

A (DES) NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO

Sarah Lopes da Cunha

Sumário: 1. Violência de gênero; 1.1 Cultura Patriarcal; 1.2 Breve evolução sobre liberdade sexual da mulher; 2. Tipificação do Femicídio no Código Penal; 2.1 Espécies de Femicídio e sua diferença do Femicídio; 2.2 Crime qualificado e hediondo; 2.3 Competência para julgamento; 2.4 Elementares do Femicídio; 2.5 Sujeito Passivo do Femicídio; 3. Necessidade de Criminalização do Femicídio; 3.1 Tipificação do Femicídio na América Latina; 3.2 Caráter Simbólico do Direito Penal; 3.3 Direitos Humanos.

RESUMO

O presente trabalho trata de uma análise da necessidade de tipificação do feminicídio por meio da Lei nº. 13.104/2015, que alterou o código penal, para incluir no rol do art. 121, §2, que dispõe sobre o crime de homicídio a qualificadora do feminicídio, e essa mesma lei cuidou ainda de incluir essa conduta na lei de crimes hediondos, Lei nº. 8.072/1991. Para isso, analisa-se primeiramente o que se entende por violência de gênero, com uma pequena digressão quanto ao conceito da palavra gênero, e logo em seguida o que se entende por violência, em seguida é feito uma análise da cultura patriarcal e um breve histórico de algumas legislações relacionadas à liberdade sexual da mulher. Após isso é importante analisar como foi a inclusão do feminicídio no Código Penal Brasileiro, para daí entender a necessidade de sua tipificação com base em duas hipóteses, quais sejam: o direito penal simbólico, que não pode ser confirmada, pois os requisitos necessários do direito penal simbólico não foram encontrados nesse caso específico, e como segunda hipótese o Direitos Humanos, o qual foi fundamento basilar da exposição de motivos quando ainda a lei era apenas um projeto em tramite na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – Violência Contra a Mulher no Brasil; assim foi confirmada esse hipótese devido a quantidade de acordos e tratados os quais o Brasil é signatário e deve cumprir com suas obrigações perante os organismos internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Penal. Tipificação. Femicídio. Análise. Simbolismo Penal. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This paper deals with is an analysis of the need for classification of femicide by Law no. 13,104 / 2015, which amended the penal code to include in the list of art. 121, § 2, which has the double homicide crime of femicide qualifying, and that law still took care to include such conduct in the law of heinous crimes, Law no. 8,072 / 1991. For this, first consider whether it is meant by gender-based violence, with a small digression on the concept of the word gender, and then immediately what is meant by violence, then is made an analysis of patriarchal culture and a brief history of some legislation relating to the sexual freedom of women. After it is important to analyze how was the inclusion of femicide in the Brazilian Penal Code, to then understand the need for its classification based on two assumptions, namely: the symbolic criminal law, which can not be confirmed because the necessary law requirements

symbolic criminal were not found in this particular case, and as a second chance to Human rights, which was basic foundation of the explanatory memorandum when even the law was only one project in course in the Joint Parliamentary Committee of inquiry - Violence Against Women in Brazil; so it was confirmed this hypothesis because the number of agreements and treaties which Brazil is a signatory and must comply with its obligations to international organizations.

KEYWORDS: Criminal. Typifying. Femicide. Analysis. Criminal symbolism. Human rights.

INTRODUÇÃO

O tema “A (des) necessidade de tipificação do feminicídio” pretende fazer uma análise da inserção da Lei do Feminicídio, lei n 13.104/2015, a qual foi introduzida no sistema brasileiro alterando o código penal, mais especificamente, o artigo 121, §2, incluindo como homicídio qualificado o “feminicídio”.

Acerca do tema descrito, propõe-se como problema: em que medida foi necessária a tipificação do feminicídio?

Desse modo, como primeira hipótese, será analisada a possibilidade do simbolismo penal, pois, entende-se por simbolismo penal a conduta legislativa de criar uma lei após clamor social, com a finalidade de dar uma resposta a sociedade, tranquilizando aqueles que imploravam por uma atitude Estatal em determinado fato, que não necessariamente fosse uma lei, mas que, no entanto, foi a resposta dada pelo Estado.

Como segunda hipótese, analisar-se-á a tipificação pelo ângulo do Direitos Humanos, por meio dos tratados, convenções, protocolos, entre outros, dos quais o Brasil faz parte, vez que a exposição de motivos da Lei do Feminicídio traz em seu textos diversas citações a respeito de tratados assinados perante organismos internacionais que visam a proteção do Direitos Humanos.

Para tanto, se faz necessário entender o que é violência de gênero, uma vez que é dito que a Lei do feminicidio é uma lei contra a violência de gênero, assim, serão abordado esses conceitos no primeiro tópico.

No tópico seguinte será tratado especificamente sobre a tipificação do feminicídio como foi introduzido no código penal Brasileiro, qual o conceito exato da terminologia, um breve estudo do tipo penal como qualificadora, suas elementares, competência de julgamento, sujeito passivo do delito, entre outros.

E assim entendido esses tópicos adentraremos no real objeto deste trabalho, “necessidade de tipificação do feminicídio”. Assim, cuidar-se-á o trabalho de pesquisa dogmática, com a utilização da doutrina, jurisprudência e legislação, haja vista o tema, mesmo sendo recente, ser discutido por meio dessas fontes além também da breve análise dos documentos internacionais os quais o Brasil tenha assinado que sejam relacionados à proteção da mulher.

1 VIOLÊNCIA DE GÊNERO

O debate sobre violência de gênero se estende a todos os países, seja ele desenvolvido ou subdesenvolvido; nota-se, então, que este é um problema “transnacional e transcultural”. (GOMES, 2008, p. 119).

Dessa forma, compreender o conceito de violência de gênero é a premissa necessária para verificar o alcance territorial, cultural, filosófico, sociológico, criminalístico de sua abordagem crescente no seio legislativo e jurídico dos Estados.

Primeiramente, sobre gênero, Soraia Mendes descreve gênero como:

O sistema sexo-gênero (conceito geralmente expresso como gênero) surgiu no pensamento ocidental do final do século XX em um momento de grande confusão epistêmica entre humanistas, pós-estruturalistas, pós-modernistas etc. E a sua utilização não implicou uma mera revisão das teorias existentes, mas uma revolução epistemológica.

Historicamente foram Kate Millet, autora da obra *Sexual Politics* (1970), e Gail Rubin, com o artigo *The Traffic in Women: Notes on the “Political Economy” of Sex* (1975) as primeiras teóricas a oferecer um conteúdo ao conceito de gênero. Millet referia-se ao mesmo enquanto categoria analítica, e Rubin como um sistema de organização social. (MENDES, 2014 p 86).

Guacira Lopes Louro descreve em seu livro “gênero, sexualidade e educação” que, quando iniciado os movimentos feministas, as mulheres da época não buscavam igualdade apenas sexual, mas também social, sendo as primeiras vezes que a terminologia gênero foi utilizada.

E através das feministas anglo-saxãs que *gender* passa a ser usado como distinto de *sex*. (...) Ao dirigir o foco para o caráter ‘fundamentalmente social’, não há, contudo, a pretensão de negar que o gênero se constitui com ou sobre corpos sexados, ou seja, não é negada a biologia, mas enfatizada, deliberadamente, a construção social e histórica produzida sobre as características biológicas. Como diz Robert Connell (1995, p. 189), ‘no gênero, a prática social se dirige aos corpos’. (LOURO, 2003, p 21 e 22).

Assim, Guacira Lopes considera que gênero não é apenas a diferenciação entre sexo masculino e feminino, e sim uma análise histórico-social, quando observadas as influências sócio-culturais. No entanto, não se descarta por completo a formação biológica do indivíduo.

