

**A CRIMINALIZAÇÃO DO FEMINICÍDIO NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS,
LEGAIS E DOUTRINÁRIOS**
*THE CRIMINALIZATION OF FEMINICIDE IN BRAZIL: HISTORICAL, LEGAL, AND
THEORETICAL ASPECTS*

Lucas Antunes Leão*

RESUMO: O presente artigo tem como principal objetivo analisar os aspectos históricos e doutrinários da criminalização do feminicídio no Brasil. Feminicídio significa a perseguição e morte intencional de pessoas do sexo feminino. Consuetudinariamente, o domínio dos homens sobre as mulheres, aliado a impunidade e a indiferença da sociedade, no que tange ao referido aspecto, incentivou o ordenamento jurídico brasileiro a criar esse instituto no Direito Penal. A despeito do tema, considerou-se também a hediondez do feminicídio e suas peculiaridades referentes à natureza da classificação como qualificadora.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio; criminalização; qualificadoras; gênero.

ABSTRACT: This study aims to analyze historical and doctrine aspects of femicide in Brazil. Femicide means persecution and willful killing of female people. Customarily, the dominance of men over women, coupled with impunity and indifference of society, with respect to that aspect, encouraged the Brazilian legal system to create this institute in criminal law. Despite the theme, also considered whether to heinousness of femicide and their peculiarities concerning the nature of the classification as a qualifier.

KEY-WORDS: Femicide; criminalization; qualifying; gender.

* Advogado. Especialista em Finanças Públicas pela Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo. Pós-graduando em Segurança Pública e Atividade Policial pela Faculdade Arnaldo. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC.

1. INTRODUÇÃO

Propõe-se pesquisar o termo Femicídio, dada a sua recente inclusão no sistema jurídico brasileiro e o seu desconhecimento por grande parte da população. Nesse sentido, urge o enfoque na suposta eficiência da criminalização do tipo penal supra especificado.

Aprofunda-se na regulamentação do feminicídio como qualificadora, explanando os pontos benéficos e os que deixaram a desejar com o advento da Lei nº 13.104, de nove de março de 2015 (BRASIL, 2015). Essa por sua vez, modifica o artigo 121 do Decreto-Lei no 2.848, de sete de dezembro de 1940 - Código Penal (BRASIL, 1940) para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio bem como incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

O advento do feminicídio como qualificadora, em um prisma hodierno, é incontroverso tendo em vista a sua eficácia, uma vez que, a antiga aplicação da pena, atingia o mesmo objetivo sancionador (aplicava-se a qualificadora de motivo torpe). Com efeito, para a manutenção da sanção ao indivíduo que atente contra a vida do gênero feminino, discute-se acerca da eficácia da norma novel em um âmbito geral.

O objetivo do termo feminicídio, em si, levanta aspectos referentes ao preconceito dirimido na diferenciação dos tipos feminicídio/homicídio, uma vez que, para alguns, a gravidade do tipo, ante ao princípio da isonomia, não se difere. Matar uma mulher por “ódio” ou por condições do sexo feminino, para alguns estudiosos, não pode ser mais gravoso do que matar um pai na frente do filho, a título de exemplo.

Discute-se também, a efetividade da criminalização do referido tipo penal, em relação a implementação de medidas preventivas que visem um melhor efeito social. Cediço que, historicamente, apesar da cultura machista ser comum nos países de origem latina, as mulheres têm conquistado uma condição isonômica perante os homens.

Sem embargo, as circunstâncias do crime em estudo, são motivadas por ódio contra a mulher, por elas serem mulheres.

Portanto, temos um problema mais profundo de desigualdade entre homens e mulheres, sendo que, os primeiros, quando praticam um crime são motivados menos pelo “ódio” e mais pela cultura de que a mulher não deve sair da sua posição mais submissa.

Em suma, deseja-se testificar a necessidade (ou não) de uma qualificadora para combater a violência de gênero no Brasil e, num segundo momento, se o novo texto legal

carrega uma boa técnica legislativa, capaz de atender aos princípios constitucionais da isonomia, fragmentariedade, legalidade e dignidade da pessoa humana.

2. O TERMO FEMINICÍDIO

Conforme Júlia Lambert Gomes Ferraz (FERRAZ, 2016), tem-se que, em um primeiro momento, oriundo da tradição estadunidense, surgiu o termo “femicídio”. Entretanto, este termo seria insuficiente para elucidar os fatídicos assassinatos de mulheres na América Latina, pois, a seu turno, concentra-se em casos individuais, abstendo-se das perspectivas políticas subjacentes.

Portanto, como conseqüência das revoluções feministas e das repercussões sociais surge à implantação do termo feminicídio, conceituado como “um fenômeno sistêmico, capaz de representar todos os elementos não equitativos da relação entre os sexos” (FERRAZ, 2016).

Dessa insigne lavra emana a diferença semântica entre *femicídio* e o *feminicídio*, a partir de uma análise semântica, contextual e histórica, *verbis*:

[...] o debate acerca do femicídio apenas teve início nos países latinoamericanos com a virada do milênio. A responsável pela introdução e adaptação do conceito ao contexto sociopolítico específico da região foi a feminista mexicana Marcela Lagarde. Para a autora, o termo femicídio, tal como foi delineado pela tradição estadunidense, seria insuficiente para explicar a realidade que envolve os assassinatos de mulheres na América Latina, uma vez que se concentraria demasiadamente em casos individuais, deixando de lado a perspectiva política subjacente.

Em outros termos, o feminicídio (termo mais apropriado segundo Lagarde) deveria ser compreendido como um fenômeno sistêmico, capaz de representar todos os elementos não equitativos da relação entre os sexos. Inserido no complexo contexto latino-americano, o termo não seria análogo ao homicídio ou o mero assassinato do corpo biológico da mulher, mas o significado construído culturalmente, com grande auxílio da violência institucional, que se perfaz em uma ampla tolerância do Estado patriarcal à violência de gênero e na conseqüente impunidade dos agressores (LAGARDE, 2006).

A ressalva de Lagarde, que culmina com a mudança terminológica, não pode ser compreendida em sua totalidade se não for analisada no contexto específico em que a autora mexicana se insere. Isso pois, sete anos antes da publicação de sua obra, o México foi palco do caso de feminicídio mais emblemático até os dias de hoje.

O caso conhecido como Campo Algodonero envolveu três mulheres – Claudia Ivette Gonzalez, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez (duas das quais eram menores de idade) – que trabalhavam no setor de empresas maquiladoras de Ciudad Juarez e que foram dadas como desaparecidas, tendo sido seus corpos encontrados dias depois em um campo de algodão da região. Todos os três apresentavam marcas de graves agressões e uso de extrema violência. Para além da crueldade, o caso tornou-se paradigmático, pois o Estado Mexicano foi responsabilizado pela morte das jovens, através de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CTIDH,2009). A decisão da Corte tornou-se um marco no movimento de tipificação do feminicídio por reconhecer o termo enquanto violação sistemática do direito à vida das mulheres por razões de gênero. A responsabilização do México foi justificada pela total ausência de medidas de proteção às vítimas, pela falta de políticas públicas de prevenção dos crimes, pela passividade das autoridades policiais frente ao desaparecimento das jovens, a ausência de diligências no procedimento de investigação dos assassinatos, uma reparação inadequada e pelo reconhecimento da existência de um padrão de violência de gênero na região que já havia feito centenas de outras vítimas em anos anteriores.

Após a condenação pela Corte, o tema da impunidade decorrente de ausências legais e de políticas públicas eficientes passou a ser estrutural na discussão acerca do feminicídio. Com a inclusão desta nova dimensão, teve início um movimento de apropriação jurídica do conceito, até então estudado apenas pela sociologia, que se concretizou através da adoção, a partir dos anos 2000, de diversas estratégias legais de combate à impunidade.

