

**FEMINICÍDIO E LETALIDADE EPISTEMOLÓGICA:
O (NÃO-)RECONHECIMENTO DO DIREITO COMO CONDIÇÃO
PRECÁRIA**

Afrânio Bittencourt¹
Daliana Cristina de Lima Antônio²

RESUMO: Em 2015, o feminicídio passou a figurar como ato criminoso no Código Penal, sendo uma qualificadora do crime de homicídio. O legislador brasileiro fez a opção de utilizar o termo “sexo feminino”, em uma notória tentativa de afastar a proteção às transexuais e às travestis, o que, no entanto, foi solucionado pela jurisprudência e pela doutrina. De toda sorte, evidencia-se um tratamento diferencial a menor do direito brasileiro no respeitante a esses corpos. Este artigo, portanto, tem por escopo, ajudado pelo tema do reconhecimento jurídico em Axel Honneth e do enquadramento epistemológico de Judith Butler, oferecer uma crítica à disciplinarização do feminicídio no Brasil.

Palavras-chave: Condição Precária. Direito penal brasileiro. Feminicídio. Letalidade epistemológica. (Não-)reconhecimento do direito.

ABSTRACT: In 2015, femicide was defined as a specific crime under the Penal Code, classified as a subcategory of homicide. The Brazilian lawmakers chose the term “female sex”, clearly trying not to save transsexual women and travestites. Jurisprudence and doctrine however solved it. Anyhow, it demonstrates a disparate treatment of these bodies in the Brazilian law. This paper therefore aims to offer a critique of femicide in the Brazilian law, based on the theme of recognition of law (Axel Honneth) and epistemological framework (Judith Butler).

Keywords: Brazilian criminal law. Epistemological lethality. Femicide. (Non-)recognition of law. Precarity.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Integrante do Grupo de Pesquisa e Estudos Gênero e Violência (GPEG/CNPq). E-mail: bittencourtafranio@gmail.com

² Professora do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de Brasília (UnB), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG). Mestra pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Integrante do Grupo de Pesquisa e Estudos Gênero e Violência (GPEG/CNPq). E-mail: daliana.antonio@unimontes.br

INTRODUÇÃO

O feminicídio passou a figurar no direito brasileiro como ato criminoso em 2015, com a Lei n. 13.104 que deu nova redação ao Código Penal (CP). Trata-se, porém, não de um tipo penal autônomo, mas de uma qualificadora do crime de homicídio.

Naturalmente, seria de se esperar que, com a disciplinarização do feminicídio, o Brasil passasse a apresentar indicadores decrescentes do crime, o que não se provou verdadeiro, a exemplo dos 4936 casos registrados no ano de 2017, 315 a mais do que em 2015, ano da publicação da lei. Em 2019, embora tenha havido uma queda importante do índice de mortes violentas contra mulheres, o número permaneceu bastante elevado, 3737 vítimas (CERQUEIRA, 2021).

O feminicídio é o homicídio doloso perpetrado contra a mulher em razão de sua condição de ser mulher. Sobre isso, Rita Segato (2016) sublinha dois pontos: (a) em que pese o seu cunho sexual, a finalidade desse crime não é de mesma estirpe, antes visa à eliminação de certo gênero de pessoas; (b) é impessoal à medida que se funda em uma intenção violenta, genérica e não personalizável endereçada à mulher. Assim, a caracterização do feminicídio não depende da relação de proximidade entre vítima e agressor, vez que está radicada no desprezo deste pela condição feminina ou feminizada daquela.³

Para Segato (2013), o corpo de mulheres acaba por ser tomado como território para o exercício da soberania do poder masculinista. Com efeito, em uma proposição, Joan Scott (1995, p.88) afirmou: “o gênero é um campo primário no interior do qual, ou por meio do qual, o poder é articulado”. Não que o gênero seja o único campo, conforme explica a autora, mas ele é central na significação do poder no Ocidente. O que pressupôs binarismos para uma lógica dual de ordenamento sob uma escala hierárquica de relações de poder e, assim, gênero diz respeito a interdependência da identidade sexual às outras variáveis de opressão, tais quais raça, idade, cultura, classe e estilo de vida, todas estas regulativas (BRAIDOTTI, 1994).

