoca pretensão de coibir os feminicídios. Qualifica a conduta de praticar o assassinato contra a mulher por razões ou condições do sexo feminino e a enquadra no rol dos crimes hediondos. O cerne do presente trabalho consistiu, especificamente, em analisar se o novel diploma se trata de mais uma norma simbólica, eleitoreira, que tem como função principal servir de acalentador a opinião pública que clama por mais punições.

3. Constatou-se que a lei não traz nenhum incremento significativo no combate dos crimes contra as mulheres. Ao se trabalhar com a prevenção geral positiva, na qual justifica a utilização do simbolismo penal, por meio da produção de normas promocionais, acredita-se que a norma serviria para reafirmar o ordenamento jurídico para inibir futuros delitos. Não se comprova que a referida teoria tenha eficácia na proteção dos bens jurídicos essenciais. Neste sentido, a função promocional da pena aumentada, no caso do feminicídio, não passa de simbólica.

4. A tutela penal do sexo feminino, tem como uma grande conquista, a existência da Lei Maria da Penha que contribuiu com a redução da violência doméstica, criando diversos mecanismos, não somente penais, para atingir a finalidade de proteção

específica, que nos principais casos são mulheres. Tratou de modo muito mais amplo por regular e proteger as vítimas do sexo feminino no ambiente doméstico, o que se comprovou com a redução posterior dos crimes cometidos no âmbito doméstico. O que não ocorreu com a lei do feminicídio, que tratou somente de agravar a pena.

5. Por conta da lei do feminicídio trazer conceitos genéricos e vagos, como “condições e razões do sexo feminino”, resta demonstrado a sua dissonância com o princípio da taxatividade. Violação de tal princípio que é característico de normas penais simbólicas. Buscou-se através da lei dar maior guarida no que tange às mulheres. Porém, não é justificável ferir frontalmente o princípio da isonomia. Deixando de lado o homem que também poderia vir a ser acometido por alguma violência de gênero.

6. Sabe-se que, ao elaborar um novo diploma normativo penal é necessário a análise acerca dos possíveis resultados e aplicações vindouros, a fim de evitar a produção desenfreada de tipos penais simbólicas. O que se observa acerca da lei do feminicídio é dar guarida ao discurso falacioso do punitivismo exacerbado, deixando de lado o necessário investimento de políticas públicas para a contribuição com a efetiva redução da violência contra as mulheres. Aumentando ainda mais o seu enquadramento como medida simbólica.

7. Neste emaranhado de normas simbólicas criadas, sustenta-se por detrás, um discurso falacioso de recrudescimento do sistema penal que confere uma suposta legitimação para a sua instalação. Os meios de comunicação de grande massa surgem como veiculador principal desta propagação da ideia retributiva. Deste modo, conduzem parcela do coletivo acreditarem que a intervenção máxima do

sistema penal se apresenta como solução. Inexoravelmente, ocorrem a produção deliberada de tipos penais simbólicos, que não demonstram nenhuma aplicabilidade.

8. Contudo, princípios jurídicos-penais de suma importância são violados nesta proposta do direito penal máximo. O princípio da intervenção mínima como contraponto fundamental para um (re) direcionamento do direito penal. Demonstram que as leis simbólicas necessitam ser rejeitadas, uma vez que não se revestem da necessária instrumentalidade para os fins legítimos penais.

9. O simples aumento de pena com a qualificadora, as circunstâncias agravantes e a inclusão no rol dos crimes hediondos, não resulta na redução dos feminicídios. Acrescidos da violação a princípios penais pela lei do feminicídio e o seu ineficaz combate a redução da violência contra a mulher, evidenciam o caráter simbólico da norma. O que ainda constata total descompasso com a finalidade de proteção do bem jurídico, tornando-a uma norma penal ilegítima. Restando evidente o seu caráter meramente simbólico e ilegítimo.