Esse entendimento não é isolado de alguns sociólogos, mas é praticamente um consenso entre muitos, como Safiotti, Scott, Lopes e outros. A socióloga Joan Scott observa que a terminologia gênero auxilia no entendimento e na distinção entre sexo e sexualidade, ao defini-lo da seguinte maneira:

O termo ‘gênero’ (...) rejeita explicitamente explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em vez disso, o termo ‘gênero’ torna-se uma forma de indicar ‘construções culturais’ – a criação inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. Trata-se de uma forma de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de homens e de mulheres. ‘Gênero’ é, segundo esta definição, uma categoria social imposta sobre um corpo assexuado. Com a proliferação dos estudos sobre sexo e sexualidade, ‘gênero’ tornou-se uma palavra particularmente útil, pois oferece um meio de distinguir a prática sexual dos papéis sexuais atribuídos às mulheres e aos homens. (...) O uso de ‘gênero’ enfatiza todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas não é diretamente determinado pelo sexo, nem determina diretamente a sexualidade. (SCOTT, 1995, p. 75-76).

Ela acreditava que não havia apenas o sexo feminino e o masculino, determinado pelo sexo do indivíduo ou sexualidade, mas havia também o sexo neutro, pois, esse entendimento se dá pelas construções culturais de cada ser individualmente.

Como é sabido, sexo é a dicotomia binária macho/fêmea, que é determinada na formação da genitália do feto. Contudo, como já visto acima, a palavra gênero não faz separação, exclusivamente, pela formação genital, mas sim pela semelhança em que os indivíduos encontram entre si.

Nesse sentido, Heleith Saffiotti demonstra que gênero é uma terminologia aberta, e cita ainda que “violência de gênero”, por vezes, é aplicada como violência doméstica e/ou familiar.

A expressão violência doméstica costuma ser empregada como sinônimo de violência familiar e, não tão raramente, também de violência de gênero. Esta, teoricamente, engloba tanto a violência de homens contra mulheres quanto a de mulheres contra homens, uma vez que o conceito de gênero é aberto...(SAFFIOTTI, 2004, p 44).

Assim, a palavra gênero abarca mais que sexo feminino ou masculino, a autora cita que violência de gênero pode ser a violência de homens contra mulheres e de mulheres contra homens, não apenas cissexuados. Conforme explica Scott, o uso do termo 'gênero' abrange muito mais que a simples relação entre sexos, gênero é, então, a definição de um grupo que possui características semelhantes.

A violência de gênero então, se caracteriza pela prática de atos violentos em função do gênero ao qual pertencem as pessoas envolvidas. O conceito de violência também é muito amplo, pois cada pessoa possui sua própria definição. Dessa forma, é necessário reduzir seu conceito no entendimento de Safiotti:

Assim, o entendimento popular da violência apoia-se num conceito, durante muito tempo, e ainda hoje, aceito como o verdadeiro e o único. Trata-se da violência como ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral. Observa-se que apenas a psíquica e a moral situam-se fora do palpável. Ainda assim, caso a violência psíquica enlouqueça a vítima, como pode ocorrer – e ocorre com certa frequência, como resultado da prática da tortura por razões de ordem política ou de cárcere privado, isolando-se a vítima de qualquer comunicação via rádio ou televisão e de qualquer contato humano –, ela torna-se palpável." (SAFIOTTI, 2004, p. 17 e 18).

Logo, pode-se entender que a violência é o ato que atente não apenas contra a integridade física, sendo que a maior dificuldade está em perceber uma violência psíquica e moral, pois essas apresentam sequelas quase que imperceptíveis.

Especificamente sobre violência contra o gênero feminino, Schraiber ressalta que atos dirigidos contra mulher que correspondem à agressão física ou à mera ameaça podem ser considerados atos de violência.

São atos dirigidos contra a mulher que correspondem a agressões físicas ou sua ameaça, a maus-tratos psicológicos e a abusos ou assédios sexuais. Quando referida como violência doméstica, são atos cometidos por um membro da família ou pessoa que habite, ou tenha habitado o mesmo domicílio. Nesse caso, as mulheres podem estar envolvidas na situação tanto como agredidas como quanto agressoras. (SCHRAIBER, Lilia B, 2005, p. 37).

Dessa forma, observa-se que quando esses atos de agressão física, psíquica, sexual e moral são praticados contra mulher, por conta de sua identidade, devem e são considerados como violência de gênero, por não haver aceitação do gênero feminino da vítima.

1.1 CULTURA PATRIARCAL

O domínio do homem sobre a natureza é desde a antiguidade, mesmo com a presença da mulher já em épocas remotas, essa não possuía significância alguma, considerada apenas como uma coisa, sendo serva e até mesmo sendo esposa, fazia parte do patrimônio do homem por possuir status de coisa.

O processo de “dominação-exploração das mulheres pelos homens” é o conceito de patriarcado segundo explica Safiotti (2004), no qual homem/varão se vê em uma posição de superioridade, podendo impor seus desejos à mulher.

Para Soraia da Rosa, o conceito de patriarcado não é tão distinto:

Pode-se entender por patriarcado a manifestação e institucionalização do domínio masculino sobre as mulheres e crianças da família, e o domínio que se estende à sociedade em geral. O que implica que os homens tenham poder nas instituições importantes da sociedade, e que privam as mulheres do acesso às mesmas. Assim como também, se pode entender que o patriarcado significa uma tomada de poder histórica pelos homens sobre as mulheres, cujo agente ocasional foi a ordem biológica, elevada tanto à categoria política, quanto econômica (MENDES, 2014, p 88).

Observa-se, assim, que o patriarcalismo não significava apenas opressão às mulheres; mas sim, a toda família.

Para corroborar essas idéias, usa-se a teoria criacionista. Como bem se sabe segundo essa teoria, Deus cria o homem a sua imagem e semelhança, conforme relatado no livro de gênesis, em seu capítulo 2, e ao criar a mulher, ao fazê-la da costela do homem, sendo metaforicamente parte dele, pertencente a ele, tornando o papel da mulher relegado novamente a um segundo plano.

Portanto, verifica-se que a origem da discriminação contra a mulher, não é tão recente, ao passo em que, para os que acreditam na teoria do criacionismo, poderia se afirmar que essa discriminação vem desde o início da humanidade, sendo considerado o patriarcado tradicional, o qual Mendes (2014) entende não ser aplicável atualmente, devido à mudança da família e as relações entre os sexos.

Nesse sentido, Koller e Navaz (2006) descrevem:

O patriarcado moderno vigente alterou sua configuração, mas manteve as premissas do pensamento patriarcal tradicional. O pensamento patriarcal tradicional envolve as proposições que tornam o poder do pai de família como origem e modelo de todas as relações de poder e autoridade, tal como viveu na Idade Média e da modernidade até o século XVII. O discurso

ideológico e político que anuncia o declínio do patriarcado, ao final do século XVII, baseia-se na ideia de que não há mais direitos de um pai sobre as mulheres na sociedade civil. No entanto, uma vez mantido o direito natural conjugal dos homens sobre as mulheres, como se cada homem tivesse o direito natural de poder sobre a esposa, há um *patriarcado moderno*. (KOLLER e NAVAZ, 2006,).

Ou seja, embora tenha havido uma mudança cultural a partir do século XVII sobre a paternidade do homem que lhe conferia autoridade suprema sobre as mulheres da sociedade civil, essa hierarquia só mudou de endereço, pode-se assim dizer, uma vez que deixou de ser do pai e passou para o esposo, gerando o fenômeno do patriarcado moderno.