O gênero, a exemplo da sexualidade para Michel Foucault, segundo Teresa de Lauretis (1994), constitui-se em efeitos que assumem corporeidade, determinam ações e estabelecem relações sociais. É nesse sentido que este trabalho busca se ocupar do atravessamento das relações de gênero pelo poder no orbe do direito, o que, em termos foucaultianos, é uma das formas terminais do poder. Marcadamente a propósito de uma articulação entre o tema do reconhecimento e o feminicídio,

³ "Femicídio" foi o primeiramente usado pela socióloga e feminista anglo-saxã Diana Russel, de modo a contestar a neutralidade do termo homicídio, como característica dos assassinatos de mulheres, sob aspectos de ódio e desprezo por serem mulheres, perpetrados por homens. (ONU Mulheres, 2016).

queremos apurar, com esse esforço, se a disciplinarização desse crime pelo direito brasileiro obedece aos ditames de um regime democrático e se reconhece a vida da mulher como sendo uma vida que importa

A DISCIPLINARIZAÇÃO DO FEMINICÍDIO⁴

A legislação brasileira tem por feminicídio o homicídio cometido “contra mulher por razões da condição de sexo feminino” (art. 121, §2º, inc. IV, do CP), o qual pode envolver “violência doméstica e familiar” e “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (art. 121, §2º-A, do CP). Presta auxílio à caracterização da primeira hipótese a dicção do art. 5º da Lei Maria da Penha:

Art. 5º Para os efeitos desta 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:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – 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;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Está pacificado na doutrina que, para incidir a qualificadora do feminicídio, não basta ser um homicídio contra a mulher; a ação-tipo deve se amoldar a alguma das hipóteses retro. Para Cezar Roberto Bitencourt (2020), entretanto, o legislador se equivocou ao redigir “violência doméstica e familiar”, vez que um exame mais estrito conduz ao entendimento de que a situação fática exige dupla característica, como que se tratando de uma mesma violência, porém tais não se confundem. Por isso, mais acertado seria escrever “violência doméstica ou familiar”. De par com a súmula vinculante n. 600 do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que “para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima”. Outrossim, a caracterização do feminicídio também exige que as razões de “sexo feminino” estejam consubstanciadas na motivação do agente.

⁴ Quando nos referimos genericamente aos doutrinadores, queremos remeter o leitor às seguintes obras: BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte especial: crimes contra a pessoa. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020; CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361). 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019; GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018; REGIS PRADO, Luiz. Curso de direito penal brasileiro. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Em caso de um entendimento mais particular, procedemos a uma especificação que os distingue.

Com a alteração do projeto original⁵, em que se falava em “gênero” em lugar de “sexo” feminino, o legislador demonstrou não uma ignorância acerca das questões de gênero, mas uma intenção ativa de condicionar a execução da lei a discriminações preconceituosas, e, por via de consequência, inconstitucionais. Melhor dito, uma racionalidade mesma a invocar a intolerância. A doutrina, no entanto, tende a contornar essa questão fazendo coincidir em seu discurso “sexo” e “gênero”, e admite como pertencendo ao polo passivo do feminicídio as pessoas que o Estado reconhece civilmente como mulheres, isto é, volta-se para o critério jurídico. Todavia, como nos lembra Rogério Sanches Cunha (2019), há doutrinadores mais conservadores para os quais “a transexual, geneticamente, não é mulher. Apenas, no caso de cirurgia, passa a ter órgão genital de conformidade feminina” (p. 66). Em todo caso, malgrado sua existência, tal corrente não tem expressividade, sobretudo, porque o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.275, assentou que as mulheres transexuais podem ser havidas por mulheres no âmbito do registro civil sem terem se submetido à cirurgia de readequação genital ou à autorização judicial. Nessa esteira, pois, é que se deve dar a caracterização do polo passivo do feminicídio.

No respeitante ao sujeito ativo, é uníssono o dizer doutrinário quanto à desimportância do gênero, ou seja, homens e mulheres podem ser havidos por feminicidas. Nesse ponto, nenhuma exigência é feita. Portanto, como o feminicídio é uma qualificadora do crime de homicídio e este, por sua vez, é um crime comum, o seu agente pode ser qualquer pessoa dê que imputável. Conquanto admitamos que esta objetividade é o mais correto entendimento à vista de um exame que se basta estritamente ao diploma penal, discordamos enfaticamente dela pois que contradiz o princípio da igualdade, o que será melhor discutido na próxima seção.

