

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

*Thaís De Jesus Almeida Beldel**

RESUMO: O presente artigo retrata o produto da pesquisa intitulada: “A (in) constitucionalidade do feminicídio como circunstância qualificadora do tipo penal de homicídio”, que se propõe a examinar a adequação material da Lei 13.104/2015, em relação à Constituição Federal, sob o prisma da Teoria do bem jurídico penal. No primeiro tópico, apresenta-se um breve esboço acerca dos principais movimentos de política criminal da atualidade, em seguida, dimensiona-se o problema da Violência contra a mulher, de modo que, o ponto angular deste estudo, a Investigação da adequação material da Lei que tipifica o feminicídio, será abordado no quarto item, bem como, em seguida, se indicará os principais argumentos favoráveis à tipificação desta nova norma penal incriminadora, o sexto tópico versa em torno das hipóteses mais razoáveis de solução para o problema abordado. Por derradeiro, conclui-se que, foi possível comprovar insanável vício de constitucionalidade presente na lei em análise, louvada por diversos segmentos da sociedade, que por sua vez, nasce apresentando deformidades que, certamente, perturbarão o cenário jurídico brasileiro, dentre elas pode-se destacar diversas inconsistências materiais com normas consagradoras de direitos fundamentais, tais como os princípios da lesividade, taxatividade e isonomia. O que, decerto, resultará mais uma vez de uma manifestação simbólica do

* Bolsista de Iniciação Científica pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Graduada do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Técnica em Química pelo Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia da Bahia (IFBA). E-mail: thaisbeldel14@gmail.com.

direito penal, através da qual o Estado procura veicular novas leis, sem que com isso produza medidas efetivas para conter o cometimento de infrações.

Palavras-chave: Femicídio; Inconstitucionalidade; Legislação Simbólica.

ABSTRACT: This article portrays the product of the research entitled "The (un) constitutionality of femicide as a qualifying circumstance of the criminal offense of murder," which aims to examine the substantive adequacy of Law 13,104 / 2015 in relation to the Federal Constitution, under the prism of the theory of criminal law as well. On the first topic, we present a brief foreshortening on the main criminal policy movements today, then scales up the problem of violence against women, so that the angular point of this study, the research material adequacy of law that criminalizes femicide, will be addressed in the fourth item, and then it will indicate the main arguments in favor of classification of the new incriminating criminal standard, the sixth topic versa around the most reasonable assumptions solution to the problem addressed. For last, it was concluded that it was possible to prove irremediable this constitutional defect in the law in question certainly praised by various segments of society, born presenting deformities that disturb the Brazilian legal scenario, among them we can highlight several material inconsistencies with protective standards of fundamental rights, such as the principles of harmfulness, taxatividade and equality. Which, of course, result again in a symbolic manifestation of criminal law by which the state seeks to serve new laws, without thereby produce effective measures to prevent the commission of offenses.

Keywords: Femicide; Unconstitutionality; Symbolic Legislation.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breve análise dos principais movimentos de política criminal da atualidade; 3 Violência contra a mulher: relações de gênero e desigualdade; 4 Investigação da adequação material da Lei 13.104/2015; 5 Análise dos argumentos favoráveis à tipificação do feminicídio; 6 Hipóteses de solução para o problema; 7 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em nove de março de dois mil e quinze, foi sancionada a Lei 13.104/2015, que alterou o Código Penal para prever o “feminicídio” como circunstância qualificadora do tipo penal de homicídio ao inserir no artigo 121, parágrafo 2º, novo inciso, que dispõe que o feminicídio ocorre contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. De modo a considerar que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Ademais, conforme dispõe o § 7º do referido artigo, a pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência, ou na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Com a finalidade de contribuir para sublimação dos valores jurídicos constitucionais-penais resguardados na Magna Carta e na legislação infraconstitucional investiga-se acerca da (in)constitucionalidade da Lei (13.104/2015) de que trata o

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

“feminicídio” como circunstância qualificadora do tipo penal de homicídio.

Destarte que a análise da possível inconstitucionalidade da referida Lei também deriva da necessidade de aprofundamento crítico e reflexivo da sociedade que ainda carece de exames que se proponham em analisar com afinco a eficácia dessa nova norma penal incriminadora e a sua adequação ao ordenamento pátrio.

No que concerne à violência contra a mulher no Brasil, é possível inferir que, os dados estatísticos são significativamente alarmantes. A marca da violência atinge proporções incabíveis. Falar sobre violência contra a mulher é falar sobre um dos fenômenos mais denunciados e alvo de grande repercussão midiática. De modo que, toda a coletividade vê-se como vítima de um estado de intranquilidade e insegurança, exigindo-se, portanto, a elaboração de políticas públicas adequadas, tendo em vista de que se trata de uma questão de saúde pública que necessita de tratamento adequado.

Sob esse aspecto, a vontade legiferante com o propósito de tutelar com maior “eficácia” e assim responder à sociedade diante do aumento exponencial dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher alterou o Código Penal para prever o “feminicídio” como circunstância qualificadora do crime de homicídio por meio de uma Lei que já nasce apresentando incongruências que, certamente, perturbarão o ordenamento jurídico brasileiro, dentre elas pode-se destacar diversas inconsistências materiais com normas consagradoras de direitos fundamentais, tais como os princípios da lesividade, taxatividade, proporcionalidade e isonomia.