1.2 BREVE EVOLUÇÃO SOBRE A LIBERDADE SEXUAL DA MULHER

O histórico cultural brasileiro traz consigo uma existência patriarcalista, observa-se claramente isto, ao analisar a liberdade sexual da mulher. Ramos (2012, p. 60) em uma análise ao antigo crime de adultério explicita que é notória a diferenciação entre o adultério cometido por mulher; e, por homem, vez que quando a mulher fosse achada em adultério, esta, poderia ser morta por seu marido, segundo previsto no Código Filipino¹.

Em seguida a autora faz uma análise referente ao primeiro código penal pós-independência de 1830, nele não se previa mais a possibilidade de o marido matar sua mulher pelo cometimento do adultério, no entanto, ela poderia ser presa, pela simples presunção do fato, já para o homem não havia pena alguma.

Ainda quanto à liberdade sexual, Pegorer (2013, p. 71) comenta sobre o crime de estupro, ou se pode dizer: a ausência do crime, ao ser cometido pelo marido para com sua mulher conhecido como “débito conjugal” previsto no código civil de 1916², essa previsão tirava da mulher sua liberdade de escolha, pois nesse caso entendia-se que o estupro era o exercício regular de direito.

¹ Essa ordenação encontrava-se no livro V, Título XXXVIII, com título “Do que matou sua mulher pô-la achar e adultério: [a]chando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero fidalgo, ou o nosso dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso, mas será degradado para a Africa, com pregão na audiencia, pelo tempo que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de trez annos. 1. E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adultero, que achar com ella em adultério, mas ainda os pode lícitamente os matar, sendo certo que lhe cometerão adultério; e entendendo assi a provar, e provando depois o adultério per prova lícita e bastante conforme a Direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito he. <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1188.htm>

² Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges: II. Vida em comum, no domicílio conjugal (art. 233, nº IV, e 234). É possível encontrar esse mesmo dispositivo no código civil de 2002 no art. 1566, II, mas a doutrina e a jurisprudência não os interpreta mais como antes.

Atualmente sabe-se que essas normas, não possuem mais vigência, após diversos movimentos feministas a mulher ganhou sua liberdade sexual, como um direito, conforme descreve Bittencourt:

A liberdade é um direito assegurado a toda mulher, independentemente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação que se possa imaginar. No crime de estupro [bem assim nos outros delitos previstos como crimes contra os costumes] não se perquire sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta. Assim qualquer mulher pode ser vítima de estupro: honesta, prostituta, virgem, idosa, menor etc. (BITENCOURT, 2009, p. 02).

Por esse breve histórico, o que se observa é que a mulher não possuía direitos individuais. Assim, ao passar dos anos e devido aos movimentos feministas, ocorreram alterações na legislação e mulher passou a ser titular de mais direitos.

Atualmente, pode-se citar a Lei Maria da Penha, n. 11.340/2006, resultado do caso específico da Sra. Maria da Penha que após ter seu caso levado à seara internacional, o que culminou numa condenação do Estado Brasileiro para que tomasse medidas para a prevenção e proteção da mulher contra a violência. (PEGORER, 2013).

E ainda mais recente, cita-se a Lei do Femicídio, n. 13.104/2015, que será objeto de análise nos tópicos seguintes.

2 TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO NO CÓDIGO PENAL

O debate sobre a tipificação da conduta de feminicídio ocorreu com maior veemência na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – Violência Contra a Mulher no Brasil – que resultou no Projeto de Lei n. 292/201, que abarcava conceito significativo da terminologia em sua exposição de motivos: “o assassinato de mulheres pela condição de serem mulheres é chamado de feminicídio” (BRASIL, 2013).

Com a aprovação do referido projeto, entrou em vigor a Lei nº 13.104/2015, a qual estabeleceu uma nova qualificadora ao artigo 121 do código penal, sendo acrescido o inciso VI em seu parágrafo 2º, ficou redigido da seguinte forma:

Art. 121. Matar alguém:
Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado

§ 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:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Importante ressaltar que essa alteração alcançará apenas aqueles que cometerem crime após a lei começar a vigorar, eis que a sanção para esse tipo penal passa a ser mais gravosa, o que impede sua aplicação aos delitos de feminicídio praticados anteriormente a 10 de março de 2015, data de publicação da Lei do Feminicídio, pelo óbice encontrado na vedação da *reformatio in pejus*. (PRADO, 2014, p 161).

2.1 ESPÉCIES DE FEMINICÍDIO E SUA DIFERENÇA DO FEMICÍDIO

A palavra “feminicídio” foi utilizada, pela primeira vez, no livro intitulado *A Satirical view of London*, de John Corry, referindo-se ao assassinato de uma mulher. Após isso, em 1976, em Bruxelas, a palavra foi reutilizada por Diana Russel, durante seu depoimento, perante o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, e, tempos depois, em obras de sua autoria.

Contudo, é importante que se faça uma conceituação quanto à terminologia “feminicídio”, pois, até os dias de hoje, essa terminologia apresenta conceitos distintos. Lourdes Bandeira entende o feminicídio ser:

Feminicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. São crimes que ocorrem geralmente na intimidade dos relacionamentos e com frequência, caracterizam-se por formas extremas de violência e barbárie. (BANDEIRA, 2013).

Dessa forma, observa-se que o feminicídio é a morte de uma mulher pela razão de ser mulher. Visto que a palavra em si pode trazer interpretações distintas e similares, como é o caso do termo “Femicídio” que seria apenas a morte de mulher, mas não pelas condições de seu gênero, consoante distingue PATH - *Program For Appropriate Technology In Health*:

Há uma discussão teórica sobre a relevância do uso do termo, uma vez que para alguns autores, femicídio, em sua raiz etimológica traz alusão ao ato de matar uma mulher (equivalente a assassinato), enquanto que o termo feminicídio incluiria a motivação baseada no sexo e a misoginia; agregando a inação estatal frente aos crimes (PATH, 2010, p. 30). (livre tradução).

Pode-se afirmar então que o termo feminicídio é relacionado ao gênero da vítima; já o femicídio, à morte de mulher, independentemente de qual seja o motivo do assassinato. Nesse seguimento, Pasinato aponta três espécies de Feminicídio, quais sejam:

a) O feminicídio íntimo: aquele em que a vítima, possuía uma relação de parentesco com o agressor, pai, mãe, tio, primo... ou de parceria, esposo, noivo, namorado...

b) O feminicídio não íntimo: são aqueles em que o agressor não possuía uma relação íntima ou familiar com a vítima, mas que possuía uma possível relação de confiança como por exemplo colegas de trabalho, faculdade, ciclo social

c) O feminicídio por conexão: São os casos em que a vítima está na “linha de fogo” do agressor, que não queria matar esta, mas outra, e por ela entrar no conflito acaba sendo morta. (PASINATO, 2011)

Existe ainda as espécies de: Feminicídio intra lar, no âmbito de violência doméstica; Feminicídio homoafetivo, quando uma mulher mata a outra; Femicídio simbólico heterogêneo, quando um homem assassina outra mulher por menosprezo à condição de mulher; Feminicídio simbólico homogêneo, quando uma mulher mata a outra por condições de menosprezo à condição de mulher; Feminicídio aberrante por *aberracio ictus* quando por erro ou acidente o agressor ao invés de atingir a mulher que pretendia, atinge mulher diversa; entre outras espécies (BARROS, 2015, p. 02).

2.2 CRIME QUALIFICADO E HEDIONDO

A qualificadora de um crime, segundo leciona Regis Prado, “são circunstâncias legais presentes na Parte Especial do Código Penal” que modificam as margens de aplicação da pena, permitindo ao magistrado que fixe pena fora dos limites previstos no tipo penal fundamental (PRADO, 2014, p 440).

Por isso, necessariamente, a qualificadora “femicídio”, comina a sua pena mínima em doze anos; e, máxima em trinta anos, como margem para a aplicação da pena base, distinguindo-se, assim, da pena do tipo fundamental do artigo 121, de no mínimo seis, no máximo doze anos.