UMA APRECIÇÃO ATRAVÉS DA ISONOMIA

O princípio da igualdade na Constituição de 1988

A rubrica do art. 5º, caput, do texto constitucional de 1988, brada a igualdade de todos perante a lei. Em sua literalidade e historicidade, preleciona Robert Alexy (2011), tal enunciado remonta a uma igualdade meramente formal, isto é, faz que todas as pessoas, por sua humanidade,

⁵ Cf. BRASIL. *Projeto de Lei do Senado, n. 292, de 2013*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>. Acesso em: 1 de junho de 2021. www.feminismos.neim.ufba. ISSN: 2317-2932 Vol 10, N.2 e 3 - maio – dez/2022 e10222002

sejam havidas por iguais. Noutros dizeres, trata-se, em seu núcleo, da exigência da aplicação da norma jurídica a todos os casos que, pelo seu suporte fático, sejam abarcados, e a nenhum caso que não o seja. Está-se a falar, posto caráter normativo, portanto, de uma prescrição, não de uma descrição.⁶ Assim, porque é um dever-ser, nada mais expressa do que aquilo que, por ser uma norma jurídica válida, já deve expressar, ou seja, o dever de ser obedecida.⁷ Dessa concepção, entretanto, seguem-se desigualdades; o legislador pode tanto quanto lhe aprover discriminar, contanto que, em todos os casos, suas normas discriminatórias sejam observadas.

Na doutrina estrangeira, separa-se igualdade *perante* a lei (formal) de igualdade *na* lei (material). Aquela respeita à obrigação de executar a lei conforme os seus ditames, ao que esta veta distinções não autorizadas pelo texto constitucional. A compreensão da locução em comento, a bem dizer, tal é o entendimento majoritário da doutrina brasileira, ao conceito formal não se basta, cingindo também o conceito material. Consoante resolutivo júízo que se teceu, portanto, deambulam, no orbe do referido dispositivo, o executor da lei e o legislador.⁸

Na criação do direito, o dever de igualdade, *nota bene*, não se confunde com a inserção, pelo legislador, de todos na mesma posição jurídica, nem tampouco com uma responsabilidade, de sua parte, de que todos tenham as mesmas características naturais ou se achem nas mesmas condições fáticas. O enunciado geral de igualdade endereçado ao legislador, argui Alexy (2011), não pode exigir a igualização de todos em todos os aspectos; de outra parte, também não pode permitir todas e quaisquer diferenciações e distinções.

Porque abaliza os contornos do direito, seja na feitura de regimes jurídicos seja em sua aplicação, a igualdade é uma norma de estrutura, ou de competência, isto é, consiste não em uma norma de conduta, antes prescreve condições e procedimentos através dos quais são emanadas normas de conduta válidas.⁹

Tem-se, do exposto, que a ordem constitucional brasileira a vigor prolata a exigência quer da igualização quer da desequiparação. Com efeito, assenta Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. [...] o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é,

⁶ Cf. WESTER, Peter. *Speaking of equality*. Princeton: Princeton University Press, 1990. p. 60-61; BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016. p. 77.

⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 131-132.

⁸ Não por outra razão, anotou José Afonso da Silva (2014, p. 217): “Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmara, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade *na* lei”.

⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 46-47.

as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos (MELLO, 2015, p. 12-13).

As discriminações são harmônicas ao edito constitucional dès que haja um vínculo de correlação lógica, com ele afinado, entre um traço diferencial e o tratamento diverso a este dispensado. O fator discriminatório não pode singularizar o destinatário no presente de modo absoluto, nem tampouco fora dele se pode achar o critério diferencial; de fato, trata-se de objetivo duplo, a saber, propiciar garantia individual e tolher favoritismos. Portanto, restam defesas singularizações que incorram em inviabilidade material ou lógica (*ibid.*).