Neste sentido, faz-se imperioso reconhecer a magnitude social deste trabalho acadêmico que assume o compromisso de analisar a

adequação material da mencionada Lei com relação à Constituição Federal sob o prisma da teoria do bem jurídico penal, nos moldes sugeridos pelo funcionalismo teleológico racional apresentado por Claus Roxin, e se propõe apresentar como hipótese de solução do entrave um tratamento jurídico diferenciado que permita resguardar o bem jurídico independentemente da qualidade da vítima ou do autor.

Dessa forma, questiona-se, portanto, se o direito penal expansivo considerado por muitos, como medicamento aplicável a praticamente todos os males da sociedade - capaz de solucionar seus maiores feitos por meio do recrudescimento das penas - não atua sob efeito simbólico do antídoto acabando por envenenar suas vítimas.

2 BREVE ANÁLISE DOS PRINCIPAIS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL DA ATUALIDADE

É possível inferir que os atuais discursos penais perpassam sobre os seguintes movimentos ideológicos: o Abolicionismo, o Movimento de Lei e Ordem, e o Direito Penal Mínimo, dos dois últimos, destacam-se maiores contribuições para fundamentação do escopo deste trabalho.

No que tange ao movimento Abolicionista, pode-se afirmar que este parte da premissa de deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para solucionar conflitos, de modo a postular o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos (GRECO, 2010).

Em que pese seja louvável o discurso defendido por este movimento, é preciso, pois, considerar que para determinados fatos graves, infelizmente, não existe outro remédio a não ser o Direito Penal.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

Além disso, ainda prevalece a crença dentro da sociedade de que a prisão é a melhor resposta para prática delituosa. De modo que, é possível dizer que o movimento abolicionista não conseguiu propor um método seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal.

O Movimento de Lei e Ordem possui como corolário a grande influência midiática. Jornalistas, apresentadores de programas e diversos profissionais não habilitados consistem nos principais disseminadores desse movimento, que se dedica a crítica excessiva das leis penais e por intermédio do sensacionalismo como estratégia de convencimento, fazendo com que a sociedade acredite que mediante o recrudescimento das penas, e, mormente, pela criação de novos tipos penais incriminadores exista a solução para o afastamento dos indivíduos que cometem dos mais variados delitos. Como assevera a lição de Leonardo Sica, “o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana” (SICA, 2002).

À luz do exposto, o Congresso Nacional tendo conhecimento do vertiginoso crescimento da violência contra a mulher em todo o país julgou pertinente a instalação de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para considerar atual situação de violência contra a mulher no Brasil. No seu relatório final a CPMI apresentou 13 projetos de lei, dentre eles, o projeto que visava alterar o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do tipo penal de homicídio.

Proveniente da CPMI de Violência contra a Mulher no Brasil e do Projeto de Lei do Senado n. 292, de 2013, publica-se a Lei 13.104, de 09 de março de 2015, que cria mais uma forma qualificada de homicídio no Código Penal Brasileiro, além de novas causas especiais

de aumento de pena, bem como altera a redação da Lei 8072/80 (Lei dos Crimes Hediondos).

Deveras, segundo relato da presidente Dilma Rousseff, no dia anterior ao da publicação da Lei, no seu pronunciamento em razão do Dia Internacional da Mulher, disponível no site do Planalto¹, a tipificação penal do feminicídio faz parte da política de tolerância zero do governo, “Este odioso crime terá penas bem mais duras. Esta medida faz parte da política de tolerância zero em relação à violência contra a mulher brasileira”.

Esta política de tolerância zero é tida como uma das vertentes do mencionado Movimento de Lei e Ordem, que por sua vez, vislumbra um discurso do direito penal máximo, capaz de solucionar todos os males sociais. Aplicado como *prima ratio* e não como *ultima* no que concerne a intervenção do Estado, cumprindo um papel eminentemente simbólico, de tranquilizar a opinião pública, sem que assim se produza medidas realmente efetivas para conter o quadro crescente de infrações.

É possível admitir que se um dado bem jurídico é atingido, basta-se, portanto, a vontade do legislador em transformar a conduta em infração penal, o que por sua vez, contribui para o avanço de um cenário alarmante de inflação legislativa. Sob esse aspecto, vale dizer que o homicídio de uma mulher nas circunstâncias em que se intitula feminicídio, sempre foi, desde 1940 com a edição do Código Penal

¹ PRONUNCIAMENTO À NAÇÃO DA PRESIDENTA DA REPÚBLICA, DILMA ROUSSEFF, POR OCASIÃO DO DIA INTERNACIONAL DA MULHER. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW2.PLANALTO.GOV.BR/ACOMPANHE-O-PLANALTO/DISCURSOR/DISCURSOR-DA-PRESIDENTA/PRONUNCIAMENTO-A-NACAO-DA-PRESIDENTA-DA-REPUBLICA-DILMA-ROUSSEFF-POR-OCASIAO-DO-DIA-INTERNACIONAL-DA-MULHER](http://www2.planalto.gov.br/acompagne-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/pronunciamento-a-nacao-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-por-ocasio-do-dia-internacional-da-mulher)>. ACESSO EM 31/05/2017.