Por essa agravante ser uma qualificadora do crime de homicídio, torna-se, também, um crime hediondo, Bitencourt (2014, p 83) ressalta que todo homicídio qualificado será hediondo. Dessa forma, a nova qualificadora introduzida, também foi incluída no rol de crimes hediondos, artigo 1º, I da Lei nº 8.072/1990:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015).

Portanto, nota-se que, para o legislador, os crimes hediondos são aqueles que merecem maior reprovação por parte do Estado, fazendo com que as penas desses crimes sejam mais altas e também que não seja cabível o instituto da fiança, anistia, graça e indulto, conforme art. 2º da Lei nº 8.072/1990.

2.3 COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

Os crimes dolosos contra a vida, de regra, são processados e julgados pelo Tribunal do Júri, conforme art. 5º, inc. XXXVIII, d, da CF/88, contudo ao ofecer a denúncia, o Ministério Público por não precisar de autorização ou manifestação de vontade do ofendido para dar início à persecução criminal (BITENCOURT, 2014, p 128), deverá observar qual a forma determinada na Lei de organização judiciária para processar e julgar crimes dolosos contra à vida.

Segundo o recente entendimento da 2º turma do STF, no HC 102150/SC, rel. Min. Teori Zavascki, 27.5.2014, a Lei de Organização Judiciária poderá prevê que quanto aos crimes dolosos contra à vida, praticados no âmbito da violência doméstica, a 1º fase do procedimento do Júri poderá ser realizada na Vara de Violência Doméstica, não existindo usurpação de competência constitucional do Júri, no entanto o Julgamento em si deverá ser realizado no Tribunal do Júri.

2.4 ELEMENTARES DO FEMINICÍDIO

Rogério Sanches esclarece que as elementares representam a própria figura criminosa e sua ausência causa atipicidade do crime, assim ao se observar o tipo penal da qualificadora

em estudo, qual seja: “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, percebe-se, então, que a mulher e a condição do sexo são elementares da qualificadora do crime de homicídio.

Nesse mesmo sentido, Greco (2015, p 227) entende que elementares “são dados essenciais à figura típica, sem os quais ocorre uma atipicidade absoluta ou uma atipicidade relativa”. Nota-se, portanto, que o legislador tornou a mulher uma elementar.

2.5 SUJEITO PASSIVO DO FEMINICÍDIO

Sujeito passivo de um delito é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão, segundo o entendimento de Regis Prado (2015, p 397). Especificamente, ao se falar da qualificadora feminicídio, o tipo penal determina o homicídio contra mulher, pois o bem jurídico tutelado aqui é a vida da mulher.

A princípio, afirma-se então que apenas a mulher poderá ser sujeito passivo do feminicídio, vez que a morte de um homem não caracterizará a qualificadora do inciso VI, pela ausência da elementar “contra mulher”. Prado (2015, p. 397) ressalta que sujeito passivo será “aquele que tem a titularidade do bem jurídico protegido pela norma penal”, desta forma afirma-se que no feminicídio a titularidade do bem jurídico é da mulher.

Em consequência disso, ainda que este não seja o objeto de pesquisa, é inviável passar nesse ponto sem questionar-se acerca dos transsexuais e hermafroditas. Conquanto este seja um tema recente, e não exista ainda nenhuma posição jurisprudencial sobre o assunto, cabe uma breve alusão ao tema.

O tipo penal descreve que o crime ocorrerá “contra mulher, por razões da condição do sexo feminino”. Quem seria do sexo feminino? Relativamente ao crime de estupro, previsto no art. 213, do CP. Rogério Greco comenta:

Entendemos que, nesse caso, se a modificação se der tão somente no documento de identidade, com a simples retificação do nome, aquela pessoa ainda deverá ser considerada pertencente ao gênero masculino, não sendo, pois, passível de ser considerada vítima do delito de estupro. No entanto, se houver determinação judicial para a modificação do registro de nascimento, alterando-se o sexo do petionário, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural, orgânico, passando, agora, a um conceito de natureza jurídica, determinado pelos julgadores. (GRECO, 2014, p. 478).

Existem ainda outros três critérios, que servem para definir o indivíduo como mulher: 1- psicológico: aquele em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino; 2- biológico: identificado pelas características genitais, cromossômicas, glândulas sexuais, testículos e ovários, e, 3- Jurídico cível, tendo por base o que constar em seu registro civil. (BARROSSO, 2015)

Tendo em vista todos os aspectos sucitados, pode-se deduzir então que a depender do critério utilizado, os travestis e hermafroditas poderão figurar como sujeitos passivos dessa qualificadora do homicídio.

3 NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DO FEMINICÍDIO: O DIREITO DE PUNIR

Inicialmente, insta esclarecer que o breve tópico não tem por objetivo esgotar as instâncias argumentativas sobre a criminologia, mas sim abordar questões pontuais para a elucidação quanto à necessidade de criminalização de uma conduta.

O poder punitivo, não existiu em todos os grupos humanos e nem desde os primórdios da sociedade, segundo explicita Zaffaroni, no início da sociedade existiam a “coerção que detém um processo lesivo ou iminente e a coerção que se pratica para reparar ou restituir o dano”, aquela do direito administrativo, com o poder de polícia, e esta do direito civil. (ZAFFARONI, 2013, p.15).

Em continuidade, o autor descreve que o poder punitivo surgiu quando da verticalização hierárquica da sociedade, no momento em que um terceiro afasta aquele que foi lesado e lhe aplica uma sanção, aí nasce o poder punitivo, observado primeiramente na Roma, ao passar da república para o império. (*ibidem*, p. 16)

No entanto, com a tomada de Roma pelos Bárbaros, as sociedades voltam ao formato horizontal, havendo o desaparecimento do poder punitivo, que retornou apenas no século XII e XIII. (*ibidem*, p. 17-18).

Dessa forma, o poder punitivo foi se solidificando, e com o surgimento das primeiras universidades no norte da Itália surgiram os juristas, que tiveram a ideia de comentar o *digesto*³, surgiu assim a ciência jurídico-penal. (*ibidem*, p 18).

De um salto, dirige-se para o *Malleus Maleficarum*, de 1484, ou martelo das Bruxas; segundo o autor da obra, foi um manual que consagrou a autonomia da criminologia, trazendo pela primeira vez, de forma orgânica e completa, uma teoria sobre a origem do crime. (*ibidem*, 26).

Segundo Soraia, o livro Martelo das Feiticeiras deveria ser considerado o livro fundamental das modernas ciências penais ou criminais, pois:

...é neste texto que se estabelece uma relação direta entre a feitiçaria e a mulher a partir de trechos do Antigo Testamento, dos textos da Antiguidade Clássica e de autores medievais. Nele constam afirmações relativas à perversidade, à malícia, à fraqueza física e mental, à pouca fé das mulheres, e até mesmo, a classe de homens que seriam imunes aos feitiços. (MENDES, 2014, p. 21).

É oportuno ressaltar que esse livro continha procedimentos inquisitoriais, sendo considerada uma das maiores ferramentas de punir do Estado de maior eficácia, aplicáveis preponderantemente às mulheres, segunda ressalta Soraia:

Os manuais de inquisidores, em especial o *Martelo*, eram, portanto, uma compilação de crenças na alardeada propensão, quase que exclusiva, da mulher ao delito. E, a partir dessa ‘teoria’ o poder punitivo consubstancia-se de modo a reforçar seu poder burocrático, e a reprimir a dissidência, principalmente, as mulheres. (MENDES, 2014, p. 24).