Antes da decisão da Corte Interamericana sobre o caso de Ciudad Juarez, a maioria dos países latino-americanos já contava com normativas sobre o tema da violência doméstica. Estas leis, entretanto, foram progressivamente substituídas por outras, “de proteção integral”, que passaram a atribuir maior competência à jurisdição penal, incluindo, entre outras medidas, o feminicídio como tipo. [...] (FERRAZ,2016, p.241-272)

A tipificação do feminicídio, presente no artigo art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de sete de dezembro de 1940 (BRASIL, 1940), como qualificadora e causa de aumento de pena em condições específica, surgiu, no entanto, a partir de repercussões históricas e sociais, tendo sido o caso “*Campo Algodonero*”, de Juarez, México, um grande marco. O termo “feminicídio”, por sua vez, é conceituado por Janaína Conceição Paschoal, senão veja-se:

[...] verifica se quando o homicídio é cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino, entendendo-se como tal, o crime que envolve violência doméstica e familiar, bem como menosprezo ou

discriminação à condição de mulher. [...] (PASCHOAL, 2015, p. 217-219)

Na mesma linha de definição, conforme infere-se na colação *ipsis litteris* abaixo, Adriana Mello afirma:

[...] de maneira específica, a Lei no 13.104/15 considera feminicídio quando o crime é praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo e discriminação contra a condição de mulher. (MELLO, 2015, p. 221-227)

Com efeito, Adriana Mello (MELLO, 2015) insurge que, infundido na origem do termo, tem-se o peculiar prisma da qualificadora como uma questão de gênero, fundada em preceitos consuetudinários. Paradoxalmente, observa que o legislador se eximiu de qualificar o termo como atinente ao sexo no sentido biológico, ao se expressar especificamente ao sexo feminino, caracterizado socialmente como gênero. Senão vejamos a partir da transcrição:

[...] a qualificadora do feminicídio incide quando o sujeito passivo for mulher, entendido, na minha forma de ver, de acordo com o critério psicológico, ou seja, quando a pessoa se identificar com o sexo feminino, mesmo quando não tenha nascido com o sexo biológico feminino.

O projeto que deu origem à Lei no 13.104/2015 (PL no 8.305/2014) sofreu, pouco tempo antes de ser aprovado, uma modificação: o termo “gênero” foi substituído pela expressão “condição de sexo feminino”.

No entanto, entendemos que essa modificação não altera a interpretação, já que a expressão “por razões da condição de sexo feminino” prende-se, da mesma forma, a razões de gênero.

Observa-se que o legislador não trouxe uma qualificadora para a morte de mulheres. Se assim fosse, teria dito: “Se o crime é cometido contra a mulher”, sem utilizar a expressão “por razões da condição de sexo feminino”.

Uma vez explicado que a qualificadora não se refere a uma questão de sexo (categoria que pertence à biologia), mas a uma questão de gênero (atinente à sociologia, padrões sociais do papel que cada sexo desempenha), vale trazer algumas considerações sobre o assunto.

O conceito de gênero procura esclarecer as relações entre mulheres e homens. Ele apareceu após muitos anos de luta feminista e de formulação de várias tentativas de explicações teóricas sobre a opressão das mulheres. A ideia de que existe uma construção social do ser mulher já estava presente há muitos anos, mas permaneciam dificuldades teóricas sobre a origem da opressão das mulheres, sobre como inserir a

visão da opressão das mulheres no conjunto das relações sociais, sobre a relação entre essa e outras opressões, como, por exemplo, a relação entre opressão das mulheres e capitalismo. Não existia uma explicação que articulasse os vários planos em que se dá a opressão sobre as mulheres (trabalho, família, sexualidade, poder, identidade) e, principalmente, uma explicação que apontasse com mais clareza os caminhos para a superação dessa opressão.

Assim como gênero, mulher também é um conceito complexo, marcado por conflitos e ambiguidade nos seus significados. De um lado, o termo se refere a uma construção – a mulher como representação – enquanto, de outro, se refere a pessoas “reais” e a uma categoria social – a de mulheres como seres históricos, sujeitos de relações sociais. Contudo, existe uma grande lacuna entre uma e outra construção, resvalando-se de uma para outra, e não apenas nos usos do conceito, mas também em nosso cotidiano enquanto mulheres de carne e osso (SARDEMBERG,2014). [...] (MELLO, 2015, p. 221-227)

Logo, imperiosa uma abordagem analítica do termo *gênero* para maior elucidação da relação com o termo *feminicídio*. No assunto em questão, Adriana Mello segue elucidando alguns aspectos relevantes:

[...] nesse sentido, o conceito de gênero veio responder a vários desses impasses e permitir analisar tanto as relações de gênero quanto a construção da identidade de gênero em cada pessoa. O conceito de gênero foi trabalhado inicialmente pela antropologia e pela psicanálise, situando a construção das relações de gênero na definição das identidades feminina e masculina como base para a existência de papéis sociais distintos e hierárquicos (desiguais).

Esse conceito coloca nitidamente o ser mulher e ser homem como construções sociais, a partir do que é estabelecido como feminino e masculino e dos papéis sociais destinados a cada um. Por isso, gênero, um termo cedido da gramática, foi o vocábulo escolhido para distinguir a construção social do masculino e feminino do sexo biológico. [...] (MELLO, 2015, p. 221-227)

No que tange ao conceito do termo *feminicídio*, observa em um contexto histórico a utilização do termo *femicídio*, no ano de 1976, dando vida, no âmbito do direito, ao termo em estudo. Nesse celeiro, coadunam os dizeres de Júlia Lambert Gomes Ferraz, *verbis*:

[...] o termo femicídio foi utilizado pela primeira vez no ano de 1976, por Diana Russell, durante o Primeiro Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres. Na ocasião, Russel não chegou a definir propriamente o conceito, o que viria a fazer apenas em 1992 com a

publicação do livro *Femicide: the politics of woman killing*. Mesmo assim, o Primeiro Tribunal Internacional, uma iniciativa do movimento feminista em efervescência na década de 70, foi extremamente importante para o reconhecimento do caráter sexista no modo como certos crimes eram perpetrados.

A partir do reconhecimento de que o sistema de justiça, com suas proibições e garantias, é conformado por interesses masculinos, pois criado pelos e para os homens, começa a brotar no movimento feminista a semente de toda a discussão a respeito do feminicídio.

Como mencionado, é apenas em 1992 que o conceito será definido por Russel em conjunto com Jill Radford. Para estas, feminicídio seria o assassinato de mulheres, cometido por homens, embasados no ódio, no desprezo, prazer ou um sentido de propriedade sobre as mulheres (RADFORD; RUSSEL, 1992: 34). À época, os esforços das autoras não se direcionavam à criação de uma definição jurídica de aplicabilidade prática, mas sim à tentativa de incluir dentro da agenda feminista uma temática até então pouco aprofundada: a violência contra as mulheres. [...] (FERRAZ, 2016, p. 241-272)

Em suma, a análise do termo *femicídio*, deu início à análises e debates em um contexto latino-americano, onde, se constatou a insuficiência do termo devida à especificidade aderida aos casos deixando a desejar no que tange a perspectiva política subjacente em um âmbito mais generalizado, dando vida, no entanto, ao termo feminicídio.

Porém, antes de percorrer os meandros do termo central, urge destacar que a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), que, a seu turno, guarda estrita relação com a regra em comento, antecede cronologicamente no ordenamento jurídico brasileiro. Por essa razão, merecerá uma análise mais aprofundada no afã de esclarecer o contexto histórico da criminalização do feminicídio, que, por sua vez, fora inserido na legislação brasileira, como sendo uma qualificadora do crime de homicídio, contendo causas de aumento de pena.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DO FEMINICÍDIO NO BRASIL

Impende em um primeiro momento, destacar os seguintes comandos legais expostos no Código Penal - CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940:

Art. 121. Matar alguém:

[...]

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) [...]

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) [...]

§ 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) [...]

§ 7o A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (NR) (BRASIL,1940)

3.1 COMENTÁRIOS INICIAIS

Em decorrência da proposta elaborada pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher, criada em 2012, o Brasil entrou no rol de países que adotaram a tipificação do termo feminicídio. Tal medida, incluiu o termo em estudo como uma qualificadora ao crime de homicídio. Nasce do advento da Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015 (BRASIL, 2015), que, por sua vez, também prevê condições de aumento de pena caso a conduta seja praticada durante a gestação da vítima, ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto nas seguintes condicionantes: contra pessoa menor de 14 (catorze) anos; maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; e por fim na presença de descendente ou de ascendente da vítima. Cediço dizer que, com advento desta lei, inclui-se a conduta no rol dos crimes previstos na lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990 (BRASIL, 1990), considerando-a legalmente como um crime hediondo.