Quadra aqui, isso posto, em arremate, a colocação da dialética igualdade fática e igualdade jurídica, proposta por Alexy (2011). Por compreendidos tanto quanto a atos (exclusivamente ações estatais) como quanto a consequências (efeitos fáticos da ação estatal), os conceitos de tratamento igual e desigual ensejam uma ambiguidade medular, um “paradoxo da igualdade”, rebento da colisão, que se dá no interior do supraprincípio da igualdade, entre os princípios da igualdade fática e da igualdade jurídica. Uma vista sistemática da Constituição, entretanto, põe às claras o adensamento do preceito em tela. Consta dos seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais e erradicar a pobreza e a marginalização (art. 3º, inc. III), bem como promover o bem sem o despautério das discriminações arbitrárias. Demais, reclama justiça social como desígnio das ordens econômica e social (arts. 170, 193, 196 e 205). Somente com essa mostra, é fazível ver, de pronto, que os imperativos da igualdade jurídica e da igualdade fática coexistem necessariamente no ditame constitucional. Cabe, então, ao executor da lei recorrer a essa compostura da Constituição, sobretudo nos casos difíceis, em que deve inferir do sistema as normas não pontualmente achadas no texto positivado.¹⁰

A constitucionalidade de um tratamento especial

Sob o prisma da igualdade é que se acha a justificação para a necessidade de dispensar tratamento desuniforme às condutas dolosas que atentam contra a vida da mulher. O trato desigual sustentando pela igualdade, porém, demanda prudência. Decerto que a vida da mulher não vale mais

¹⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 23-72.

do que a vida do homem, razão pela qual, por óbvio, não se poderia aventar a possibilidade de buscar espeque em alguma disparidade entre o valor da vida masculina e o da vida feminina ou feminizada.

O feminicídio encerra uma imbricação necessária entre relações de poder e questões de gênero, devendo a desigualdade que o atravessa consistir, pois, na desigualdade, no nível do cálculo do poder, achada no interior das relações entre homem e mulher. Esses dois eixos, conforme explicitamos, não podem ser tomados separadamente, sob pena de se macular o sentido do tratamento especial endereçado a esta matéria. Com isso, afastamos a objeção que diz que uma mulher, ao ter motivações machistas para matar outra, pratica feminicídio. Inda que seja este o caso e que a isto venha se assomar uma desigualdade no nível do exercício do entre ambas, não há que se falar em desigualdade de gênero entre pessoas de mesmo gênero. Não são, em absoluto, equiparáveis as desigualdades das relações de força entre homens e mulheres e entre mulheres entre si, pois que esta prescinde do aspecto de gênero, o qual acentua sensivelmente as desigualdades produzidas. Não fosse assim, deveríamos dizer, então, que o que se tem por caracterizador do feminicídio é a constatação da desigualdade entre agente e vítima, de sorte que um homem que mata outro, nesses termos, também seria um feminicida. Porém tal carece de lógica. Daí uma segunda objeção: não se trata simplesmente de se ter relações desiguais de poder, mas que tais sejam determinadas por condições socioculturais e históricas. Quadra neste argumento um erro de princípio, vez que são as relações de poder que estabelecem estas condições, sendo efeitos daquelas, e não o contrário. Mais: bastassem as desigualdades de força implantadas pela diferença sociocultural, por exemplo, o pai que mata o filho também deveria ser um feminicida, porém, outra vez, ressoa o absurdo.

A constitucionalidade da tutela especial da vida da mulher somente pode se dar se se está a levar em conta a desigualdade de gênero produzida pelas relações de poder entre homem e mulher. E entendido ainda que essa produção não somente deve ser implicar, em prol do reconhecimento da pessoa, numa estrutura social generificada a partir de "condições de sexo". A redação da lei que disciplina o feminicídio no Brasil, todavia, vexa este entendimento, em que pese ser o único consentâneo às balizas constitucionais colocadas pelo princípio da igualdade.

O (NÃO-)RECONHECIMENTO DO DIREITO COMO CONDIÇÃO PRECÁRIA

Este trabalho se ocupa precipuamente da disciplinarização do feminicídio pelo Direito; por isso, passamos, agora, ao trato do reconhecimento no plano jurídico. Nesse sentido, partindo da teoria do reconhecimento em sua fase pós-hegeliana, lançamos luz, inicialmente, sobre a

reatualização do tema do reconhecimento [*Anerkennung*] do jovem Hegel proposta por Axel Honneth em *Luta por reconhecimento*, a qual se dá, porém, rejeitando-se a metafísica do absoluto. Em seu projeto de uma estrutura das relações sociais de reconhecimento, Honneth, objetivando entrecruzar uma conceitualização especulativa e uma teorização de base empírica, socorre-se no modelo de gênese social da identificação do “eu” de George Herbert Mead. Do esquema tripartido de reconhecimento das transações intersubjetivas que constituem uma gramática moral – cujos modelos são o amor, o direito e a estima social –, servimo-nos somente da segunda etapa, isto é, do reconhecimento jurídico.