Retomando, o poder punitivo se deu, por acreditar que essas feiticeiras poderiam através de suas bruxarias causarem mal para toda sociedade. (ZAFFARONI, 2013, p 29-33). Assim, segundo Soraia, o *Malleus Maleficarum*, pode ser considerado como criminologia medieval. (MENDES, 2014, p. 20).

Em seguida, o outro momento marcante é conhecido como Escola Clássica, encabeçada por Cessare Beccaria, o qual lançou o livro *Dei Delitti e delle Pene* em 1764, num

³ Segundo Zaffaroni, Digesto: Era nada menos que uma coleção de antigas leis romanas, recolhidas por determinação do imperador Justiniano, que nunca foi imperador em Roma e sim em Constantinopla, quando o império do Ocidente – ou seja, Roma – já havia caído em poder dos germânicos. As leis penais recolhidas no Digesto eram as piores e, além disso, com alguns retoques deformantes do próprio Justiniano, que desde a romanização do cristianismo (que costuma se chamar de cristianização de Roma) se considerava chefe religioso e perseguia com singular furor e alegria os não cristãos, entre eles os que continuavam adorando os deuses romanos (ZAFFARONI, 2013, p 18).

momento Iluminista e que ganhou total força social. Beccaria se mostrava contra as penas cruéis e as desigualdades das penas, assim foram escritos os códigos, como ressalta Zaffaroni:

Em função das ideias iluministas, começaram a ser sancionados códigos, isto é, foram abolidas as recopilações caóticas de leis e tratou-se de concentrar toda a matéria em uma única lei, redigida de forma sistemática e clara, conforme um plano ou programa racional. Essa tendência legislativa era uma derivação do enciclopédismo, que havia levado à redação da Enciclopedia na França pré-revolucionária, ou seja, a tentar concentrar sistematicamente, em um único livro, todo o saber da época.

Desse modo, procurava-se dar clareza e que todos soubessem, com base na lei prévia, o que era e o que não era proibido, subtraindo-o da arbitrariedade dos juízes. Os revolucionários franceses quiseram levar isso até o extremo de substituir as orações nas escolas pelo código penal, para que todos o soubessem de cor. (ZAFFARONI, 2013, p. 48).

Desta feita, até onde se sabe, esses foram os primeiros códigos e as primeiras idéias de que as pessoas deveriam ter conhecimento sobre o que se podia ou não fazer.

Assim, pelas falhas encontradas na escola clássica como, por exemplo, o crescente aumento da criminalidade e diversidade de crimes que se criou, quanto pelas altas taxas de reincidência, e talvez, como a principal falha, a ausência da “causa” do comportamento do homem criminoso, é que surgiu a escola positiva encabeçada por Lombroso, com a edição do livro *L'uomo delinquente*, lançada em 1876, onde se afirmava que poderia reconhecer o criminoso nato pelos caracteres humanos. (idibem, p. 65-70).

Noutro salto, fala-se da criminologia crítica ou da reação social que segundo Zaffaroni, entre a escola clássica de Lombroso e esse momento da criminologia crítica

ninguém havia analisado o exercício do poder repressivo. O delito podia ser atribuído a muitos fatores, inclusive ao próprio poder, mas ninguém se ocupava do sistema penal em particular. Não obstante, não se podia continuar avançando sem o levar em consideração e, ao fazê-lo, podemos dizer que a prateleira caiu. (ibidem, p. 110).

Essa queda da prateleira foi a mudança de paradigma, na qual os legatários de Frankfurt acreditavam ser essencial questionar as causas do delito, como também, o poder punitivo, e ainda o que fazem a polícia, os juízes, os agentes penitenciários, os meios de comunicação etc. indo além e analisando sua funcionalidade em relação a todo o poder social, econômico, político etc. e chegar a uma crítica do poder em geral. (ibidem, p.110).

Nesse compasso, Soraia descreve que para a criminologia crítica:

O processo seletivo de criminalização opera em duas etapas: primária e secundária. A etapa da criminalização primária é o momento e o resultado do

ato de sancionar uma lei penal que incrimina ou sanciona certas condutas [...] A criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõe tenham praticado certo ato criminalizado primeiramente e as submetem ao processo de criminalização, tais como a investigação, a prisão, a condenação. (MENDES, 2014, p 57-58).

Assim, percebe-se que a criminologia crítica busca questionar tudo que está ao redor do direito penal. Nessa esteira, para os críticos “o sistema penal nasce com uma contradição” de um lado afirma igualdade, mas, de outro convive com a desigualdade que determina a maior ou menor chance de ser etiquetado como criminoso. (MENDES, 2014, p 61)

Por fim, o que se notou é que de início não existia um poder punitivo, mas que devido a verticalização social houve a necessidade de criar esse poder, e ao longo das construções criminológicas observa-se que seria impossível conviver em sociedade sem a existência do um direito penal, não para que existam exageros como em épocas supracitadas, mas para que se tenham direitos resguardados e assegurados, onde a vítima não conseguiria fazê-lo de outro modo.

3.1 TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO NA AMÉRICA LATINA

Na América Latina, o assassinato de mulheres são maiores do que de outros continentes. Uma pesquisa publicada ano passado, no mapa da violência, demonstra que em um *ranking* de 83 países, dos 5 primeiros, 4 são Latino-Americanos, com os maiores índices de homicídios de mulheres, no qual o Brasil ocupa a 5ª posição (WASELFISZ, 2015, p 27).

Observa-se que dos países da América Latina, 14 deles⁴ possuem em sua legislação o tipo feminicídio, quais sejam: Argentina (2012), Bolívia (2013), Chile (2010), Colômbia (2008), Costa Rica (2007), Equador, El Salvador (2012), Guatemala (2008), Honduras (2013), México (2012), Nicarágua (2012), Panamá (2011), Peru (2011) e Venezuela (2014), no entanto, esses países têm tomado diferentes caminhos legislativos, uns escolheram por criar uma lei específica para o feminicídio, outros alteraram o código penal e outros ainda fizeram os dois (MACHADO, 2015, p. 17).

Sendo que apenas 08 desses países trazem a terminologia “feminicídio,” como sendo a morte única e exclusiva de mulher do sexo feminino:

⁴ Ressalta-se que a época em que essa pesquisa foi publicada, no Brasil ainda não era vigente a Lei 13.104/15, por isso o Brasil não foi citado, contando apenas 14 países.

...basta observar o artigo 21 da lei 8.589 da Costa Rica (“muerte a una mujer”), ou o artigo 45, caput, da lei 520 de El Salvador (“causare la muerte a una mujer”), ou o artigo 6º, caput, do decreto 22/2008 da Guatemala (“diere muerte a una mujer, por su condición de mujer”), ou ainda o artigo 57 da lei orgânica da Venezuela (“dado muerte a una mujer”). O mesmo ocorre no artigo 252 bis do Código Penal boliviano (“a quien mate a una mujer”) e no artigo 325 do Código Penal Federal mexicano (“quien prive de la vida a una mujer”). O artigo 390 da legislação do Chile especifica que apenas quando o crime é cometido contra “la cónyuge o la conviviente” corresponde ao tipo feminicídio. (ibidem, p. 18).

Na Argentina e na Colômbia, os legisladores cuidaram de tipificar o feminicídio, mas não apenas por sua condição do sexo feminino, mas por razões de gênero. Contudo, em seus textos, pode-se notar que essas mortes devem advir do contexto de violência doméstica, ou seja, havendo intimidade entre agressor e vítima anterior ou não a prática do delito, como são os casos de Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica e Venezuela (ibidem, p. 19).

Já nas legislações dos outros países como Bolívia, Equador e Panamá, além da relação de intimidade, é possível detectar também: relação de confiança; subordinação; ou superioridade, desenvolvida no ambiente de trabalho; estudos e outros meios. (ibidem, p. 20).