Brasileiro, uma espécie de homicídio qualificado. Nessa situação a qualificadora do “motivo torpe” estaria obviamente configurada e a pena é exatamente a mesma, ou seja, reclusão, de 12 a 30 anos. (conforme artigo 121, § 2º, I, do Código Penal).

Partindo-se dessa premissa, questiona-se a finalidade da tipificação do feminicídio, e qual a inovação desta Lei do ponto de vista político-criminal. Perguntas essas que respondem per si, contudo, para muitos segmentos da sociedade - satisfeitos com o cenário de “destaque” que ganha a tutela dada pela norma incriminadora de caráter fantasioso, que será capaz de, finalmente, fazer com que as mulheres ganhem um manto protetor e que não mais sejam vítimas de homicídio – as respostas só virão com o tempo. Ou não.

Defendendo uma perspectiva, mais “equilibrada”, por assim dizer, situa-se o Direito Penal Mínimo, que, por sua vez, sinaliza como a finalidade do Direito Penal a proteção aos bens necessários ao convívio em sociedade, é dizer, a tutela dos bens mais importantes e que não poderão ser protegidos pelos demais ramos do ordenamento.

Dentre os princípios que orientam esse movimento, pode-se destacar a dignidade da pessoa humana, o princípio da intervenção penal mínima, este último, considerado como coração do Direito Penal Mínimo, por onde interagem princípios, quais sejam, o princípio da legalidade, proporcionalidade, lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade, adequação social, dentre outros.

Revela-se curioso, portanto, notar que, no momento vigente, Direito Penal máximo e mínimo convivem como duas formas de controle que se situam em posições extremas, por mais paradoxal que pareça, de modo a contribuir para que o pêndulo do direito oscile, é dizer, ora, são produzidas legislações penais destituídas de quaisquer,

ou pouquíssimos, critérios racionais, enquanto verdadeiras reações simbólicas. De tal sorte que se destinam à mera satisfação das reivindicações sociais momentâneas, ora, são editadas legislações criminais de caráter instrumental, tão somente destinadas a proporcionar eventual aumento da carga “eficacial” de outras legislações extrapenais.

3 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: RELAÇÕES DE GÊNERO E DESIGUALDADE.

A passagem do feminino ao longo da história perpassa o entendimento de que o desequilíbrio entre homem e mulher não é fenômeno exclusivamente social, é dizer, possui origem biológica. A matriz orgânica dessa diferença gera desigualdades naturais, que repercutem para além das relações de gênero, de modo a alcançar, etnias, nações e até mesmo, classes sociais. (HERMANN, 2007).

Como consequência direta desses desequilíbrios surge o conflito, tendo em vista que não é comum da natureza humana submeter-se eternamente, contudo, em razão da consciência de sua própria existência, o ser humano, possui arbítrio para escolher entre amenizar as desigualdades ou realçá-las. Nesse ínterim, pode-se afirmar que, no bojo das relações entre homens e mulheres, delimitadas pela dominação masculina há milhares de anos, a resistência feminina se deu por diversas formas e esferas.

Sob esse prisma, salienta-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi possível constatar mudanças expressivas no tratamento conferido à violência de gênero, a partir do reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

Entretanto, ainda que essas relações tenham sofrido alguns avanços, os resquícios da ideologia patriarcal, da histórica desigualdade, da discriminatória posição de subordinação da mulher, naturalmente, se refletem nas relações individualizadas. Lamentavelmente, ainda é alto o número de agressões de homens contra mulheres no âmbito doméstico, a caracterizar a chamada ‘violência de gênero’, isto é, a violência motivada não apenas por questões estritamente pessoais, mas de modo a expressar a hierarquização estruturada em posições de dominação do homem e subordinação da mulher, por isso se constituindo em manifestações de discriminação. (KARAM, 2013).

Anos mais tarde, nasceu a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), que se propôs a criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra mulheres, a fim de garantir seus específicos direitos fundamentais, assegurados em diplomas internacionais e na própria Constituição Federal brasileira, por meio da intervenção do sistema penal como suposto instrumento de proteção das mulheres contra a discriminação e a opressão resultantes de relações de dominação inerente à desigualdade vigente entre os gêneros.

Não obstante a ausência de qualquer impacto da Lei 11.340/2006 na prevenção de mortes de mulheres resultantes de agressões, tendo em vista que, com uma taxa de 4,8 assassinatos em 100 mil mulheres, o Brasil está entre os países com maior índice de homicídios femininos, de modo a ocupar a quinta posição em um ranking de 83 nações, segundo dados do Mapa da Violência 2015 (Cebela/Flacso), grande parte de ativistas e movimentos feministas insistem na mesma suposta ‘solução penal’, agora sob o manto da Lei 13.104/2015, que acresce às circunstâncias qualificadoras do homicídio o dito “feminicídio”, objeto angular de análise neste trabalho.

4 INVESTIGAÇÃO DA ADEQUAÇÃO MATERIAL DA LEI 13.104/2015

Após o enfrentamento das premissas teóricas relacionadas aos tópicos anteriores, é chegado o momento de se analisar a construção do texto normativo que se extrai toda a reflexão deste trabalho, é dizer, a interpretação da referida Lei (13.104/2015).