À luz dos dizeres de Júlia Lambert Gomes Ferraz, estatisticamente, o Brasil ocupa a 7ª posição entre 84 países, obtendo um dos maiores índices de homicídio contra mulheres no mundo. Nesse sentido:

[...] o Brasil não estava na lista dos países que incluíram o tipo em seu código penal até o início do presente ano, quando aprovou a proposta de autoria da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher, criada em 2012, para incluir a qualificadora de feminicídio ao crime de homicídio.

Ainda em 2012, também foi publicada a atualização do Mapa da Violência (WAISELFISZ, 2012) dedicada especificamente aos casos

de mortes de mulheres no Brasil. Pelas conclusões da pesquisa, o país ocupa hoje a 7ª colocação entre 84 países analisados, possuindo um dos maiores índices de homicídio de mulheres do mundo. A taxa encontrada a partir do sistema de estatística da OMS seria a de 4,4 homicídios para cada 100 mil mulheres. Ademais, só na última década 43 mil mulheres brasileiras teriam sido assassinadas.

Dentro desse quadro alarmante, a formação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito foi uma iniciativa do Poder Legislativo para tentar estabelecer um diagnóstico nacional das causas da violência contra as mulheres. Os dados apresentados tanto pelo Mapa da Violência quanto pela própria CPMI não correspondiam às expectativas que se tinha até então de redução dos índices de homicídios.

O otimismo que se tinha decorria da promulgação da Lei Maria da Penha, normativa comemorada pelo movimento de mulheres por conseguir conferir tutela jurídica inédita às mulheres. A partir de então, a violência doméstica, que durante muito tempo foi entendida como uma questão exclusiva do âmbito das relações privadas, passou a ser vista como problema social, de interesse público. Além disso, a Lei Maria da Penha foi importante por estabelecer diversas medidas preventivas para a proteção das mulheres em situação de violência, com a criação de toda uma rede socioassistencial, de delegacias, varas especializadas e políticas de abrigo.

Dentre as várias perguntas que a CPMI se colocou, a principal delas seria justamente o porquê de ainda continuarmos com índices de homicídios de mulheres tão altos, se a Lei Maria da Penha estaria sendo aplicada há seis anos. Haveria omissão por parte do poder público na aplicação dos instrumentos instituídos pela Lei?

Ao final da investigação, a CPMI realizou um denso diagnóstico. Muitas das dificuldades encontradas decorriam de ausência ou não aplicação de dispositivos legais, o que gerou a necessidade de se criar um Grupo de Trabalho específico para a formulação de alterações legislativas. Dos trabalhos do GT foram formulados quatorze Projetos de Lei, entre eles o projeto de tipificação do crime de feminicídio. [...] (FERRAZ, 2016, p. 241-272)

Como cediço, segundo essa exegese, evidencia-se a insuficiência da Lei Maria da Penha em relação à diminuição do índice de violência contra as mulheres. Cumpre salientar, que na maioria das situações de violência contra mulheres a agressão ocorre na residência da vítima, favorecendo, no entanto, a motivação para a prática do crime em decorrência do ambiente. Ainda para esta autora:

[...] um dos maiores estopins para a criação de uma Comissão Parlamentar específica para a investigação da Violência contra as Mulheres no Brasil foi a pesquisa chefiada pelo sociólogo argentino

Julio Jacobo Waiselfisz (2012)²– o Mapa da Violência –, cujos resultados mostravam que o país ocupava a 7ª posição no ranking mundial em número de mulheres assassinadas.

Para além do dado alarmante, o Relatório estabelece algumas considerações finais, que não apenas mencionam reiteradas vezes o termo feminicídio como indicam, claramente, que as políticas públicas de gênero, sobretudo a Lei no 11.340/06, ainda são insuficientes para reverter os altos índices de violência contra as mulheres, havendo a necessidade de se elaborar estratégias mais efetivas de prevenção e redução (WASELFISZ, 2012: 26).

As conclusões do Mapa da Violência relacionam as altas taxas de feminicídios com uma política de tolerância à violência de gênero praticada pelas autoridades estatais. Além disso, também relaciona feminicídio e violência doméstica ao constatar que em mais de dois terços (68,8%) dos atendimentos a mulheres em situação de violência, a agressão ocorreu na residência da própria vítima (2012: 26). [...] (FERRAZ, 2016, p. 241-272)

3.2 LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006 - “LEI MARIA DA PENHA”

Ainda nessa insigne lavra (FERRAZ, 2016), em diversos países, fora adotado o feminicídio em sua legislação penal, alguns, no entanto, já contavam com a tipificação do termo “violência doméstica”.

Logo, mister tecer uma breve análise referente à violência doméstica, em uma abordagem mais generalizada do que ao feminicídio em si. De certa forma, tal tipificação fora um dos motivadores para a efervescência positivista do feminicídio, vez que, a ausência de especificação quanto ao gênero, não completava a lei em prol de assegurar a incolumidade do sexo feminino em especial.

Para Silvana Lourenço Lobo (LOBO, 2015) a Lei em comento no presente tópico, teve como objetivação precípua a criação de mecanismos que atendessem as vítimas mulheres “de atos de violência doméstica e fazer cessá-los imediatamente, criando um procedimento mais rápido para solução civil e criminal da incompatibilidade de sobrevivência doméstica e familiar”. Ainda para esta autora, referida lei “vem sendo objeto de muito “festejo” nos meios jurídico e principalmente da imprensa”.

Noutro giro, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra as Mulheres, criada com o objetivo originário de verificar as possíveis omissões por parte do poder público na implantação dos institutos previstos pela Lei Maria da Penha, detectou problemas

relativos à falta de aplicação das inovações trazidas pela lei em comento, bem como às suas limitações. Com efeito, ainda na linha de Júlia Lambert Gomes Ferraz, verifica-se:

[...] a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra as Mulheres foi criada a pedido das deputadas Elcione Barbalho (PMDB/PA), Procuradora da Mulher na Câmara dos Deputados; Janete Rocha Pietá (PT-SP), Célia Rocha (PTB-AL) e Jô Moraes (PCdoB-MG); e das senadoras Ana Rita (PT-ES), Lúcia Vânia (PSDB-GO), Lídice da Mata (PSB-BA) e Marta Suplicy (PT-SP), 4 com o intuito inicial de verificar possíveis omissões por parte do poder público na implantação dos institutos previstos pela Lei Maria da Penha.

Após mais de um ano de trabalho, a CPMI elaborou um amplo diagnóstico com os pontos observados durante sua pesquisa de campo. A Comissão constatou uma realidade bastante problemática: boa parte das inovações trazidas pela Lei no 11.340/06, mesmo após seis anos da sua promulgação, nunca haviam sido efetivadas, ou, se o foram, enfrentavam sérias limitações.

Esta constatação chocava diretamente com o que se vinha veiculando até então a respeito da efetividade da Lei no 11.340/06. No âmbito internacional, a imagem que se tinha era extremamente positiva, como demonstra o relatório do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM: 2009), que considerou a normativa brasileira uma das leis sobre violência doméstica mais avançadas do mundo.

Além disso, em recente Seminário sobre os nove anos da Lei Maria da Penha, a Ministra de Estado Chefe da Secretaria de Política para Mulheres da Presidência da República, Eleonora Menicucci, lembrou o parecer do UNIFEM, reafirmando o lugar da Lei no 11.340/2006 entre uma das leis mais eficazes no enfrentamento e prevenção da violência doméstica do mundo (MENICUCCI, 2015).

Dados de outra pesquisa, produzida pelo Instituto Patrícia Galvão (2013), revelam, também, que 98% da população brasileira conhece a Lei Maria da Penha, sendo que desses, 86% acreditam que as mulheres passaram a denunciar mais as violências sofridas após a promulgação da Lei.