Relativamente sobre as sanções, na pesquisa foram analisadas apenas a qualidade e a quantidade das penas, podendo-se notar que:

... é possível verificar variações não só em relação ao quantum da pena de prisão, mas também no atinente aos parâmetros a partir dos quais se dá a aplicação da sanção: (i) pena fixa (30 anos, sem direito a indulto, na Bolívia e perpétua na Argentina); (ii) pena mínima de 15 anos de duração sem previsão de limite máximo no tipo, tendo a forma agravada pena mínima de 25 anos (Peru); (iii) pena variável entre intervalos fixos (exemplos: de 20 a 35 anos na Costa Rica e na Venezuela, de 25 a 40 anos na Colômbia, de 30 a 40 anos em Honduras, de 30 a 50 anos em El Salvador, de 25 a 50 anos na Guatemala, de 40 a 60 anos no México, de pena majorada até a prisão perpétua no Chile). No Equador, a pena cominada é de 22 a 26 anos na hipótese do feminicídio, mas a lei prevê a aplicação da pena máxima quando ocorrem circunstâncias agravantes (artigos 141 e 142 do Código Orgânico Integral Penal). Outras legislações também vinculam a existência de duas ou mais circunstâncias agravantes à pena fixa e mais agravada, como o Peru, que prevê prisão perpétua nesses casos. (MACHADO, 2015, p. 25).

Assim, pode-se perceber que as penas são das mais distintas, não foi supracolacionada penas distintas da privativa de liberdade, mas cabe ressaltar que existem ainda penas das mais diversas, e escolhe-se aqui a da Nicarágua por obrigar o agressor a participar de programas educativos de orientação, a fim de se diminuir a reincidência devido a mudança nas convicções do agressor:

Art. 50. Ejecución de la Pena Quienes resulten culpables de delitos de violencia en contra de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, deberán participar obligatoriamente en programas de orientación, atención y prevención dirigidos a modificar sus conductas violentas y evitar la reincidencia. La sentencia condenatoria establecerá la modalidad y duración, conforme los límites de la pena impuesta. El Sistema Penitenciario Nacional debe disponer de las condiciones adecuadas para el desarrollo de los programas de tratamiento y orientación previstos en esta Ley” (Nicaragua, lei 779/2012).

Menciona-se ainda, países que em suas legislações fomentam-se cursos para os agentes públicos, nos quais possam aprender a prevenir o combate à violência contra as mulheres e o feminicídio. E também há legislação que prevê a impossibilidade de ter agentes públicos com histórico de violência contra gênero, sendo impedidos de ocupar determinados cargos públicos (MACHADO, 2015, p. 30-33).

Por derradeiro, observa-se que cada país escolheu sua melhor forma de legislar, consoante seu cenário fático, político e econômico, publicando legislações com algumas e/ou muitas distinções entre si, mas que não obstante pelem contra a violência às mulheres.

3.2 SIMBOLISMO PENAL

Conforme visto nos tópicos anteriores, o direito de punir surgiu há muito tempo, viu-se também como ocorreu a inclusão do feminicídio no sistema Penal Brasileiro. Para assim, analisar qual a necessidade de criminalização no ângulo do simbolismo penal.

Antes de adentrar no debate fulcral deste tópico, vez que foi visto apenas como surgiu a punição, é importante conceituar o que é o Direito Penal, para que sua variante negativa do simbolismo não se confunda a ele. Assim, Zaffaroni e Pierangeli preceituam que o Direito Penal é:

(...) o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama ‘delito’, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor (ZAFFARONI, 1999, p. 15).

Pode-se concluir então que o Direito Penal é o sistema de normas que visa tutelar os bens jurídicos considerados mais importantes da sociedade, por meio do qual o Estado possui o poder-dever de punir, que não é negativo, desde que aplicado com eficácia aos casos concretos e individuais.

Nesse passo, o direito penal simbólico é uma medida que nasce do sentimento de urgência que é manifesta através do Estado quando utiliza o Direito Penal, distintamente daquilo que é seu papel, aliando-se às poucas políticas de prevenção da criminalidade (JESUS e GRAZZIOTIN).

Claus Roxin, citado por Ribamar Sanches, conceitua o direito penal simbólico como:

...haverá de ser entendida a expressão “direito penal simbólico”, como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais (PRAZERES, 2015).

Corroborar-se nesse caso, que o direito penal simbólico é a elaboração de uma norma por conta do clamor público, em casos que tenham ocorrido um crime envolvendo pessoa famosa, com repercussão midiática, onde se presta uma resposta à sociedade para tranquilizá-la de que o Estado tenha tomado as medidas necessárias.

Assim, para Jesus e Grazziotin “O Direito Penal Simbólico, em relação àquilo para o que se propõe, atinge certamente seus objetivos. Isso porque o simbolismo visa não a solução de problemas, mas a tranquilização da população.” (JESUS e GRAZZIOTIN, p 03).

Dessa forma, não é possível afirmar que a tipificação do feminicídio tenha se dado por caráter simbólico, pois não se vê uma população tranquila e o que se infere do documento de justificação da referida Lei, não são citações de casos com repercussão midiática, nem uma aprovação acelerada diferente da lei de crimes hediondos com afirma Kerstenetzky (2012).

Em continuidade, o autor relata que. a lei de crimes hediondos foi aprovada pelo sequestro do empresário Abílio Diniz em 1990, em praticamente dois meses e logo após, em 1994, com a morte da atriz e bailarina Daniella Perez, foi alterada a lei, eis que devido sua célere aprovação, no primeiro texto não se previa como hediondo o homicídio.

Nesse sentido, como visto no tópico 2 deste trabalho, do projeto até a publicação da Lei do Feminicídio, passaram-se mais de 2 anos; comparando com a lei de crimes hediondos, pode-se dizer que foi, de veras, moroso, pois nesta, o processo se deu em praticamente dois meses (BRASIL, 1990).

Outrossim, o documento de exposição de motivos da lei do Femicídio refere-se à morte, mas não de uma única pessoa que tenha causado clamor social, e sim a morte de diversas mulheres, demonstrados pelos dados da ONU-Mulheres, como se vê:

A ONU Mulheres estima que, entre 2004 e 2009, 66 mil mulheres tenham sido assassinadas por ano em razão de serem mulheres. Segundo a Relatora Especial da ONU para a Violência contra Mulheres, suas Causas e Consequências, Rashida Manjoo, a incidência desse tipo de crime está aumentando no mundo inteiro, sendo a impunidade a norma. Esse tipo de violência extrema não conhece fronteiras e se manifesta, de diferentes formas, em todos os continentes do mundo. (BRASIL, 2013).

Ademais, convém destacar entendimento exarado em um documento de “contribuições ao debate sobre a tipificação penal do Femicídio/Femicídio”, onde se diz:

A tipificação do delito também ajuda a mudar a mentalidade patriarcal de alguns juízes e juízas, já que os obriga a motivar as sentenças de acordo à descrição do delito (o que se consegue com a tipificação) e desestimula a impunidade. (CLADEM, 2012, p. 83).

Dessa forma, não se pode afirmar que a tipificação se deu por clamor da sociedade, posterior a uma morte que tenha gerado grade comoção social, e que tal tipificação foi puro simbolismo estando a sociedade agora mais tranquila.

Assim, consoante ressaltado na justificção da Lei, esta foi criada para reconhecer na forma da lei que o Femicídio existe:

A importância de tipificar o femicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônica e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido ‘crime passional’. (BRASIL, 2013).

3.3 DIREITOS HUMANOS

Analisado o Femicídio pela perspectiva do Direito Penal simbólico, resta fazê-lo agora pelo enfoque do Direitos Humanos, avaliar se de fato a inclusão dessa qualificadora sobreveio por determinações de organismos internacionais e/ou internos que pelejam pelos Direitos Humanos.