Inicialmente faz-se mister a distinção entre os conceitos de “feminicídio” e “Femicídio”. Este último trata-se de homicídio perpetrado contra a mulher. E feminicídio, portanto, consiste em homicídio perpetrado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. É dizer, não é todo homicídio de mulher que configura um feminicídio, mas apenas aqueles os quais se revele as denominadas “razões de sexo feminino”.

Em virtude do exposto, é possível identificar que o tipo penal em questão, manifesta-se como excessivamente aberto. Sabe-se que a tutela penal de um dado bem jurídico reflete-se pela criação de tipos penais os quais todos devem abster-se sob pena de sofrer uma sanção criminal.

Segundo Assis Toledo (2002),

“tipo penal é um modelo abstrato de comportamento proibido. É, em outras palavras, descrição esquemática de uma classe de condutas que possuem características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem intoleráveis pela ordem jurídica”.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

Na lição de Cláudio Brandão (2010), “o tipo penal assinala o campo das condutas proibidas, sendo importante que a descrição abstrata da conduta típica seja elaborada de forma precisa e detalhada para não afastar a legitimidade da sanção cominada”⁸. Sob esse prisma, pode-se inferir que legalidade e tipos penais carregados de elementos abertos ou normativos não coadunam entre si. No tocante à legalidade, compreende-se que não se sustenta mais um conceito de cunho eminentemente formal, faz-se necessário, portanto, analisar a compatibilidade material com o texto constitucional.

Nesse sentido, ainda que o legislador tenha adotado as cautelas necessárias no sentido de observar todo o procedimento legislativo, deverá, por conseguinte, aferir se o conteúdo, a matéria objeto da proteção penal não contradiz os princípios expressos ou implícitos previstos na Magna Carta.

Conforme a concepção material do princípio da legalidade destaca-se a vertente “*Nullum crimen nulla poena sine lege certa*”, é dizer, a lei penal deve ser certa, clara, precisa, a mais simples possível, facultando a sua mais precisa e exata compreensão. Nessa linha,

[...] Exige-se que a lei penal seja certa, isto é, que os tipos penais sejam elaborados legislativamente de forma clara e determinada, a fim de que as condutas incriminadas sejam passíveis de identificação, sem que se precise recorrer a extremados exercícios de interpretação ou integração da norma. Quer-se a clareza denotativa dos tipos penais, o que torna a norma legal prontamente inteligível a seus destinatários em termos cognitivos: todos os cidadãos. Se a norma penal incriminadora tem como um de seus objetivos intimidar para a não-realização da

conduta proibida, é preciso que seja clara a todos, a fim de que saibam e conheçam sem quaisquer dúvidas o conteúdo da norma legal. (AMARAL, 2003).

Assim sendo, vale dizer que a criação dos tipos penais deve ser a mais taxativa possível, para tanto, os tipos penais que possuem conceitos vagos e indeterminados agridem a legalidade sob o aspecto material, de modo que de nada adianta haver legalidade formal se os tipos penais puderem compor elementos abertos ou normativos, que pode servir até mesmo como justificativa para eventuais abusos.

Ademais, transforma-se a mulher em uma elementar objetiva, isto é, identificável pela simples constatação dos sentidos, de modo que, interpretada taxativamente, não serão enquadrados pela nova figura os delitos praticados contra travestis, transgêneros, transexuais, e muito menos, os homicídios praticados no contexto de uma relação homoafetiva ou perpetrado por um mulher tendo como vítima um homem. O que viola incidentalmente os princípios da isonomia, da legalidade e lesividade.

Contudo, nosso legislador tentou explicar no curso do parágrafo 2º da Lei, o que não fica claro através da expressão “por razões da condição de sexo feminino”², o que por sua vez, configura-se um tipo penal pretensamente explicativo.

Por meio da interpretação do dispositivo acima se compreende que apenas existirá “femicídio” quando preenchidas uma das duas

² “§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II- menosprezo ou discriminação à condição de mulher”

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

condições: hipótese de violência doméstica e familiar e; que a violência deve decorrer de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Percebe-se, então, que o legislador, ao invés de solucionar, confunde. Precipuamente porque ao afirmar que “há razões de condição de sexo feminino” quando o crime envolver “discriminação à condição de mulher” resta ainda pouco visível a intenção do legislador em acrescentar uma distinção entre esses termos, evidenciando, portanto, um caráter eminentemente tautológico, meramente simbólico.

Além disso, no que concerne a segunda condição, isto é, considerar que há “razões de condição de sexo feminino” quando a prática delituosa circunda situação de “menosprezo à condição de mulher”, pode-se perceber mais uma distinção paradoxal ilustrada pela Lei em questão.

O termo “menosprezo” figura-se como elemento normativo do tipo. De acordo com César Bitencourt, “os elementos objetivos ou descritivos são os identificáveis pela simples constatação sensorial, isto é, podem facilmente ser compreendidos somente com a percepção dos sentidos”, a exemplo de alguém, pessoa, coisa etc. Já os normativos são os que exigiriam uma apreciação valorativa (v.g., alheia, funcionário público). E os subjetivos diriam respeito ao conteúdo da vontade do agente. O sentido da interpretação do termo “menosprezo”, tido como elemento normativo do tipo, ficará totalmente a cargo do magistrado, nessa linha de raciocínio faz-se relevante o destaque para o que assevera,

[...] O princípio da legalidade, analisado sob o enfoque da *lex certa*, proíbe que a lei penal sirva de instrumento para abusos, procurando afastar as possíveis redações imprecisas que trariam à

população o sentimento de completa insegurança, vez que jamais teria a certeza de que suas ações estariam ou não abrangidas por determinado tipo penal, merecendo ser ressaltado, ainda, o fato de que os chamados elementos normativos do tipo somente devem ser utilizados nos casos em que não haja outra alternativa, haja vista que, por requererem um juízo de valoração por parte do intérprete, a duplicidade de interpretações sobre o mesmo fato também fomentaria a sensação de instabilidade do direito. (GRECO, 2010).