10. Há a possibilidade de tipos penais serem simbólicos e efetivos, posto que podem cumprir a função promocional simbólica e contribuir com o sistema penal na tutela de bens jurídicos. Todavia, não se encontra nenhum grau de aplicabilidade no tocante ao dispositivo normativo em questão.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Mulher, Discriminação e Violência: Uma questão de Direitos Humanos**. Direito Público. Ano V, n. 23, v. 5. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005.

ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade**. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=214>. Acesso em: 28 ago. 2015.

Aprovação do projeto de lei do feminicídio é avanço para enfrentar aumento de assassinatos de mulheres, diz ONU Mulheres Brasil. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/aprovacao-do-projeto-de-lei-do-femicidio-e-avanco-para-enfrentar-aumento-de-assassinatos-de-mulheres-diz-onu-mulheres-brasil/>>. Acesso em: 1 dez. 2015

BANDEIRA, Lourdes. **Femicídio: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher**. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/femicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contr-a-mulher-por-lourdes-bandeira/>>. Acesso em: 02 out. 2015.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *In*: FRANCO, Alberto Silva (Coord.) **Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim**, 1994, ano 2, n. 5, (jan./mar.).

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 2 ed. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2000.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. DISCURSOS DE EMERGÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL: O FUTURO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. 103 v., jan./dez. 2008. Disponível em:<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67812/70420>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BIANCHINI, Alice; MARINELA, Fernanda; MEDEIROS, Pedro Paulo de. **Femicídio: o que não tem nome não existe**. Disponível em: <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/171813462/femicidio-o-que-nao-tem-nome-nao-existe?ref=home>>. Acesso em: 04 abr. 2015

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. **Tratado de Direito Penal**. 17 ed. Parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.

_____. **Lei 13.104** de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. **Lei nº 11.340**, 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

_____. **Lei nº 8.072**, 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 1 dez. 2015.

_____. **Lei nº 12.737**, 30 de novembro 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. **Projeto de Lei do Senado n. 292, de 2013**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1.>> Acesso em: 28 set. 2015

_____. **Proposta de Emenda a Constituição n. 171, de 1993**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1.>> Acesso em: 15 out. 2015.

BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e Direito Penal**. 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Feminicídio: mais um capítulo do Direito Penal Simbólico agora mesclado com o Politicamente Correto**. Disponível em <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/159300199/femicidio-mais-um-capitulo-do-direito-penal-simbolico-agora-mesclado-com-o-politicamente-correto.>> Acesso em: 30 out. 2015.

CALLEGARI, André Luís. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO DIREITO PENAL. **Revista dos tribunais**. 1999, ano 88, v. 769, (nov.).

CARVALHO, Salo de. **O medo do crime e o crime não são a coisa e o seu espelho**. Disponível em: <<http://jornalismob.com/2015/10/19/o-medo-do-crime-e-o-crime-nao-sao-a-coisa-e-o-seu-espelho-entrevista-com-salo-de-carvalho/>> Acesso em: 26 out. 2015.

CAVALCANTI, Luiz Alberto. **O crime de feminicídio e a função simbólica do Direito Penal: Uma lei fadada ao fracasso**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-crime-de-feminicidio-e-a-funcao-simbolica-do-direito-penal-uma-lei-fadada-ao-fracasso-por-luiz-alberto-cavalcanti/>> Acesso em: 03 abr. 2015.

CERVINI, Raul. **Os Processos de Descriminalização**. 2 ed. Rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear Feminicídio: Conhecer, simbolizar e punir. *In*: ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim**. 2015, ano 23, v. 114, (maio-junho).

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. *In*: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim**. 2007, ano 15, n.69, (nov./dez.).

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FÖPPEL, Gamil El Hireche. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio**. Manifestação do Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FÖPPEL, Gamil El Hireche; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica volume 2. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVALE, John (orgs.). **As funções da pena para as pessoas jurídicas: a responsabilização penal da pessoa jurídica analisada à luz da teoria dialético-unificadora**. São Paulo: Fischer2, 2014.