Assim, inicia-se a análise pelo próprio documento de justificção da lei em estudo que ressalta:

Nas Conclusões Acordadas da 57ª Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher da ONU, texto aprovado em 15 de março de 2013, aparece pela primeira vez em documento internacional acordado (aprovado pelos países membros da Comissão) o termo feminicídio, com uma recomendação expressa aos países membros para ‘reforçar a legislação nacional, onde apropriado, para punir assassinatos violentos de mulheres e meninas relacionados a gênero (gender-related) e integrar mecanismos ou políticas específicos para prevenir, investigar e erradicar essas deploráveis formas de violência de gênero’. Durante a mesma Sessão, a Diretora do ONU Mulheres e ex-Presidente do Chile, Michele Bachelet, exortou os países que ainda não o fizeram a tipificarem o crime de feminicídio como ferramenta indispensável de enfrentamento a essa forma de violência extrema. Em abril de 2013, foi aprovado pela Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal do Escritório da ONU para Drogas e Crime, projeto de resolução para ser recomendado para adoção pela Assembléia Geral da ONU e que exorta os países a tomar ação contra o femicídio (BRASIL, 2013).

Observa-se que nessa sessão foi elaborado documento internacional, com a recomendação do uso da terminologia “feminicídio”, o qual foi assinado também pelo Brasil, assim para prosseguir a análise faz-se mais do que necessário entender qual impacto esse acordo, firmado em sessão internacional, traz ao Brasil.

Desse modo, insta esclarecer que o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH em 1992, promulgada internamente pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro do mesmo ano, popularmente conhecido como Pacto de São José da Costa Rica (MARON e MATTOSINHO, 2015).

Observa-se do Decreto que os únicos artigos restritos, foram os 43 e 48, alínea d, como se nota:

Art. 2º Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: ‘O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado’ (BRASIL, 1992).

Assim, pode-se observar que todos os demais artigos foram aceitos pelo Brasil. Embora exista uma discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito de qual *status* teriam esses acordos no direito interno, importante ressaltar, que neste trabalho não esgotar-se-á esse debate, mas a título de esclarecimento, colhe-se entendimento de que:

A partir da Emenda Constitucional n. 45 / 2004, passou-se, entretanto, a admitir que os tratados ‘que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais’. Nesses casos, e

apenas nesses, essas normas gozarão de status constitucional. A emenda não impede que se opte pela aprovação de tratado sobre direitos humanos pelo procedimento comum, meio que facilita o seu ingresso no ordenamento brasileiro. As normas do tratado valerão, nessa hipótese, com status infraconstitucional. Os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infraconstitucionais, já que persiste operante a fórmula da aprovação do tratado com dispensa das formalidades ligadas à produção de emendas à Constituição da República. Nada impede, obviamente, que esses tratados anteriores à EC 45 venham a assumir, por novo processo legislativo adequado, status de Emenda Constitucional. Vale o registro de precedentes do Supremo Tribunal Federal, posteriores à EC 45 / 2004, atribuindo status normativo supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados de direitos humanos (MENDES e GONET, 2015, p. 131).

Percebe-se desse modo, que independente da forma em que a norma for introduzida na legislação interna, tal norma, deverá ser respeitada como qualquer outra norma, independentemente de ter *status* de emenda constitucional, supralegal e/ou infraconstitucional.

Gilmar Mendes cita ainda o precedente do STF HC 88.240, no qual a Ministra Relatora Ellen Graice, esclarece que os tratados que tiverem status supralegal, estão abaixo da Constituição e acima das normas infraconstitucionais devendo estas ser inaplicáveis quando conflitantes com o tratado (*idem*).

Nesse seguimento, o “Brasil é o único país da America-Latina que aderiu a ou ratificou todos os 14 tratados internacionais universais e regionais, genéricos ou específicos, que visam à proteção dos direitos das mulheres na esfera internacional”. Isso lhe impõe um compromisso mais forte perante a ordem internacional, no sentido de fazer valer esses direitos. (MACHADO, 2015, p.13).

Especificamente quanto aos tratados que visam à proteção dos direitos das mulheres, são três: (i) Convenção Interamericana sobre Direitos Políticos das Mulheres, (ii) Convenção Interamericana sobre Direitos Civis das Mulheres e (iii) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres (Convenção de Belém do Pará). (*idem*)

Antes de analisar o que foi disposto na Convenção realizada em Belém do Pará convém destacar, o disposto nos artigos 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos que assim dispõe:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Essa premissa de adotar disposições de direito interno para tornar efetivos os direitos e liberdades dos indivíduos é corroborada na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Que dispõe em seu preâmbulo:

RECONHECENDO que o respeito irrestrito aos direitos humanos foi consagrado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos e reafirmado em outros instrumentos internacionais e regionais;

AFIRMANDO que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades;

PREOCUPADOS por que a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens;

RECORDANDO a Declaração para a Erradicação da Violência contra a Mulher, aprovada na Vigésima Quinta Assembléia de Delegadas da Comissão Interamericana de Mulheres, e afirmando que a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases;

CONVENCIDOS de que a eliminação da violência contra a mulher é condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena e igualitária participação em todas as esferas de vida; e

CONVENCIDOS de que a adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, constitui positiva contribuição no sentido de proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência contra ela,

Para confirmar esses atos, o Brasil aderiu também ao protocolo facultativo, note-se:

No atinente aos tratados da ONU, vale destacar que todos os 27 países latino-americanos aderiram à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), que é adotada atualmente por mais de 170 países. Em 1999, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou um Protocolo Facultativo, cuja ratificação pelos Estados enseja o reconhecimento da legitimidade do Comitê CEDAW para

receber e investigar denúncias de violações de direitos estabelecidos na convenção, ampliando, por conseguinte, os mecanismos de monitoramento. O Brasil aderiu ao Protocolo Facultativo em 2002. (MACHADO, 2015, p. 14).

O qual foi ressaltado na exposição de motivos para criação da Lei do feminicídio:

Outra ação internacional recente e importante é a criação de um Protocolo para a Investigação de Assassinatos Violentos Relacionados a Gênero de Mulheres/Femicídio para a América Latina, com o apoio da ONU Mulheres, da Alta Comissária de Direitos Humanos da ONU, da Federação de Associações de Direitos Humanos e do Governo da Espanha. O objetivo do protocolo é criar diretrizes para a investigação efetiva de mortes de mulheres, usando o conceito de feminicídio, e garantir que os Estados cumpram seus deveres internacionais em relação à garantia do direito à vida e à dignidade humana para todas e todos, conforme expresso em múltiplos diplomas internacionais, dos quais o Brasil, felizmente, é parte. (BRASIL, 2013).

Dessa forma, pode-se afirmar que todos esses tratados, acordos e protocolos, tornam a responsabilidade do Brasil ainda maiores, quanto a necessidade de implementar todas e quaisquer medidas a fim de fazer valer o direito das mulheres, e sendo como uma dessas medidas; a tipificação do feminicídio. Nesse sentido também:

A posituação do feminicídio, a partir do prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos, revela que o mandado de criminalização da conduta atende aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e se coaduna com a preocupação da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana sobre o tema. ((MARON e MATTOSINHO, 2015).

Assim ao analisar os documentos internacionais, observa-se que a ação do legislativo Brasileiro, não foi simbólica, e sim baseada em acordos internacionais, dos quais o Brasil faz parte.