Além da referida qualificadora o legislador trouxe outra novatio legis in pejus no que diz respeito à possibilidade de aplicação de uma causa de aumento de pena que se refere apenas ao novo crime³.

No que concerne ao inciso I, quando a vítima é morta “durante a gestação”. Pode-se ressaltar que já havia a previsão de uma agravante genérica para todo e qualquer crime cometido contra “mulher grávida” (vide artigo 61, II, h, CP). Porém, isso não torna a alteração legal inútil ou redundante, pelo menos sob esse ponto de vista. Com seu advento a agravante é afastada pelo Princípio da Especialidade (inteligência do artigo 61, caput, CP) e a nova norma vigorante traz maior rigor punitivo, eis que o aumento gravita entre 1/3 e metade, enquanto que é sabido que as agravantes genéricas não têm “quantum” de incremento legalmente previsto, mas normalmente não costumam ultrapassar, na prática forense, o patamar de 1/6.

³ “§ 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.”

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

Contudo, é possível identificar um novo entrave oriundo deste aumento de pena, que consistiria em decidir se a aplicação do aumento impediria o concurso (formal ou material) com o crime de aborto provocado sem o consentimento da gestante (vide artigo 125, CP).

Em vista do exposto, percebe-se que na prática que o legislador inseriu no feminicídio majorado o desvalor do abortamento, de modo que não será possível a aplicação da majorante e do tipo penal de aborto, sob a pena de haver dupla valoração negativa de um mesmo comportamento.

Ainda no tocante ao inciso I, quando a vítima é morta “nos três meses posteriores ao parto” viola-se claramente o princípio da proporcionalidade ao veicular um aumento de pena injustificada em relação às pessoas do sexo feminino que se encontrem nos três meses após o parto. No entendimento do legislador, o período de três meses, consiste em momento em que a parturiente ou puérpera se encontra em uma fase de readaptação física, hormonal, biológica, fisiológica, psicológica etc., de modo que se apresenta mais fragilizada sob variados aspectos. Isso justificaria o maior rigor, unido ao fato de que a criança recém-nascida ficaria sem os cuidados mais intensos da genitora justamente em sua fase mais tenra.

Entretanto, é possível questionar ao legislador se a razoabilidade fora atendida no que concerne a definição temporal de três, seis meses, um ano, dois anos, posteriores ao parto. Sob esse prisma é valioso reconhecer que segundo Alberto Silva Franco: “Não pode o legislador penal determinar, de modo desproporcionado e desequilibrado, a medida da pena”.

Assim sendo, no dizer de Juarez Tavares prevalece o entendimento de que:

[...] O arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam, adotando critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa deve ser limitado em face dos princípios da proporcionalidade e da necessidade da pena. (TAVARES, 1992).

No tocante ao inciso II, ou seja, contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência. As duas primeiras causas de exasperação já tinham previsão geral no parágrafo 4º do artigo 121, do Código Penal nos casos de homicídio doloso. Porém, há aqui, mais uma problemática para compor a massa inolvidável dos problemas decorrentes da citada lei no dispositivo mencionado que já majora a pena de homicídios dolosos em geral, de modo que, aplicável tanto a homens como a mulheres em situações que não envolvam violência de gênero, o aumento é fixo de apenas 1/3.

A mudança é que para o feminicídio esse aumento passa a ser variável entre 1/3 e metade. É dizer, o legislador parece conceber que o simples fato da presença da violência de gênero é suficiente para emprestar tratamento divergente para esses hipossuficientes etários assim considerados por lei. Nesse sentido, viola-se absurdamente o princípio constitucional da isonomia, tendo em vista que se a intenção legiferante era incrementar o aumento de pena, mais justo seria aplicá-lo de forma generalizada. E a violação não acaba.

Ainda no inciso II, em se tratando de caso em que a mulher vitimizada for pessoa com “deficiência”, sendo considerada, portanto, Pessoa Portadora de Deficiência (PPD) aquela que apresente, em caráter permanente, perdas ou reduções de sua estrutura, ou função

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

anatômica, fisiológica, psicológica ou mental, que gerem incapacidade para certas atividades, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Do mesmo modo, este caso não era anteriormente previsto de forma genérica como aumento de pena no parágrafo 4º do artigo 121 do Código Penal, nem como agravante genérica no artigo 61 do Código Penal. O que permite afirmar que se trata de mais uma inovação da Lei 13.104/15 e que, por sua vez, cabe apontar novamente um infeliz quadro de violação da isonomia.