_____. **Homicídio contra a mulher**. Feminicídio é medida simbólica com várias inconstitucionalidades. *Revista consultor jurídico*. 23 mar. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/feminicidio-medida-simbolica-varias-inconstitucionalidades?fb_action_ids=400970666731011&fb_action_types=og.share_s#_ftn2> Acesso em: 03 de abr. de 2015.

FRANÇA, Misael Neto Bispo; COLAVOLPE, Luís Eduardo Lopes Serpa. **LEI DO FEMINICÍDIO: PARA QUEM E PARA QUÊ? UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL** No prelo.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do direito penal**. 6 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011

_____. **Feminicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104**, 9 de mar. de 2015. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>> Acesso em: 04 abr. 2015

GUIMARÃES, Alisson. **O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL**. Disponível em:

<<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo9-poderviolenciaepoliticaspUBLICAS/odireitopenaldeemergenciaesuasimplicacoesnaspoliticascriminaiscontemporaneasdobrasil.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2015.

GUIMARÃES Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal**. Ed. 2. Curitiba: Juruá, 2011

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Coleção Saberes Monográficos - Populismo Penal Midiático**. Caso mensalão, mídia disruptiva e Direito Penal Crítico. 1 ed. iBooks. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2012. Pág. 61.

GOMES Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015**. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>. Acesso em: 19 out. 2015

_____. **Maioridade Penal e o Direito Penal Simbólico**. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Ano III, 16 v. Porto Alegre: Magister, fev./mar. 2007.

IPEA. **Pesquisa avalia a efetividade da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610> Acesso em: 28 out. 2015.

JAKOBS, Gunther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. 1996.

JESUS, Mauricio Neves; GRAZZIOTIN, Paula Clarice Santos **Direito Penal Simbólico: o anti-Direito Penal**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/anti.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2015.

KARAM, Maria Lúcia. **A Esquerda Punitiva**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/#_ftnref3>. Acesso em 05 abr. 2015.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. **Mulher e direito penal**. In: REAL JÚNIOR, Miguel (Coord.); PASCHOAL, Janaína (Org.). 1 ed. Rio de Janeiro, RJ: Forente, 2007.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: Breves comentários à Lei 13.104/15**. Disponível em: <<http://jota.info/feminicidio-breves-comentarios-a-lei-13-10415>> Acesso em: 02 out. 2015

MENDES, Nathália Rosa. A apropriação do discurso midiático pela política e a construção de um modelo de direito penal simbólico: uma análise da lei de crime hediondos. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (ed). **Revista do programa de Pós-graduação em direito – Universidade Federal da Bahia**. Ano 2011.2, n. 23.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Femicídio**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-femicidio-por-romulo-andrade-moreira/>>. Acesso em: 31 maio 2015.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Breves apontamentos sobre a Lei nº 13.104/2015, que cria de crime feminicídio no Ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível: <<http://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobre-a-lei-n-13-104-2015-que-cria-de-crime-femicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro#ixzz3bjrhYUfR>>. Acesso em: 31 maio 2015

PINTO. Céli Regina Jardim. **Feminismo, história e poder**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>> Acesso em: 31 maio 2015

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 2 ed. – São Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

SALAS. Gabriel Henrique Zeledon. **O princípio da insignificância penal**. Disponível em: <<http://gzeledon.jusbrasil.com.br/artigos/249975263/o-principio-da-insignificancia-penal>> Acesso em 01 dez. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Novas hipóteses de criminalização**. Instituto de criminologia e política criminal, Trabalho apresentado na XVIII Conferência Nacional dos Advogados, Salvador, BA, em 13 de nov. de 2002. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2015.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SIDI, Pedro. **Função simbólica do Direito Penal**. Disponível em: <<http://pedrosidi.jusbrasil.com.br/artigos/121942588/funcao-simbolica-do-direito-penal>> Acesso em: 31 ago. 2015.

STRECK, Lenio Luiz ; CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PANSIERI, Flávio. **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. Disponível

em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito#_ftnref1>. Acesso em 03 abr. 2015.

TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e Psicanálise – Interseções a partir de “O Processo” de Kafka**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, v. 1, 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.