Conforme explica Paul Ricoeur, é justamente nesse ponto que Honneth põe maior lonjura à sua fonte de inspiração, pois que “novas figuras do menosprezo ocuparão, em alguns discursos jurídicos reunidos por Axel Honneth, o papel ocupado pelo crime nos escritos de Hegel em Iena” (RICOEUR, 2006, p. 211). Com efeito, a questão central em Hegel na relação jurídica se ligava a Hobbes, à medida que, para este, é o Estado que confere legitimidade ao processo de institucionalização. O ser-reconhecido juridicamente é discernido por Hegel, a princípio, na forma contratual da troca, e a quebra deste contrato implica uma demanda de reconhecimento que deve resultar na coação legal. O crime, então, é não apenas o não-reconhecimento do indivíduo, mas um modo de opugná-lo em sua dimensão universal. Daí a luta por reconhecimento. Para Ricoeur, “o catalisador do crime não poderia ser perdido de vista na confrontação entre vontade individual e vontade universal na época contemporânea” (*ibid.*, p. 211).

Honneth argui, com Hegel e Mead, que o indivíduo somente pode se entender como portador de direitos a partir da perspectiva normativa de um “outro generalizado” que o faz reconhecer os demais membros de sua comunidade também como pessoas de direito. Duas são as operações de consciência que confluem nessa estrutura de reconhecimento, a saber, a observância das obrigações jurídicas relativas a outrem e a interpretação empírica da situação que verifica se a este se aplicam tais obrigações. No reconhecimento jurídico, “o homem é respeitado em virtude [...] daquela propriedade universal que faz dele uma pessoa” (HONNETH, 2009, p. 187); logo, é “central [...] a questão de como se determina aquela propriedade constitutiva das pessoas como tais” (*ibid.*, p. 187).

A assunção da imputabilidade moral dá azo ao estabelecimento da comunidade jurídica moderna, visto estar subjacente uma ideia de acordo racional entre seus membros igualmente concebidos. Falar meramente em um agir autônomo com discernimento racional, todavia, é insuficiente, apresentando-se como necessária a determinação do procedimento de um tal acordo, vez que “dependendo de como aquele procedimento básico legitimador é representado, alteram-se também as propriedades que precisam ser atribuídas a uma pessoa, se ela deve poder participar nele

em pé de igualdade” (*ibid.*, p. 188). Segundo Honneth, a pressão exercida pelas lutas por reconhecimento, a lógica moral dos conflitos, alarga o espectro das propriedades universais dos moralmente imputáveis nas sociedades modernas, fazendo que à participação na construção da vontade racional se assomem novos pressupostos.

Hoje, contudo, “um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso” (*ibid.*, p. 193). Porque, entretantes, uma medida mínima de formação cultural e segurança econômica foi aditada às propriedades do sujeito a fim de o viabilizar para aquele agir autônomo, esticando-se a constelação das capacidades que o caracterizam constitutivamente como pessoa. Honneth, então, disserta que o sujeito, ao experienciar o reconhecimento jurídico, percebe-se como membro mesmo de sua coletividade, podendo se referir a si mesmo positivamente. Trata-se do “autorrespeito”.

Ao autorrespeito corresponde, no domínio dos fenômenos negativos, uma forma de ofensa, de desrespeito¹¹, que Honneth designa “privação de direitos”, cuja mensuração se dá “não somente pelo grau de universalização, mas também pelo alcance material dos direitos institucionalmente garantidos” (*ibid.*, p. 217). Disso se segue a “perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos” (*ibid.*, p. 217).

Nesse ponto, o entrecruzamento entre o tema do reconhecimento e o feminicídio, direciona-nos à uma inflexão sobre o que é uma vida, qual o seu valor e como este é determinado. Trata-se, pois, de um problema em dois níveis, ontológico e epistemológico. A contribuição de Honneth, conquanto nos presta auxílio, não dá conta da especificidade dessa tópica. Demais, como Ricoeur, somos da opinião de que o crime, em nosso tempo, possui um papel cêntrico na dinamização das lutas por reconhecimento.