Por fim, com base no inciso III, quando a vítima for morta “na presença de descendente ou de ascendente” desta. Observa-se o caráter altamente seletivo e transgressor da igualdade, de modo que, dito de outras palavras, um homicídio praticado contra a mulher, em contexto de violência doméstica e em condições de menosprezo ou discriminação à condição de mulher, na presença do cônjuge ou companheiro, não é capaz de majorar o crime. Ora, como pode se estabelecer diferença considerável entre matar um pai na frente dos filhos ou uma mãe na frente dos filhos, inclusive não há diferença se a morte dessa mãe é referente a um caso de violência de gênero ou se faz parte de uma execução sumária do crime organizado, por exemplo.

Assim sendo, em razão das espécies normativas que venham a confrontar a lei maior, pode-se inferir que a constitucionalidade está relacionada a critérios materiais e formais. No tocante à lei que se analisa a pesquisa, percebe-se que a mesma viola os critérios materiais. É dizer, aqueles os quais estão associados ao próprio mérito do ato, referindo-se a conflitos de regras e princípios estabelecidos na Constituição. Nessa linha de raciocínio salienta Gilmar Mendes que “a inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto

do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo”.

Em síntese, faz-se preciso atentar para o fato de que com chave de Cobre o legislador encerra uma distinção odiosa, injusta e inconstitucional por violação da isonomia e até mesmo do Princípio de Humanidade, dessa forma, resta-se evidente que a prevalência desta Lei em nosso ordenamento já apresenta evidentes sinais de enferrujamento.

5 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO

Em que pese o posicionamento defendido neste estudo, é importante salientar que não se pretende ignorar a possibilidade de proteção à vida de todos os seres humanos, sem distinções. Ao passo que não se ignora, nem sequer esconde a real necessidade de se proteger as vítimas de violência doméstica, que, conforme exposto, na maioria das vezes, são mulheres. Duvida-se, por outro lado, que caiba ao expansionismo penal cumprir essa função. Sob esse prisma, faz-se imperioso reconhecer a magnitude dos principais argumentos dos seus defensores, que embora eloquentes, em nosso sentir, constituem-se ainda exíguos à tipificação.

Os argumentos favoráveis, no mais das vezes afirmam que “os tipos penais neutros não são suficientes, pois o fenômeno da violência contra a mulher permanece oculto onde subsistem pautas culturais patriarcais, machistas ou religiosas muito enraizadas e que favorecem a impunidade, deixando as vítimas em situação de desproteção”.

A respeito da afirmação destacada acima, é válido destacar que, conforme demonstrado no tópico anterior deste trabalho, o tipo penal

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

que prevê o feminicídio manifesta-se como excessivamente aberto, o que por sua vez, demonstra que em busca da emergente necessidade de visibilidade para o fenômeno da violência contra a mulher, fere-se – como, absurdamente, alguns ousam a afirmar - apenas, o princípio constitucional da legalidade.

Nessa senda, logo se tratará do geronticídio para a morte de idosos; do infanticídio para a morte de crianças; do adolescenticídio para a morte de adolescentes; do homossexualicídio para a morte de homossexuais, do negricídio para a morte de negros, do branquicídio para a morte de brancos, do pobrecídio para a morte de pobres, do plutocídio para a morte de ricos, do mediocídio para a morte de pessoas da classe média, do silvicolocídio para a morte de índios e assim por diante.

Os simpatizantes, da nova norma penal incriminadora, a exemplo de Alice Bianchini e Fernanda Marinela expõem que a tipificação do feminicídio possui uma utilidade criminológica, é dizer, por meio dela será mais fácil o processo de contagem de dados, de modo a aflorar a realidade e a permitir uma melhor prevenção, compreendem, portanto, que novas figuras penais podem contribuir para que o Estado responda mais adequadamente ante esses crimes, tendo em vista, que assim comprometem-se autoridades públicas na prevenção e sanção dos homicídios perpetrados contra mulheres. Ou seja, defendem que o poder simbólico do direito penal tem efetividade para conscientizar a sociedade sobre a gravidade singular dessas práticas, fundamentando-se em sua totalidade sob o fato de que existem, tanto no Direito Internacional, como no Direito Constitucional de diversos países, elementos suficientes para justificar a adoção de normas penais gênero-específicas em matéria de violência contra as mulheres. (BIANCHINI, 2015).

De modo contrário ao exposto acima, acredita-se, preliminarmente, que não cabe ao direito penal a função pedagógica de ensinar o respeito à mulher, muito menos de atuar com finalidade preventiva. Faz-se importante salientar que o sistema penal só atua negativamente, de forma que intervém somente após o fato acontecido, para impor a pena como consequência da conduta criminalizada, isto é, quando o Judiciário é chamado a atuar o bem jurídico já foi lesado, sendo assim, as medidas preventivas não se valem neste momento. Para, além disso, na interpretação do próprio termo “medidas preventivas” compreende-se a natureza anterior ao fato que se pretende tutelar.

Ademais, é escabroso compreender argumentos que defendem uma utilidade estatística para a tipificação. Tendo em vista que, não parece legítimo aferir a constitucionalidade de uma norma sob o prisma do número de delitos cometidos, para afirmar que a lei se faz necessária em razão de, no mais das vezes, a violência doméstica ser praticada por um homem contra uma mulher. Destarte, o número de delitos não pode justificar a maior pena, de maneira que, esta deve restar proporcional ao bem-jurídico penal tutelado.