O nítido descompasso entre as expectativas e o que verdadeiramente se constatou a partir nos trabalhos da Comissão Parlamentar, explicita a necessidade de um melhor estudo da temática da violência de gênero no Brasil. Nessa empreitada, os diagnósticos da CPMI são extremamente valiosos, não apenas por se embasarem em vasta pesquisa empírica, mas por revelarem dados atualizados sobre a matéria. [...] (FERRAZ, 2016, p. 241-272)

Segundo o artigo “A Lei Maria da Penha na Justiça” (DIAS, 2010), a lei em comento, criada para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar “está sendo alvo das mais ácidas críticas”. Isso porque, a violência doméstica, em inerência a lei em questão, não corresponde aos tipos penais.

Com efeito, no artigo 5º desta lei identifica-se a conduta que configura a violência doméstica ou familiar contra mulher:

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[...] (BRASIL, 2006)

Após, o mesmo artigo define os locais onde a conduta poderá ser praticada:

[...]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. [...] (BRASIL, 2006)

Importante frisar que, em seu parágrafo único, a lei Maria da Penha pontua que as relações sociais independem da orientação sexual, elastecendo, no entanto, o conceito de entidades familiares às uniões homo afetivas.

A partir da leitura das condutas pelo art. 5º da lei em comento, evidencia-se que nem todas constituem delitos. Nesse prisma verifica-se a ilegitimidade para a propositura da ação penal em alguns desses casos. Tese dirimida por Maria Berenice Dias:

[...] a Lei 11.340, a chamada Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar e garantir a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial, está sendo alvo das mais ácidas críticas.
A partir da vigência da nova lei, a violência doméstica não guarda correspondência com quaisquer tipos penais. Primeiro é identificado o agir que configura violência doméstica ou familiar contra a mulher (art.

5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois são definidos os espaços onde o agir configura violência doméstica (art. 5ª, incs. I, II e III): no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação de afeto. Finalmente, de modo didático e bastante minucioso, são descritas as condutas que configuram a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. As formas de violência elencadas deixam evidente a ausência de conteúdo exclusivamente criminal no agir do agressor. A simples leitura das hipóteses previstas em lei mostra que nem todas as ações que configuram violência doméstica constituem delitos. Além do mais, as ações descritas, para configurarem violência doméstica, precisam ser perpetradas no âmbito da unidade doméstica ou familiar ou em qualquer relação íntima de afeto.

Assim, é possível afirmar que a Lei Maria da Penha considera violência doméstica as ações que descreve (art. 7º) quando levadas a efeito no âmbito das relações familiares ou afetivas (art. 5). Estas condutas, no entanto, mesmo que sejam reconhecidas como violência doméstica, nem por isso configuram crimes que desencadeiam uma ação penal.

De qualquer modo, mesmo não havendo crime, mas tomando conhecimento a autoridade policial da prática de violência doméstica, deverá tomar as providências determinadas na lei (art. 11): garantir proteção à vítima, encaminhá-la a atendimento médico, conduzi-la a local seguro ou acompanhá-la para retirar seus pertences. Além disso, deverá a polícia proceder ao registro da ocorrência, tomar por termo a representação e remeter a juízo expediente quando a vítima solicitar alguma medida protetiva (art. 12).

Todas estas providências devem ser tomadas diante da denúncia da prática de violência doméstica, ainda que – cabe repetir – o agir do agressor não constitua infração penal que justifique a instauração do inquérito policial. Dita circunstância, no entanto, não afasta o dever da delegacia de polícia tomar as providências determinadas na lei. Isso porque, é a violência doméstica que autoriza a adoção de medidas protetivas, e não exclusivamente o cometimento de algum crime.

Este é o verdadeiro alcance da Lei Maria da Penha. Conceitua a violência doméstica divorciada da prática delitiva e não inibe a concessão das medidas protetivas tanto por parte da autoridade policial como pelo juiz.[...] (DIAS, 2010, s.p.)

Importante salientar que, apesar da não correspondência de algumas das condutas ao tipo penal, o cometimento das mesmas auferiu maior eficácia a adoção de medidas protetivas.

Para Silvana Lourenço Lobo (LOBO, 2015), há uma ilusão acerca da evolução protetiva da legislação penal brasileira em relação às mulheres. Segundo ela, “Esta é a visão primordial que a Lei Maria da Penha transmite a quem não procura conhecer e participar do dia-a-dia forense e não acompanha a jurisprudência dos tribunais”.

Ainda nessa exegese (LOBO, 2015), sopesa que como um dos pontos positivos, “pelo menos as mulheres agora sabem que não são obrigadas a aturar nenhuma forma de violência”. Com efeito pondera (LOBO, 2015), “não é uma lei de aplicabilidade exclusivamente em favor das mulheres. Aliás, tal Lei somente foi considerada como constitucional quando se admitiu aplicá-la a qualquer pessoa em situação de violência doméstica”. Nessa toada, tece uma outra crítica a despeito do tema, senão veja-se:

“Além de observar as mudanças da legislação penal, é também mister criticar que há um número crescente de mulheres envolvidas na criminalidade, senão violenta, gravíssima como no caso do tráfico de drogas, e no entanto não se vê qualquer espécie de discussão acerca de efetiva construção de estabelecimentos penais para mulheres, ou ainda, e principalmente, de políticas de prevenção da criminalidade feminina que vem sendo tratada sem a devida preocupação, admitindo-se uma casualidade à parte. Só que esta suposta eventualidade vem sendo desmentida quando se observa que no ano 2000 havia 3.000 mulheres presas no país, já em 2010 esta cifra chega às quase 30.000 presas. E neste “andar da carruagem do desinteresse”, espera-se que não se chegue daqui a dez anos, nesta mesma progressão, às 300.000 condenadas.” (LOBO, 2015, p.2)

3.3 FEMINICÍDIO COMO QUALIFICADORA

O feminicídio, por se tratar de crime doloso contra vida, tem a competência de julgamento do tribunal do júri, com fulcro no art.5º, XXXVIII, *d*, da CR/88.

Sem embargo, insurge a celeuma a respeito da possibilidade da existência do “Feminicídio Privilegiado”. Tal instituto utópico se dá devido ao conflito do privilégio de diminuição de pena constante do parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal em vigor (BRASIL, 1940), bem como a qualificadora prevista no inciso VI. Veja-se:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.[...]

[...] VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. [...] (BRASIL, 1940)

Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette, em seu artigo “Súmula 511 do STJ: primeiros comentários e uma crítica”, a “forma” ou “meio” que o agente comete o crime diz respeito às qualificadoras objetivas. Já a motivação do crime, ou seja, “o porquê da ação criminosa”, refere-se a qualificadoras subjetivas. *Verbis*:

[...] deve-se destacar que sendo o STJ um tribunal superior sua superabundância verbal na Súmula 511 certamente causará bastante confusão quanto a essa questão da existência de qualificadoras subjetivas no furto. A tendência será que sejam apontados dois casos iniciais do § 4º, inciso II, do artigo 155 do Código Penal como sendo os exemplos de qualificadoras subjetivas às quais faria menção obstativa o STJ. Seriam os furtos qualificados por “abuso de confiança” ou “mediante fraude”. Isso porque se tende a confundir o fato da existência nesses casos de uma atividade intelectual mais acentuada do infrator para a consecução do crime, com a qualidade de subjetivismo. Mas, isso é um equívoco vernacular e conceitual. Porque, na verdade, o furto qualificado por “abuso de confiança” ou “mediante fraude” descreve sempre a “forma” da conduta externa do agente, o “meio” pelo qual chega à consumação, o qual, obviamente, se conforma em sua cogitação (“cogitatio”), mas não é subjetivo e sim objetivo. Se dizemos que alguém cometeu um furto “mediante fraude”, isso nos responde à indagação de “como” essa pessoa cometeu o furto, ou seja, nos fornece um dado objetivo da conduta. Por outro lado, nada nos diz a respeito de “por que” esse indivíduo furtou, ou seja, sua motivação subjetiva para o crime. O mesmo ocorre com o emprego da fraude; trata-se de uma “forma”, um “meio”, a maneira “como” o sujeito atuou, não a razão, o “porquê” de haver ele assim agido. Sempre a questão é objetiva e nunca subjetiva. Não há no furto qualquer qualificadora que diga respeito ao subjetivo do agente. A motivação do furto é irrelevante em termos de qualificadoras.