Além dos tratados, acordos, protocolos e outros, percebe-se que em reuniões, debates, seminários e eventos internacionais de qualquer espécie, a indicação é a mesma, conforme se observa documento publicado em 2012 pelo CLADEM- *Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer*:

Qualquer que seja a decisão, tanto de tipificar ou não esta figura ilícita, é necessário previamente insistir em não utilizar termos como violência intrafamiliar ou violência de gênero, tanto nas mensagens que acompanham a apresentação da Lei, como no texto da norma. Insistir em usar o termo de violência de gênero é perigoso, pois como dizia anteriormente pode incluir os homens violentados, invisibilizando desta maneira a hierarquia do poder e, por fim, correndo o perigo de aceitar a desigualdade. (CLADEM, 2012, p. 15).

E ainda:

Por outro lado, não se pode deixar os homicídios de mulheres como mais um homicídio no marco da violência social, pois corremos o perigo de banalizá-lo e dar passo a percepções tais como “a morte de Edna foi um crime passional produto dos ciúmes” ou “o homicida atuou levado por uma paixão incontrolável” como comumente o visibilizam os meios de comunicação⁶. Faz-se necessário erradicar o termo “delito passional” por ser um conceito misógino, posto que esconde todo o sistema de dominação patriarcal e, portanto, busca seguir mantendo as mulheres subordinadas. (CLADEM, 2012, p. 12).

Por tudo posto, percebe-se que a inclusão do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio se revela como medida necessária ao combate contra a violência as mulheres, cumprindo as recomendações e seu dever perante os organismos internacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, buscou-se um breve entendimento do que é violência de gênero, qual a luta histórica da mulher por seus direitos, para que se pudesse entender a necessidade de incluir uma qualificadora do homicídio específica para mulher.

Foi possível contextualizar a existência da discriminação da mulher, existente desde praticamente o início da sociedade, e ainda para aqueles que acreditam na teoria do criacionismo poder-se-ia afirmar que desde o início da humanidade.

E toda essa discriminação corroborou na luta das mulheres por seus direitos, por leis que as protegessem, pela igualdade entre homens/mulheres de forma mais equilibrada. Assim, viu-se que a criação da lei do feminicídio ocorreu pela necessidade que a mulher, até os dias de hoje, possui por ser subjugada pelos homens há anos.

Pode-se observar também que essa tipificação não existiu apenas no Brasil, como também em mais 14 países da América Latina, não analisando outros continentes.

Nesse sentido vislumbrou-se se tal tipificação seria em caráter simbólico, o que não pode ser confirmado por faltar elementos que caracterizam esse ação do Estado, e assim, analisou-se a tipificação pelo ângulo do Direitos Humanos, o qual restou confirmado ante os diversos tratados, convenções, protocolos do qual o Estado Brasileiro confirma perante organismos internacionais sua atuação contra a violência de mulheres.

Além disso, observa-se que essa tipificação não é apenas para cumprir as assinaturas feitas internacionalmente, mas também para quebrar paradigmas e demonstrar que o feminicídio não é um homicídio comum e por isso deve ser combatido de forma distinta.

Nesse sentido, colaciono texto retirado do evento de debate sobre a tipificação do feminicídio na América Latina, realizado no Peru:

Por outro lado, não se pode deixar os homicídios de mulheres como mais um homicídio no marco da violência social, pois corremos o perigo de banalizá-lo e dar passo a percepções tais como “a morte de Edna foi um crime passional produto dos ciúmes” ou “o homicida atuou levado por uma paixão incontrolável” como comumente o visibilizam os meios de comunicação. Faz-se necessário erradicar o termo “delito passional” por ser um conceito misógino, posto que esconde todo o sistema de dominação patriarcal e, portanto, busca seguir mantendo as mulheres subordinadas. (CLADEM, 2012, p. 12)

Isto posto, nota-se que a tipificação do feminicídio, adentrou no sistema penal Brasileiro a fim de que fossem cumpridos os acordos ratificados no âmbito internacional, além disso observa-se que essa medida foi necessária nas legislações Brasileiras, mesmo sendo vista por alguns como um simbolismo penal, essa tipificação traz consigo notoriedade ao direito das mulheres, garantias e direitos que outrora nunca seriam visualizados.

Referencias Bibliográficas

BARROSO, Marcos Patrick Chaves. **Lei nº13.104/15 – feminicídio e circunstâncias caracterizadoras de aumento de pena..** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16621>. Acesso em 01 jul 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** v4: parte especial. 3ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

BRASIL, Decreto Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940, **Código Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 01 jul. 2016

BRASIL, **exposição de motivos da Lei 13.104/2015,** disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1>> Acesso em 05 abr 2016.

BRASIL. Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990, **Lei dos crimes hediondos.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em 10 mai. 2016

CLADEM - Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer –**Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do feminicídio/femicídio. Lima: 2012.** Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/10/CLADEM_TipificacaoFeminicidio2012.pdf> Acesso em 06 jul 2016

Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, Pacto San Jose da Costa Rica. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 8 jul 2016

Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher “Convenção de Belém do Pará” (Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral). Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>> Acesso em 8 jul 2016

GOMES, Romeu. **Impacto da violência na saúde dos brasileiros / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. – Brasília : Ministério da Saúde** Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/impacto_violencia.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2016.

GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal. ed.16ª, São Paulo: Impetus.2014

JESUS, Mauricio Neves de; GRAZZIOTIN, Paula Clarice Santos. **Direito Penal Simbólico: o anti-Direito Penal.** Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/anti.pdf>> Acesso em 29 jun 2016

KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. **Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216>. Acesso em jul 2016

LOURO, Guacira L. **Gênero, sexualidade e educação**, 6º ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes 2003

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **A violência doméstica fatal: O problema do feminicídio íntimo no Brasil** - Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário. Disponível em <http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_femicidio.pdf> Acesso em 09 jul 2016

MENDES, Gilmar ferreira. GONET, Paulo Gustavo. Curso de direito constitucional. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. - (Série IDP)

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia Feminista novos paradigmas. Ed. Saraiva: Sao Paulo, 2014.

MORON, Eduardo Daniel Lazarte MATTOSINHO, Francisco Antonio Nieri. A lei nº 13.104/2015 (feminicídio): **simbolismo penal ou questão de direitos humanos?** Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/278k6xco>> Acesso em 10 jul. 2016

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa, 2006 disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-71822006000100007&script=sci_arttext> Acesso em 04 jul. 2016

PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. Cadernos Pagu, v. 37, p. 219-246, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>>

PATH – Program for appropriate technology in health **el femicidio en Nicaragua: abordaje y propuesta de indicadores para la acción**. Managua: InterCambios. Disponível em: <http://www.alianzaintercambios.org/files/doc/1292610173_FEMICIDIO_PATH-1%20%5B28-11-2010%5D.pdf> Acesso em 08 jul 2016.

PERGORER, Mayara Alice Souza. **De Amélia a Maria da Penha: A evolução da legislação penal e das construções jurídicas na proteção dos direitos sexuais da mulher**. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/377>> Acesso em 04 jul 2016

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRAZERES, José de Ribamar Sanches. **O Direito Penal Simbólico Brasileiro**. Disponível em: <<http://persephone.mp.ma.gov.br/site/ArquivoServlet?nome=Noticia86A56.doc>>. Acesso em 03 jul 2016

RAMOS, Margarita Danielle. **Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres**. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000100004/21851>> Acesso em 05 jul. 2016.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. 1ºed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004

SCHRAIBER, Lilia. DÓLIVEIRA, Ana. FALCÃO, Marcia. *et al.*, **Violência dói e não é direito**, São Paulo: Unesp. 2003

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Disponível em: <https://archive.org/details/scott_gender>. Acesso em: 7 mar. 2016.

WAISELFISZ, Julio. **Mapa da Violência: Homicídio de Mulheres, 2015**. 1º ed. Brasília. 2015. – Disponível em <www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf > Acesso em 15 jun. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, **A questão criminal**, 1 ed. Rio de Janeiro: Revan 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 6. ed. v.1. São Paulo: RT, 2006