Em resumo, observa-se que a necessidade de conceder maior visibilidade ao feminicídio é o ponto central presente nos argumentos destacados. Não obstante, pode-se compreender que é plenamente possível a produção de resultados diversos do esperado, de modo que, o reforço da imagem estereotipada da mulher na condição de vítima pode contribuir, em consequência, para redução no imaginário social do tão o aludido empoderamento das mulheres.

Foi possível constatar que os referidos defensores do novo tipo penal em questão, argumentam que as leis penais têm uma natureza simbólica e uma função comunicadora de que determinadas condutas não são socialmente aceitáveis ou que são publicamente condenáveis.

Entretanto, leis ou quaisquer outras manifestações simbólicas – como explicita o próprio adjetivo ‘simbólico’ – não têm efeitos reais. É dizer, as leis simbólicas não tocam nas origens, nas estruturas e nos mecanismos produtores de qualquer problema social, simplesmente atuam como meros símbolos. Nesta linha,

[...] assim, o direito penal simbólico não teria função instrumental, ou seja, não existiria para ser efetivo —, mas teria função meramente política, através da criação de imagens ou de símbolos que atuariam na psicologia do povo, produzindo determinados efeitos úteis. O crescente uso simbólico do direito penal teria por objetivo produzir uma dupla legitimação: a) legitimação do poder político, facilmente conversível em votos — o que explica, por exemplo, o açodado apoio de partidos populares a legislações repressivas no Brasil; b) legitimação do direito penal, cada vez mais um programa desigual e seletivo de controle social das periferias urbanas e da força de trabalho marginalizada do mercado, com as vantagens da redução ou, mesmo, da exclusão de garantias constitucionais como a liberdade, a igualdade, a presunção de inocência etc., cuja supressão ameaça converter o Estado democrático de direito em Estado policial. (SANTOS, 2002).

À vista dos fatos mencionados, encontra-se o feminicídio, como mais um triste exemplo de um Direito Penal meramente simbólico, demagógico, inconstitucional e inócuo.

6 HIPÓTESES DE SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA

Conforme disposto no decorrer deste ensaio, cuida-se neste item de apresentar parâmetros que possibilitem uma adequada interpretação e aplicação desta nova norma penal incriminadora nas causas criminais que estão sendo debatidas e, notadamente em eventual ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

É válido destacar que a Constituição Brasileira de 1988 possui natureza rígida e se extrai desse fato a garantia da Supremacia da mesma, de modo que se exige a criação de leis e atos normativos compatíveis com seu texto constitucional. Nesse sentido,

[...] é pressuposto lógico de todo discurso garantista supor que o legislador, apesar da margem de liberdade (com que conta) no exercício de sua atribuição de selecionar os bens jurídicos, margem essa que deriva da sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica legitimidade democrática [...], está vinculado à Constituição e aos princípios políticos- criminais que emanam dela. (GOMES, 2009).

Preliminarmente, faz-se indispensável à compreensão de que descriminalizar ou criminalizar determinada conduta está longe de significar sua aprovação social. Sob esse fundamento, dentre as hipóteses que se propõem a viabilizar a aplicação mais adequada desta lei, compreende-se como mais razoável a alternativa de tornar qualificado o homicídio perpetrado por motivo de identidade de gênero, tendo em vista que assim se poderá resguardar o bem jurídico independentemente da qualidade da vítima ou autor. De modo a respeitar o preceito constitucional da isonomia e de, contudo, promover a efetividade dos tão aludidos programas de proteção à mulher em

vigor, que se fundamentam na dupla obrigação em eliminar toda e qualquer forma de discriminação e de assegurar a plena igualdade de tratamento entre as pessoas.

Não obstante, salienta-se que houve alteração da expressão “em razão de condições de gênero” na redação original do projeto, para “em razão de condições do sexo feminino”, que se deu em virtude da pressão das ditas camadas conservadoras do Congresso Nacional, de modo que, os autores do projeto, com o propósito de viabilizar a sua aprovação e consequente sanção pelo Poder Executivo, descartaram a possibilidade de abarcar demais sujeitos também constantemente alvos da violência de gênero, como os indivíduos transexuais e as travestis. Dessa forma não pode o intérprete, valer-se de analogia para punir o agente, conforme examinado anteriormente.

Ademais, acredita-se também que há muitos outros modos mais efetivos e não danosos de enfrentar situações objetos de preocupação social, que em sua maioria, são entregues à primeira *ratio* ao Direito Penal inflacionado de cada dia. Contudo, parece mais fácil para o Estado, pseudotutelar grupos em nome do recrudescimento das penas, do que efetivamente instaurar intervenções políticas e sociais eficazes.

Sob essa égide, sinaliza-se que é preciso buscar instrumentos menos nocivos do que o pretensamente simbólico apelo à intervenção do sistema penal. Nessa perspectiva, questiona-se aos grupos ativistas e movimentos feministas que querem sacrificar autores de agressões contra mulheres no suplício do sistema penal para comunicar a mensagem de que a violência de gênero é algo negativo e reprovável, por que então outros grupos não poderiam se valer do mesmo raciocínio, evidenciando suas pretensas “comunicações” à sociedade?