Não obstante, já se vislumbra uma tendência a apontar as qualificadoras acima mencionadas como se subjetivas fossem, por influência da redação, a nosso ver equivocada vocabular e conceitualmente, do E. Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que se o E. STJ diz que é possível o privilégio com qualificadoras desde que elas não sejam subjetivas, há uma indução a concluir que existem qualificadoras subjetivas no furto. Saindo à cata destas, as únicas que podem satisfazer muito mal e forçadamente essa condição são aquelas que dizem respeito ao “abuso de confiança” e à “fraude”, isso porque de alguma forma estão mais ligadas a uma atividade intelectual do agente do que as demais, as quais são muito descritivas de um agir físico (romper obstáculos, escalar muros, furtar veículos automotores e levá-los para outro Estado ou o

exterior etc.). Entretanto, embora se anteveja essa tendência causada por um erro interpretativo do STJ que se concretizou na redação da parte final da Súmula 511, manifestamos nossa discordância, de modo a entendermos que o furto qualificado – privilegiado é cabível, satisfeitos os requisitos do privilégio, com qualquer das qualificadoras, já que todas são, na verdade, de natureza objetiva. Desde logo, infelizmente, percebemos que essa posição deverá ser ultraminoritária até por força da respeitabilidade que merece e tem a manifestação sumular de um tribunal superior, ainda que eivada de um equívoco vocabular e conceitual. (CABETTE, 2015, s.p.)

A distinção da natureza da qualificadora é mister para o entendimento do termo em questão. Raphaella Cardoso, em seu artigo “A natureza da qualificadora do feminicídio”, traz à guisa elucidação do tema:

[...] segundo Amom Albernaz Pires, a qualificadora do Feminicídio tem natureza objetiva. Embora a disposição remeta à noção de motivação (“em razão da condição de sexo feminino”), as definições incorporadas pela Lei Maria da Penha sinalizam contexto de violência de gênero, ou seja, quadro fático-objetivo não atrelado, aprioristicamente, aos motivos determinantes da execução do ilícito. (PIRES, 2015, s/p).

Para o autor, a nova qualificadora do Feminicídio não constitui o móvel imediato da conduta, isto é, o agente pode ter agido por causa de uma discussão banal com a vítima (motivo fútil) ou por força de sentimento de posse em relação à ofendida, reforçado pelo seu inconformismo com o término do relacionamento afetivo (motivo torpe). (PIRES, 2015). No mesmo sentido, ao comentar a redação do art. 121, § 1º, inciso I do Projeto de Lei nº 236/12 (Novo Código Penal), que traz como qualificadora do homicídio o contexto de violência doméstica ou familiar. Neste mesmo sentido, Busato se posiciona no sentido de se tratar de dado absolutamente objetivo, equivocadamente inserido em disposição que cuida de circunstâncias de natureza subjetiva. (2013, s/p).

A partir dessas premissas, lança-se observação acerca do motivo imediato, que pode qualificar o crime se aderente às hipóteses do art. 121, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal, quadro que não se confunde com a condição de fato, ou seja, com o contexto objetivo, caracterizador do cenário legal de violência de gênero, palco em que se desenvolveram os ataques contra a mulher dramaticamente encerrados com a sua morte. Acolhidos esses argumentos, conclui-se pela possibilidade de Feminicídio privilegiado diante da compatibilidade das qualificadoras objetivas com o benefício previsto no art. 121, § 1º do Código Penal. Neste aspecto, portanto, ainda que o Conselho de Sentença reconheça a incidência de uma das causas minorantes do § 1º do art. 121 do Código Penal, deverá o Magistrado quesitar a qualificadora do inciso VI do §

2º c.c. § 2º-A, inciso I, todos do Código Penal. Quando a qualificadora do Femicídio incidir, restará prejudicada a incidência da agravante genérica do art. 61, II, f, parte final, do Código Penal, sob pena de *bis in idem* vedado pelo art. 61, caput, do CP.

Por fim, vale destacar que, no caso de o homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º) ser reconhecido pelos jurados (4º quesito), restará prejudicada a votação do quesito da qualificadora subjetiva possivelmente imputada na pronúncia (motivo fútil ou torpe), porém a votação seguirá quanto às qualificadoras objetivas (incisos III, IV e VI do § 2º do art. 121 do CP), inclusive quanto à qualificadora do Femicídio, tal qualificadora é perfeitamente compatível com a incidência do privilégio, quando teríamos um homicídio privilegiado-qualificado. Entendimento oposto, ou seja, entender que o acolhimento do privilégio é incompatível com a qualificadora do Femicídio, ao fundamento de que esta teria natureza subjetiva. (PIRES, 2015, s/p).

Em contrapartida, os autores Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2015), defendem que a qualificadora do Femicídio é notadamente subjetiva. Embora seja possível a coincidência das circunstâncias privilegiadoras dispostas no § 1º do art. 121 (todas de ordem subjetiva), com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV), quando é reconhecido o privilégio pelo conselho de sentença no tribunal do júri, fica afastado imediatamente a tese do Femicídio. Segundo os mesmos autores não se pode pensar num Femicídio, que é algo reprovável à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima. Contudo, seguindo a tese dos autores, a natureza da qualificadora do Femicídio trata-se de ordem subjetiva, pois a violência de gênero não é uma forma de execução do crime e sim sua razão ou seu motivo. A qualificadora seria de ordem objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime.

Recentemente, o Ministério Público de Ceilândia no Distrito Federal, ofereceu acusação por homicídio qualificado por Femicídio e motivo torpe (artigo 121, parágrafo 2º, I, do Código Penal). Segundo o entendimento do juiz do Tribunal do Júri apenas a qualificadora de motivo torpe se aplicava ao caso.

Com entendimento divergente, o Ministério Público interpôs recurso contra a decisão de pronúncia ao entender que tanto a qualificadora do Femicídio quanto o motivo torpe se integram perfeitamente, pois a natureza de cada uma é diversa (a torpeza correlaciona-se à motivação de oportunidade da ação homicida, e o Femicídio se dará diante de um estado típico de agressão de homem contra mulher no contexto de violência doméstica e familiar).

Diante desta situação, a 1º Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu por unanimidade ao provimento do recurso do Ministério Público, entendendo que não há conflito entre as qualificadoras do crime de Femicídio e motivo torpe.

Em síntese, ao longo desta pesquisa, posiciona-se que a natureza da qualificadora do Femicídio é de ordem subjetiva. Assim como

sustentado por alguns autores, defende-se aqui que a violência de gênero não é uma forma de execução do crime, mas sim sua razão ou seu motivo e jamais poderia subsistir com a minorante especial do relevante valor moral ou social, ou sequer ser justificada pela ação ter sido decorrente de violenta emoção provocada pela vítima, salvo se comprovadamente injusta, sob pena da perda do objeto de proteção da questão de gênero advinda da Lei 11.340/2006. Consequentemente, quando é reconhecido o privilégio pelo conselho de sentença no Tribunal do Júri, fica afastada imediatamente a tese de Femicídio, embora seja possível a coincidência das circunstâncias privilegiadoras dispostas no § 1º do art. 121 (todas de ordem subjetiva), com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV). [...] (CARDOSO, 2016, s.p.)

Dito isso, quando se tratar de uma circunstância motivadora do delito, logo, não se tratando da forma de execução, o feminicídio é uma qualificadora subjetiva, não podendo cumular com o privilégio previsto no parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Nesse cenário, a figura qualificada do homicídio praticado por motivo torpe, já cumpria o papel que quer exercer a qualificadora do feminicídio. Ou seja, quem mata por ódio à mulher agia por motivo torpe e era condenado por crime hediondo da mesma forma (conforme será demonstrado no tópico a seguir).

Portanto, verifica-se que há razões de condição do sexo feminino, segundo o §2º-A - I do artigo 121 do Código Penal (BRASIL, 1940), quando o crime envolve violência doméstica e familiar. Nessa esfera, nas condutas praticadas nessas circunstâncias, se tratando do “meio” e/ou “forma” pelo qual o crime é praticado, verifica-se tão logo, que deve ser considerada como uma qualificadora objetiva.