Versar sobre o (não-)reconhecimento do valor da vida da mulher pressupõe saber como a vida é, em termos introduzidos por Judith Butler, epistemologicamente enquadrada [*framed*] através das molduras pelas quais é ou não apreendida. Somos então direcionados a uma ontologia corporal, que, ante a exposição do corpo às operações de poder, faz-se ontologia social. Com efeito, “os sujeitos são constituídos mediante normas que, quando repetidas, produzem e deslocam os termos por meio dos quais os sujeitos são reconhecidos” (BUTLER, 2020, p. 17). Tem-se, contudo, também, a ocorrência do reconhecimento incompleto, ou mesmo do não-reconhecimento, de determinados

¹¹ Porque os conceitos negativos de “ofensa” e de “desrespeito” estão contidos na linguagem cotidiana, Honneth a considera um referencial empírico acerca do nexa inquebrantável entre a integridade do indivíduo e o assentimento do outro.

sujeitos e vidas por não serem enquadráveis nas definições visuais de localização do poder (BRAIDOTTI, 1994).

Butler aduz que a preceder o reconhecimento se acha a condição de ser reconhecido. Melhor dito, o reconhecimento encerra uma prática intersubjetiva, ao que a “a condição de ser reconhecido’ caracteriza as condições mais gerais que preparam ou modelam um sujeito para o reconhecimento” (BULTER, 2020, p. 19). Tal condição, entretanto, não é subsumida na espécie humana como uma potencialidade universal, razão por que certos sujeitos são havidos por reconhecíveis e outros têm o seu reconhecimento adversado obstinadamente pela operacionalidade das normas existentes. Essas normas, que obram a condição de ser reconhecido, são, por seu turno, oriundas de esquemas histórico-gerais estabelecadores dos domínios do cognoscível. Uma tal esquematização de inteligibilidade determina, pois, o que a vida é, de sorte que, alfim, “não há vida nem morte sem relação com um determinado enquadramento” (*ibid.*, p. 22).

Há figuras, porém, situadas acolá do enquadramento viabilizado pela norma; figuras vivas, mas que não constituem uma vida por não poderem reclamar um estatuto ontológico determinado. Trata-se de aporia que atravessa a produção da vida pela normatividade. No entanto, “o enquadramento não mantém nada integralmente em um lugar, mas ele mesmo se torna uma espécie de rompimento perpétuo, sujeito a uma lógica temporal de acordo com a qual se desloca de um lugar para outro” (*ibid.*, p. 26). Nessa “fissura operacional”, uma possibilidade mesma de subversão se põe no horizonte da dissolução de determinado enquadramento. É justamente na ruptura de si mesmo do enquadramento para poder se estabelecer que outra possibilidade de apreensão aparece, deixando-se entrever, daí, uma autogestão da norma pela perspectiva de seu próprio ocaso.

A noção de precariedade [*precariousness*], como aspecto daquilo que é apreendido como vivo, indica a nossa exposição e dependência àqueles com quem socialmente, direta ou indiretamente, coexistimos. Relativamente ao reconhecimento, a precariedade pode ser, pelas normas que o determinam, aceita ou rejeitada. Butler explica que a precariedade é imanente ao ser humano; já nascemos precários, isto é, expostos à morte, e é precisamente esse atributo que implica uma demanda de reconhecimento no que toca ao valor vida. Somente uma vida que importa é enlutável¹² [*grievable*], e, por via de consequência, sua perda será enlutada e a sua persistência será zelada. Assim, a condição de ser enlutada faz possível a apreensão do ser vivo como vivente.

Cuida-se um direito à vida, como que pressupondo uma inevitabilidade dos processos todos de destruição, o que, para Butler, não passa de uma “fantasia onipotente do antropocentrismo” (*ibid.*,

¹² Em que pese o termo não ser dicionarizado, fazemos a opção de usá-lo em lugar de “passível de luto”, da tradução brasileira que utilizamos neste trabalho.

p. 37). Nesse sentido, o que se deve pensar é a fundamentação, dada pela precariedade, para a manutenção da vida, que, sendo precária, só se cria e se sustenta adentrada a certas condições de sobrevivência. Dessa forma, a condição de ser enlutável, em sua distribuição diferencial, revela uma questão dupla, material e perceptual, relativamente à exposição dessemelhante à morte e à violência. Essa condição negativa diferencial é politicamente induzida e Butler a designa “condição precária” [*precarity*].