Ora. Parece mais do que oportuno compreender que a defesa dos direitos humanos fundamentais jamais se concretizará em sua essência por meio dos paradoxais desejos punitivos do homem. Consoante o entendimento de Maria Lucia Karam (2013),

“O enfrentamento da violência de gênero e a redução desta e de quaisquer outras formas de violência; a superação da desigualdade entre os gêneros e de relações hierarquizadas e discriminatórias, assim como a superação de outras desigualdades e de quaisquer formas de discriminação, jamais poderá ocorrer através da simbólica e dolorosa intervenção do sistema penal”.

Em síntese, sobrevive-se em uma política criminal de tensão. Entre minimalistas e maximalistas, compreende-se que o equilíbrio é a melhor solução, sob à luz do entendimento de que reduzir, portanto, a intervenção penal consiste em uma exigência de racionalidade. Uma exigência da concretização da própria essência humana, é dizer, daquilo que difere o ser humano dos animais, o ser, racional.

7 CONCLUSÃO

Conforme o disposto no transcorrer do presente trabalho, conclui-se que:

- (a) Dentre os principais movimentos ideológicos de política criminal da atualidade destacam-se o Abolicionismo, o Movimento de Lei e Ordem e, por fim, o Direito Penal Mínimo;

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

- (b) A tipificação penal do feminicídio faz parte da política de tolerância zero do governo, que é tida como uma das vertentes do Movimento de Lei e Ordem;
- (c) Direito Penal Máximo, reflexo do Movimento de Lei e Ordem e Direito Penal Mínimo convivem como duas formas de controle que se situam em posições diametralmente opostas;
- (d) A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 o tratamento conferido à violência de gênero ganhou maior destaque, precipuamente, em virtude do reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres;
- (e) No ano de 2006 foi sancionada a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) com a missão de garantir os direitos fundamentais das mulheres, assegurados em diplomas internacionais e na própria Constituição Federal brasileira, de modo a promover mecanismos capazes de conter os crescentes números de violência;
- (f) Em razão do Brasil se encontrar entre os países com maior índice de homicídios femininos, segundo dados provenientes do Mapa da Violência de 2015, muitos defendem a tipificação do feminicídio como uma forma eficaz e louvável de minimizar esse cenário;
- (g) Os termos ‘feminicídio’ e ‘femicídio’ não são sinônimos. Se por um lado, o feminicídio está relacionado à prática de homicídio perpetrado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Por outro, vale dizer que, o femicídio se consuma no

homicídio cometido contra a mulher;

- (h) Segundo a Lei 13.104/2015, o “feminicídio” somente ocorrerá quando houver hipótese de violência doméstica e familiar e que tal violência decorra de menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
- (i) A nova lei sofre de algumas muitas inconstitucionalidades, quais sejam: violação da lesividade, ao apresentar-se com conteúdo meramente simbólico e demagógico; violação da isonomia ao estabelecer a existência de um homicídio qualificado em razão de condição de sexo feminino; além disso, ataca completamente a proporcionalidade, em fixar lapsos temporais sem alguma razoabilidade à proteção legal; viola integralmente a taxatividade, ao referir-se às situações de condição de sexo feminino como situações em que há menosprezo ou discriminação à condição de mulher; poderá violar também, o princípio do *ne bis in idem*, ao valorar como homicídio qualificado aquele praticado contra pessoa do sexo feminino, e ao majorar feminicídio perpetrado contra mulher em estado de gravidez, e à guisa de encerramento, poderá violar a o princípio da presunção de inocência, de modo que, na prática, haverá uma espécie de inversão do ônus da prova, pois restará ao acusado demonstrar que não agiu com menosprezo à condição de mulher.
- (j) Como demonstrado ao longo deste estudo, a nova norma penal incriminadora pouco de novo expõe ao

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

direito penal, atuando simbolicamente, contribuindo fortemente para o aumento da sensação de impunidade e de ineficiência do sistema penal;

- (k) O direito penal simbólico, por óbvio, não produz nenhum efeito real. Em verdade, trata-se de apenas um paliativo, que de tempos em tempos será administrado, tendo em vista que, se afigura mais fácil pseudotutelar grupos alterando tipos penais, do que efetivamente instaurar modificações estruturais políticas e sociais;
- (l) Foi possível perceber que o rompimento com tendências estritamente criminalizadoras quer as sustentadas nos discursos do Movimento de Lei e Ordem, quer as apresentadas sob uma ótica supostamente progressista, é indispensável para a efetiva superação de todas as relações de desigualdade, de dominação e de exclusão.
- (m) De sorte que, para uma aplicação mais adequada desta lei, mais razoável seria o emprego da alternativa proposta neste trabalho, qual seja tornar qualificado o homicídio perpetrado por motivo de identidade de gênero, compreende-se que somente dessa forma, se poderá resguardar o bem jurídico independentemente da qualidade da vítima ou do autor.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica – Do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 8. n. 29. jan-mar.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, v.1.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

El HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Volume I. 16. ed. Niterói: Impetus, 2014.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio.** 5. Ed. Impetus, 2010.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: lei com nome de mulher.** Campinas: Servanda, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas.** Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/13/osparadoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>> . Acesso em março de 2015.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal: Realidades e Ilusões do Discurso Pena. In: **Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade**. ano 7, n. 12, 2º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos. Lisboa: Vega, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 3, n. 12, 2003.

SCALA, Jorge. **Ideologia de Gênero**. São Paulo: Katechsis/Artpress, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIRANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**.