Em suma, há um conflito entre a natureza da qualificadora, bem como sobre sua relevância, uma vez que, a antiga aplicação de qualificação por motivo torpe, já bastava para cumprir sua função punitiva.

3.4 FEMINICÍDIO COMO CRIME HEDIONDO

A sanção da nova norma em comento, deriva do projeto de lei 8.305 de 2014 (BRASIL, 2014), de autoria da CPMI da violência contra a Mulher. Tal advento, por sua vez, além de incluir o tipo como qualificadora ao crime de homicídio, incluiu o feminicídio no rol dos crimes

considerados como crimes hediondos, previstos na Lei 8.072 de 1990 (BRASIL, 1990), modificada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 (BRASIL, 2007).

Sem embargo, a inclusão do feminicídio no rol de crimes considerados como hediondos, gera um maior grau de reprovabilidade por parte do Estado. Segundo o Instituto Jurídico Roberto Parentoni (PARENTONI, 201[?]), em seu artigo “Direito – Lei de crimes Hediondos”, o termo hediondo, semanticamente por si, traduz de forma insofismável o seu caráter repressivo. Veja-se:

[...] “portanto, são crimes que o legislador entendeu merecerem maior reprovação por parte do Estado.

Os crimes hediondos, do ponto de vista da criminologia sociológica, são os crimes que estão no topo da pirâmide de desvalorização axiológica criminal, devendo, portanto, ser entendidos como crimes mais graves, mais revoltantes, que causam maior aversão à coletividade.

Crime hediondo diz respeito ao delito cuja lesividade é acentuadamente expressiva, ou seja, crime de extremo potencial ofensivo, ao qual denominamos crime “de gravidade acentuada”.

Do ponto de vista semântico, o termo hediondo significa ato profundamente repugnante, imundo, horrendo, sórdido, ou seja, um ato indiscutivelmente nojento, segundo os padrões da moral vigente.

O crime hediondo é o crime que causa profunda e consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, como o sentimento comum de piedade, de fraternidade, de solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana.” [...].(PARENTONI, 201[?], s.p.) (g.n.)

Em outro prisma, desfavorável aos infratores do delito em questão, passa a ser um crime inafiançável, insuscetível de graça e indulto e, além disso, segundo o artigo 2º, §2 da Lei 8.072 de 1990 (BRASIL, 1990), modificada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 (BRASIL, 2007), alteram se os parâmetros para a progressão de regime:

§ 2o A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (BRASIL, 1990)

4. PRINCÍPIO DA ISONOMIA E NEOCONSTITUCIONALISMO

Versa a Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;” (BRASIL, 1988)

De modo análogo ao tipo em voga, Silvana Lourenço Lobo destaca, especificamente no que tange aos crimes sexuais cujo a mulher figura como sujeito passivo:

“Em 1990, com o advento da Lei dos crimes hediondos (8.072/90), os crimes de estupro e atentado violento ao pudor passaram a ter as penas cominadas igualadas; ambos os tipos penais passaram a ter pena de 06 a 10 anos, considerando-se ainda tais condutas como hediondas. Aqui já se vê que aquela “consideração”, o respeito à mulher, e que transparecia de certa forma pelo tratamento diferenciado entre as duas condutas inicia a ser amainado. Pelos valores da sociedade da década de 30 (o CP é do início da década de 40), a mulher que mantivesse relação sexual fora do casamento, e ainda que não fosse *virgo intacta* antes do casamento, estava fadada ao desprezo até mesmo por seus familiares, não sendo incomum conhecer histórias de moças que foram “postas fora de casa” por seus pais, exatamente porque eram consideradas como “perdidas”... Em 1990 já se afirmou que qualquer ato sexual violento, tanto o praticado contra a mulher como contra homem deveria ser punido de forma igual, afinal, constitucionalmente todos somos iguais perante a Lei. Em 2009, Lei 12.015, houve alteração importante nos conceitos de violência sexual e aí os dois tipos penais historicamente coexistentes em nossa legislação, são fundidos em um único tipo ao qual se manteve a capitulação única de estupro, e inovando-se, foi admitido que tanto faz se o sujeito passivo for homem ou mulher, será sujeito passivo de crime de estupro (penas mantidas de 06 a 10 anos). E da mesma forma então, o legislador atual admite que tanto o homem quanto a mulher possa ser sujeito ativo de crime de estupro. Pela condição moral superior que a mulher ocupava em 1940, seria absurdo ao olhar do legislador, e da própria sociedade, que uma mulher pudesse vir a ser autora de crime sexual, e muito menos de crime sexual violento. [...]

Nas alterações legislativas das últimas décadas o que se mostrou então, foi dar um tratamento igualitário a homens e mulheres quando vítimas de atos sexuais violentos. Portanto, cabe a reflexão, a lei penal evoluiu para dar maior proteção à mulher? Houve uma preocupação da sociedade ou do legislador neste sentido? E por que? Este o motivo de se fazer uma análise, muito necessária para não haver a ilusão de que existe protecionismo ou privilégio para as mulheres seja na elaboração ou na aplicação das leis no país. (LOBO, 2015, p.3) (g.n.)

Também colacionando de forma análoga, no que tange a isonomia da Lei Maria da Penha, esta mesma autora elucida:

“A uma primeira visão se tem a certeza de que esta Lei teve objetivo único de proteger as mulheres, ignorando os demais componentes das relações domésticas, familiares e de afeto. E por isso foi objeto de discussão acerca de sua constitucionalidade exatamente porque estaria totalmente em afronta ao princípio constitucional da igualdade dos sexos.

É, inclusive, notório que em Sete Lagoas/MG houve decisão judicial veemente no sentido de se considerar tal Lei como inconstitucionaliii, com conteúdo extremamente crítico e duro em relação à suposta dicotomia feminino-masculino, tal e qual parte do texto da decisão:

“Em virtude de tudo isso, e por considerar, afinal, e em resumo, discriminatório — e PORTANTO INCONSTITUCIONAIS (na medida em que ferem o princípio da isonomia, colidindo ainda frontalmente com o disposto no § 8º do art. 226 da Constituição Federal) — NEGO VIGÊNCIA DO ART. 1º AO ART. 9º; ART. 10, PARÁGRAFO ÚNICO; ART. 11, INCISO V; ART. 12, INCISO III; ARTS 13 E 14; ARTS. 18 E 19; DO ART. 22 AO ART. 24 e DO ART. 30 AO ART. 40, TODOS DA LEI Nº 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”.

Logo, a própria Lei que foi criada para proteger exclusivamente as mulheres agredidas em suas relações com as pessoas de mais íntima convivência, somente e tão somente foi considerada constitucional quando se admitiu a sua aplicabilidade também aos homens vítimas de violência doméstica. Então, o que dava a impressão de ser uma lei de gênero, buscando dar maior atenção ao gravíssimo problema social de agressão contra a mulher, que é histórica em nosso país, somente veio a ser considerada como uma Lei válida, legítima quando teve abrangência geral.

Mais uma vez cabe a reflexão acerca da legislação e da sociedade brasileira terem a intenção de realmente constituir um sistema de proteção às mulheres. A legislação vigente apenas resplandece uma ilusão de proteção de gênero, mas na realidade não é uma lei para as mulheres.

É muito certo que não se justificaria jamais existir um Juizado específico para tratar de violência contra os homens, e isso por que não é comum que as mulheres agridam seus maridos, familiares ou entes afetivos, e mesmo quando isso ocorre, os homens não procuram os órgãos públicos, a polícia ou o judiciário. Geralmente aguardam para vingarem-se, e a desproporção da força física beneficia sobremaneira o “sexo forte” neste aspecto. Os Juizados de violência doméstica têm como público reclamante e ofendido as mulheres. Mas, nada impede, é certo, que homens também possam se valer tanto dos Juizados como de todas as medidas constantes da Lei Maria da Penha. Observa-se inclusive, que recentemente houve aplicação das medidas protetivas a

um dos entes de uma relação homossexual no estado do Rio Grande do Sul, demonstrando que a Lei Maria da Penha visa sim solucionar os problemas da violência de cunho doméstico, independentemente de se tratar de mulheres ou de homens na posição de vítimas.