Ora, o reconhecimento incompleto e o não-reconhecimento jurídicos, sintetizados pela fórmula do (não-)reconhecimento do direito, então, incutem uma condição precária, à medida que se ligam a certos enquadramentos epistemológicos para expor ou permitir a exposição diferencial de certas vidas à letalidade.

Notadamente quanto ao feminicídio, a sua disciplinarização pelo direito brasileiro indica ao menos dois eixos de problematização, a saber: (a) o intento do legislador de afastar as transexuais e as travestis de seu orbe de proteção, ao optar pelo uso do termo “sexo feminino” em lugar de “gênero”; e (b) a possibilidade de figuração da mulher no polo ativo do crime. Defronte a isso, apercebemo-nos de que o reconhecimento atual de nosso direito, a propósito dessa tópica, dá-se de maneira contraproducente.

O ponto primeiro conduz ao princípio da taxatividade, depreendido do supraprincípio da legalidade, que, consoante anotação de Bitencourt (2019), orienta que “o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas e ambíguas” (p. 55). Não se exige, porém, uma absoluta ausência de indeterminação, porquanto a plasticidade hermenêutica seja, até certo grau, possibilitadora de uma melhor adequação da norma ao ocorrido factual. Entretanto, não se pode desconvir que o adágio *in claris non fit interpretatio*¹³ reconduz à segurança jurídica, exigida sobretudo na lei criminal moderna, cujo dever primevo, ao menos idealmente, é proteger o cidadão contra a arbitrariedade estatal. A troca do termo “gênero” por “sexo” revela, por sem dúvida, uma intencionalidade legislativa de excluir as travestis e transexuais do espectro de reconhecimento da lei que criminaliza o feminicídio. Esse ponto, por ora, afigura-se menos problemático, à vista do entendimento doutrinário de que mulher é toda aquela civilmente como tal admitida e da ADI n. 4.275, como supramencionado. Todavia, se, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal formar maioria em um entendimento conservador para assentar que travestis e transsexuais não são abarcadas pela letra da lei, essas mulheres serão proscritas de tal raia de proteção legal¹⁴. Daí a importância de

¹³ Em português, “as coisas claras não são passíveis de interpretação”.

¹⁴ Inda que um tal entendimento, em nosso juízo, seria constitucionalmente desacertado, o STF nem sempre acertará em sua interpretação. Prova disso são as idas e vindas, nos últimos anos, da interpretação do Tribunal acerca da possibilidade de execução da pena após condenação em segundo grau de jurisdição.

se dizer “gênero” ou simplesmente “mulher” em lugar de “sexo”. Somente assim, poder-se-ia falar em um real reconhecimento do direito.

No que tange ao segundo ponto, tem-se, a bem dizer, a absurdidade da equiparação do homem e da mulher no nível do cálculo do poder. Ora, se uma mulher que mata outra pratica feminicídio, macula-se o sentido do tratamento especial exigido pelo princípio da igualdade, visto se fundar justamente na desigualdade de gênero produzida pelo exercício do poder masculinista que tem estruturado as relações sociais de reconhecimento. Por isso, a admissão de uma mulher como agente nesse crime também aponta para um (não-)reconhecimento.

Sendo a igualdade uma norma de estrutura, uma dupla obrigação deve ser observada pelo legislador criminal no trato do feminicídio. De um lado, faz defesa a produção de assimetrias arbitrárias (a discriminação das travestis e transexuais, *e.g.*); de outro, exige a igualização em relação aos homens, através de um tratamento especial, do cuidado relativo à persistência da vida das mulheres, atravessadas que são pela subjugação às molduras do poder masculinista. Assim, queremos insistir, por derradeiro, que a tópica em comento tem a ver justamente com o exercício do poder estatal através do direito, pela inobservância dos limites legais e pela coerção ilegítima que atentam contra a isonomia e o regime democrático. Não se confunde, portanto, com uma “vida nua” e com uma “exceção”, nos termos postos por Giorgio Agamben (2002; 2004). Com efeito, anota Butler:

Isso não é o mesmo que uma “vida nua”, uma vez que as vidas em questão não estão fora da polis em um estado de exposição radical, mas sim subjugadas e constrangidas por relações de poder em uma situação de exposição forçada. Não é a revogação ou a ausência da lei que produz precariedade, mas sim os efeitos da própria coerção legal ilegítima, ou o exercício do poder do Estado livre das restrições legais (BUTLER, 2020, p. 51).