“O juiz Osmar de Aguiar Pacheco, de Rio Pardo (144 km de Porto Alegre), afirmou na decisão que, embora a Lei Maria da Penha tenha como objetivo original a proteção das mulheres contra a violência doméstica, pode ser aplicada em casos envolvendo homens. ‘Todo aquele em situação vulnerável, ou seja, enfraquecido, pode ser vitimado. Ao lado do Estado Democrático de Direito, há, e sempre existirá, parcela de indivíduos que busca impor, porque lhe interessa, a lei da barbárie, a lei do mais forte. E isso o Direito não pode permitir!’. O juiz também afirma que, em situações iguais, as garantias legais devem valer para todos, além da Constituição vedar qualquer discriminação, condições que “obrigam que se reconheça a união homoafetiva como fenômeno social, merecedor não só de respeito como de proteção efetiva com os instrumentos contidos na legislação. Além de proibir a aproximação do companheiro que ameaçou a vítima, o juiz reconheceu a competência do Juizado de Violência Doméstica para cuidar do processo.”

Neste sentido, apesar de parecer, a Lei Maria da Penha não existe só no sentido de proteger mulheres vítimas de violência.” (LOBO, 2015, p.7) (g.n.)

Ainda para esta autora, urge outra mazela evidenciada, também referente à isonomia:

“Os homens podem praticar serviços de pedreiro, em fábricas, mecânicos e outras atividades com características mais masculinas. Mas e os presídios femininos? Muitas vezes os trabalhos destinados às mulheres se relacionam a atividades de bordados, colagens e embalagens de presentes, entre outras coisas desta natureza. O trabalho disponibilizado às mulheres, raramente se preocupa com a vida da egressa, com a possibilidade de utilizar o trabalho de dentro do sistema prisional na vida livre, como meio de sustento honesto e justo. Quando se observa o trabalho para as presas das cidades pequenas então, em que os únicos empregos que estarão disponíveis às egressas estão ligados aos serviços domésticos e no comércio local, vê-se que há uma enorme dificuldade da ex-presidiária ingressar no mercado de trabalho devido ao preconceito social. E esta distância, esta falta de preocupação, segrega, marginaliza a ex-presidiária. [...]

Com esta análise e estas críticas, que são todas muito pessoais e fruto de constante questionamento íntimo sem as definitivas respostas, chega-se à conclusão de que a legislação brasileira não se encontra adaptada, e muito menos cumpridora da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1º

de fevereiro de 1984; e nem mesmo cumpre a Convenção de Belém do Pará, que é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ocorrida em 1994 pela OEA, e ratificada pelo Brasil em 1995.

O texto deste tratado ratificado pelo Brasil destaca que:

“a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, para concluir que a adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar toda forma de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, constitui uma contribuição positiva para proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência que possam afetá-las.

Ao mesmo tempo em que este tratado é descumprido pelo Brasil, há uma falsa impressão de que a legislação penal atual é altamente protecionista aos direitos das mulheres vítimas de violência.

A evolução das leis penais vem andando ao encontro do princípio constitucional da igualdade dos sexos, mas não procurando em momento algum diminuir a violência contra a mulher, e nem mesmo punir mais severamente os crimes cometidos contra a mulher. Basta se ver que a Lei Maria da Penha, aplicável também aos homens, não visa a proteção das mulheres em geral, mas apenas àquelas inseridas em contexto doméstico, familiar e afetivo. E não é essa a orientação da Convenção da OEA.” (LOBO, 2015, p.9-11) (g.n.)

Decerto, o tipo em estudo, lança questionamentos acerca do caráter isonômico da regra.

A título de esclarecimento, vemos que nas hipóteses de aumento de pena, tem-se que, caso o crime seja praticado na presença de descendente ou de ascendente da vítima aumenta-se de um terço até a metade da pena. Seria menos gravoso matar um pai na frente do filho ou um filho na frente do pai? Ou uma mulher matar um homem na frente do filho pelas mesmas motivações? E o quanto ao homossexual, é menos gravoso? Em qual gênero e tipo ele se enquadraria? São retóricas que, pelo aspecto da gravidade não se olvida a negativa da resposta face o caráter isonômico da nossa constituição, paradoxalmente ensejado pelas revoluções feministas.

Coaduna o entendimento de Janaína Conceição Paschoal:

“A Lei nº 13.104/2015 ainda acrescentou ao artigo 121 do Código Penal o parágrafo 7º, segundo o qual a pena do feminicídio é aumentada de um terço até a metade se o crime for praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto, bem como se for perpetrado contra pessoa menor de quatorze anos, maior de sessenta ou com deficiência. Estranhamente, a causa de aumento também se verifica se o delito ocorre na presença de descendente ou ascendente da vítima.

Aumentar a pena de crime cometido durante a gestação ou contra menor de quatorze anos e maior de sessenta resta bastante questionável, pois o artigo 61 do Código Penal já prevê agravo na pena em caso de crimes praticados contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida. Ademais, pensando-se nas vítimas menores de quatorze anos, cumpre indagar: que diferença faz o crime recair sobre uma menina ou um menino?

As perplexidades criadas pelas causas de aumento não são menores que a perplexidade causada pela própria tipificação do feminicídio.

Entusiastas da inovação bradam que mais de cinco mil mulheres morrem vítimas de violência doméstica todos os anos no Brasil. Por óbvio, o número é entristecedor.

No entanto, não se pode esquecer que, no mesmo período, o universo de homicídios no país ultrapassa cinquenta mil” [...]

O fato de haver critérios e fontes diferentes não infirma o elevado nível de violência que assola o país; o intérprete só deve ficar atento às peculiaridades para evitar comparações inadequadas e a extração de conclusões precipitadas e até injustas.

A despeito dessas divergências, há um ponto em que todos os levantamentos

convergem: as mortes por violência vitimam muito mais homens do que mulheres.

Com efeito, a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, ao divulgar o perfil dos homicídios, mostra que, em média, 87,5% dessas ocorrências, no Estado, vitimam homens.

Igualmente, às fls. 74 do Mapa da Violência 2015, organizado por Júlio Jacobo Waiselfisz, encontra-se quadro apontando que 94,2 % dos homicídios ocorridos em 2012 atingiram pessoas do sexo masculino.

[...] Ora, nesse contexto, haveria mais respaldo para qualificar o homicídio quando a morte recair sobre pessoa do sexo masculino! Não se desconhecem os males que a violência doméstica acarreta para as vítimas diretas, para as crianças e adolescentes, para as famílias e, por conseguinte, para a sociedade; no entanto, há melhores meios para o enfrentamento desse grave problema.

Com efeito, os abrigos para mulheres que querem deixar uma relação doentia

são deploráveis. O programa de proteção a testemunhas está sucateado. Cuidar desses dois pontos seria muito mais efetivo que tentar compensar a desigualdade social criando desproporção no âmbito penal.

A vida de uma mulher não vale mais que a de um homem! Por óbvio, nos

termos do artigo 59, as circunstâncias judiciais não de ser avaliadas no momento da aplicação da pena. Ganham relevo, portanto, os motivos, as consequências e as circunstâncias do crime.

Faz-se necessário cessar esse processo de crescente particularização do Direito Penal. [...]

Com essa indesejável setorização, está-se, paulatinamente, esquecendo o valor objetivo do bem jurídico vida; para o bem de todos, é preciso

reverter esse quadro. A dor da mãe da mulher, do homem, do policial ou do preso morto é a mesma. Fazer com que as pessoas respeitem igualmente essa dor constitui o grande passo para compreender o que verdadeiramente são os direitos humanos.
(PASCHOAL, 2015) (g.n.)

Nesse espectro, a forma de elaboração da resposta, encontra guarida no Neoconstitucionalismo. Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2007) considera que as especificidades das normas Magnas ensejaram, à doutrina e à jurisprudência, a predisposição de um elenco próprio de princípios, de natureza instrumental, aplicáveis a interpretação constitucional, como “pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais”.

Ainda para este autor, em obra diversa (BARROSO, 2012), no âmbito da hermenêutica jurídica surgiu um “conjunto de ideias identificadas como “nova interpretação constitucional” para suprir as demandas sociais face a complexidade e pluralismo.