MAIS UM ESFORÇO

A disciplinarização do feminicídio pelo direito brasileiro, conforme averbou Cláudia Maia (2019, p. 16), cumpre “a importante função de chamar atenção, no âmbito da sociedade e no cotidiano das pessoas, para as relações assimétricas de poder historicamente instituídas que fundamentam esses crimes baseados em gênero”. Entretanto, o feminicídio, não apenas como crime, mas como (não-)reconhecimento jurídico, deve continuar a ser tomado como catalizador das lutas por reconhecimento dos direitos das mulheres. A fim de solapar os modos de (não-)reconhecimento estruturados por enquadramentos dados pelo poder masculinista, há de se criar um tensionamento lá onde o seu exercício se escora; dessa feita, no direito.

O legislador criminal brasileiro deve considerar o cálculo do poder e a desigualdade de gênero dele depreendida. Dessa forma, o feminicídio passaria a ser um crime próprio, isto é, um crime em cujo polo ativo somente determinadas pessoas podem figurar; nesse caso, os homens. Demais, o termo “sexo” deve ser retirado, dando lugar a “gênero”, para incluir as travestis e transexuais na proteção do texto positivado. A lei brasileira parece fazer questão de marcar a ideia de sexo como pré-discursivo como condição para o reconhecimento do valor de uma vida.

A atual dicção do nosso Código Penal, ao contrariar os preceitos constitucionais da isonomia, explicita o uso do direito como tecnologia do poder a serviço da exposição diferencial das mulheres à morte. Trata-se, portanto, de uma ofensa à unidade do ordenamento jurídico: uma lei infraconstitucional (a lei penal) desrespeita a sua estrutura hierárquica ao ir contra a Constituição. Por isso, trespassa os limites materiais (os limites do conteúdo da norma) da produção jurídica¹⁵.

A letalidade epistemológica relativamente ao feminicídio é o efeito do (não-)reconhecimento do direito como mecanismo de gestão da vida, isto é, da morte das mulheres. À vista da descontinuidade do poder é que devemos mobilizar a dissolução dos enquadramentos que determinam esse cenário. Resultado disso será um reconhecimento pleno do direito da importância das vidas que habitam corpos femininos e feminizados.

REFERÊNCIAS

Fontes primárias

BRASIL. Código Penal. *Decreto-lei n. 2.848*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1 de junho de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de março de 2021.

BRASIL. Lei Maria da Penha. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 1 de junho de 2021.

¹⁵ 13 Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Op. cit. p. 58-65.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n. 292, de 2013*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>. Acesso em: 1 de junho de 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 600. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27600%27\).s ub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27600%27).s%20ub). Acesso em: 1 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 1 de junho de 2021. CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da Violência*. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11004>. Acessado em: 15 outubro de 2020.

OBSERVATÓRIO DE IGUALDADE DE GÊNERO DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE. *Feminicídio ou femicídio*. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/feminicidio-ou-femicidio>. Acesso em: 31 de agosto de 2021.

ONU Mulheres. *Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres (feminicídios)*. 2016. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf.

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci S. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Vigílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte especial: crimes contra a pessoa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BRAIDOTTI, Rosi. *Nomadic Subjects. Embodiment and Sexual Difference in Contemporary Feminist Theory*. New York: Columbia University Press, 1994.

BUTLER, Judith. Vida precária, vida passível de luto. In: _____. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Tradução de Sérgio Tadeu Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020. p. 13-55.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial. Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. Tradução de Suzana Funck. In: BUARQUE DE HOLLANDA, Heloísa (Org). *Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 206-242.

MAIA, Cláudia de Jesus. Sobre o (des)valor da vida: feminicídio e biopolítica. *História*, São Paulo, v. 38, p. 1-21, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RICOEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p.71-100, jul./dez. 1995.

SEGATO, Rita. *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas em Ciudad Juárez: Territorio, soberanía y crímenes de segundo estado*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2013.

SEGATO, Rita. Femigenocidio como crimen en el fuero internacional de los Derechos Humanos. In: _____. *La guerra contra las mujeres*. Madri: Traficantes de Sueños, 2016. p. 127-152.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

WESTER, Peter. *Speaking of equality*. Princeton: Princeton University Press, 1990