Nesse sentido, ainda nessa exegese (BARROSO, 2012), “há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito”.

Sem embargo, considera (BARROSO, 2012) ser a hipótese de “*casos difíceis*”, causados por “*ambiguidade de linguagem, desacordos morais razoáveis e/ou colisão de normas constitucionais ou direitos fundamentais*”.

Os “*casos difíceis*”, são conceituados por Barroso, *verbis*:

“aqueles que, devido a razões diversas, não têm uma solução abstratamente prevista e pronta no ordenamento, que possa ser retirada de uma prateleira de produtos jurídicos, eles exigem a construção artesanal da decisão, mediante uma argumentação mais elaborada, capaz de justificar e legitimar o papel criativo desempenhado pelo juiz na hipótese”(BARROSO, 2012, P.38)

Cogente elucidar, no tocante à incidência de ambiguidade de linguagem, ainda para Barroso (BARROSO, 2012), quando há aplicação principiológica “ou de conceitos jurídicos indeterminados, o Direito utiliza termos e expressões que têm múltiplos significados possíveis e cujo sentido somente poderá ser estabelecido à luz dos elementos do caso concreto”.

Nessa mesma toada, a título elucidativo, quando se evidencia colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais, “a Constituição por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos que, por vezes, entram em tensão entre si, quando não colidem frontalmente”.

5. CONCLUSÃO

Através do presente estudo dirimiui-se pertinentes questões dubitáveis acerca do termo feminicídio e sua criminalização no Brasil. Diversos pontos foram levantados e, de longe passam a ser solução para um problema social e processual.

A princípio, destacou-se a análise da semântica do termo feminicídio, a diferenciação da definição de sexo no sentido biológico e quanto ao gênero, aliadas a consuetudinária dominação do gênero masculino na sociedade.

Partindo do princípio da teoria bíblica da evolução do homem, desde os primórdios seres, a figura da mulher adveio da necessidade do homem em possuir uma auxiliadora idônea, que o acompanhasse e ajudasse, sendo, para esta doutrina, submissa.

Outrora, insofismável que, com o passar dos tempos, o gênero feminino vem dirimindo preconceitos e alicerces culturais, nos quais, suscitam a isonomia prevista na constituição. A revolução feminina, ganha força a cada dia que passa, conquistando a tão sonhada “igualdade de gêneros” e tutela legal do Estado.

Portanto, nesse cenário é incontroverso dizer que a tipificação do termo feminicídio como qualificadora é uma conquista para o gênero. Cediço que, o advento dessa norma foi um retrocesso à isonomia prevista na constituição.

O termo homicídio, por si, já abrange a tipificação da conduta que resulta na morte da vítima mediante uma omissão ou ato do agente. Especificar e separar o termo para uma análise de gênero, tão somente reduz a isonomia das mulheres, uma vez que explicita a submissão da mesma.

Decerto, há algumas contradições no advento do tipo em estudo. A título de esclarecimento, vemos que, nas hipóteses de aumento de pena, tem-se que, caso o crime seja praticado na presença de descendente ou de ascendente da vítima aumenta-se de um terço até a metade da pena. Seria menos gravoso matar um pai na frente do filho ou um filho na frente do pai? Ou uma mulher matar um homem na frente do filho pelas mesmas motivações? E o quanto

ao homossexual, é menos gravoso? Em qual gênero e tipo ele se enquadraria? São retóricas que, pelo aspecto da gravidade, não se olvida a negativa da resposta face o caráter isonômico da nossa constituição, paradoxalmente ensejado pelas revoluções feministas.

O termo feminicídio surgiu na Cidade de Juarez, México, após não ser encontrado o agente causador da morte das três vítimas mulheres cujos corpos foram encontrados, sendo duas delas menores de idade. Logo, com razão, acabou se responsabilizando o Estado, por não proporcionar eficazes políticas subjacentes que visem a prevenção do crime contra a mulher.

Nessa esfera, verificou-se que a forma mais eficaz de combater e revolucionar a segurança da mulher advém da iniciativa do Estado, em relação à implantação de políticas subjacentes eficazes, com o intuito de conscientizar e educar a população acerca da isonomia constitucional, e, na intenção de dirimir a hierarquia culturalmente imposta aos homens.

Outro aspecto abordado, fora a relação do tema com a Lei 11.340/2006, denominada “Lei Maria da Penha”. Desta análise verifica-se uma “conquista” feminista em relação à violência contra mulher, bem como nas uniões homo afetivas, em ambiente doméstico. Auferiu maior eficácia a adoção de medidas protetivas. Portanto, além de generalizar a mulher, lamentavelmente não trouxe efeitos significativos à redução dos homicídios contra mulheres, além de ser uma lei geral, aplicável também aos homens, na condição de sujeito passivo.

Ao se referir ao feminicídio como qualificadora, e a sua inclusão no rol dos crimes hediondos, constata-se que, antes da criminalização do feminicídio já considerava a adoção do tipo como crime hediondo, por se tratar de homicídio qualificado por motivo torpe.

Desta feita, irrefutável a torpeza da conduta discriminativa. Portanto, insurgem dilemas a despeito da necessidade da criação da qualificadora específica quanto à discriminação, uma vez que, a simples uniformização da torpeza do ato discriminatório sofrido pela mulher, por intermédio de súmula vinculante dos tribunais superiores, já bastariam para sanar tal vício sem comprometer o princípio isonômico previsto na constituição.

Quanto à natureza da qualificadora adotada, concluiu-se por duas vertentes, uma que, por se tratar de uma circunstância motivadora do delito, logo, não se tratando da forma de execução, o feminicídio seria uma qualificadora subjetiva, não podendo cumular com o privilégio previsto no parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal. Outrossim, nos casos constantes em âmbito domiciliar, caracteriza-se uma qualificadora objetiva, por se tratar do “meio” e/ou “forma” pelo qual a conduta é realizada.

Quanto ao caráter repressivo da hediondez do delito, inovou a tipificação do feminicídio no rol de crimes hediondos, nos casos em que o juízo não considerava a torpeza do ilícito penal, figurando apenas como homicídio simples.

Por fim, apesar do intuito de assegurar a integridade da mulher e igualdade dos gêneros, verifica-se pelos motivos supramencionados, que, em alguns cenários, não se trata de um avanço aos direitos das mulheres, e sim um retrocesso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 65, n. 4, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei ordinária 8.072 de 25 de julho de 1990. *Diário Oficial da União* de 26 de julho de 1990.

BRASIL. Lei ordinária nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. *Diário Oficial da União* de 08 de agosto de 2006.

BRASIL. Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. *Diário Oficial da União* de 29 de março de 2007, (edição extra).

BRASIL. Lei ordinária 13.104/2015 de 09 de março de 2015. *Diário Oficial da União* de 10 de Março de 2015.

BRASIL. Senado Federal - CPMI Violência Contra a Mulher no Brasil. *Projeto de Lei 8305/2014*. 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. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860> Acesso em: 26 jun. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Súmula 511 do STJ: primeiros comentários e uma crítica*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29614/sumula-511-do-stj-primeiros-comentarios-e-uma-critica> Acesso em 25 de out. de 2016.

CARDOSO, Raphaella e MEDEIROS, Rafaela Vieira. *A natureza da qualificadora do feminicídio*. Disponível em: <http://canalcienciascriminais.com.br/a-natureza-da-qualificadora-do-femicidio/> Acesso em 13 de set. de 2016.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*, 2010, Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_lei_maria_da_penha_na_justi%EA.pdf Acesso em 13 de set. de 2016.

FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. Violência de gênero e direito penal: análise da racionalidade da tipificação do feminicídio no Brasil. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 241-272, jan./jun. 2016.

MELLO, Adriana. O feminicídio e a lei no 13.104/2015. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 221-227, jul./dez. 2015.

PARENTONI, Instituto Jurídico Roberto, *Direito - lei de crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/29-lei-de-crimes-hediondos> Acesso em 05/10/2016.

PASCHOAL, Janaina Conceição. Feminicídio: um crime contra a equidade. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 217-219, jul./dez. 2015.

Encaminhado em 12/02/19

Aprovado em 04/11/19