

Direito Penal UNISALESIANO Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium Curso de Direito Josias Gabriel Nogueira Porto A lei do Feminicídio e a polêmica da afronta ao Princípio Constitucional da Igualdade. LINS-SP 2016 JOSIAS GABRIEL NOGUEIRA PORTO A lei do Feminicídio e a polêmica da afronta ao Princípio Constitucional da Igualdade. "Monografia apresentada ao curso de Direito do UNISALESIANO, Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium, sob a orientação do(a) Professor (a) Raphael Hernandez como um dos requisitos para obtenção do título de bacharel em Direito. " LINS-SP 2016 Josias Gabriel Nogueira Porto A lei do Feminicídio e a polêmica da afronta ao Princípio Constitucional da Igualdade. "Monografia apresentada ao curso de Direito do Unisalesiano, Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium, sob a orientação do(a) Professor (a) Raphael Hernandez como um dos requisitos para obtenção do título de bacharel em Direito. " LINS-SP 2016 BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador Raphael Hernandez

Professor (Nome do professor avaliador)

Afiliações _____ Professor (Nome do professor

avaliador) Afiliações AGRADECIMENTOS Agradeço em primeiro lugar a Deus, e em seguida, a todos que de algum modo contribuíram para o sucesso deste projeto que se tornou realidade. Não tem como não agradecer a minha nobre mãe, Nelsina Nogueira Porto, que fez de tudo para que seu filho se tornasse um homem de bem. Ao meu grande mestre e orientador, Raphael Hernandez, que com sua sabedoria soube me direcionar, a fim de que a obra pudesse ser tão especial quanto desejada pelo professor e pelo aluno. Um grande agradecimento aos meus filhos amados, Gabrielly dos Santos Nogueira e Gabriel dos Santos Nogueira, dois anjos que Deus colocou em minha vida, assim como meus irmãos queridos, João Nogueira Porto e Isabel Nogueira Porto, que muito me incentivaram a fim de não desistir das dificuldades impostas pela vida, e não poderia deixar de agradecer a minha querida esposa Aline dos Santos Xavier que tanto me incentivou a estudar assim como foi minha forte rocha nos momentos mais difíceis. A todas essas pessoas meu muito obrigado emanado do fundo do meu coração. DEDICATÓRIA Dedico este trabalho primeiramente a Deus, minha fonte inesgotável, que me deu todas as forças necessárias para que pudesse concretizá-lo. A minha família, ao meu professor e orientador Raphael e a todos os operadores do Direito que buscam incessantemente a justiça e a paz social. RESUMO A presente pesquisa pretende verificar a compatibilidade entre a nova qualificadora do crime de homicídio e o princípio constitucional da igualdade, levando em consideração aspectos dessa lei, assim como a análise do princípio constitucional da igualdade em seu aspecto tanto formal quanto material, analisando também a polêmica que recai sobre o requisito normativo do crime, qual seja a palavra "mulher" e por fim a palavra final do Supremo Tribunal Federal em julgamento de lei semelhante ao diploma legal em estudo, qual seja a Lei Maria da Penha. E finalmente analisar se realmente se trata de uma legislação simbólica e qual a sua efetividade no campo jurídico. Busca-se, o presente estudo, ser mais um mecanismo não só de proteção à mulher, mas também de proteção ao processo penal, ensejando um processo justo e igualitário, propiciando armas e tratamentos idênticos às partes em situações antagônicas, sempre tendo como premissa o máximo respeito às normas constitucionais, mandamento crucial do Estado Democrático de Direito. A principal colaboração de uma pesquisa científica, em especial no Direito, é poder fazer incorporar ao processo um novo entendimento que poderá ser modificado dia a dia. Palavras-chave: Feminicídio; Mulher; Homicídio. ABSTRACT This research in the monograph want to check the compatibility of the new qualifying the crime of murder and the constitutional principle of equality taking into account aspects of this law as well as the analysis of the constitutional principle of equality in its appearance both formal and material, also analyzing the controversy that lies with the regulatory requirement of the crime, what is the word "woman" and finally the final word of the Supreme

Court of law judgment similar to the law in the study, which is the law Maria da Penha. E finally the analysis really it is a symbolic legislation and what is its effectiveness in the legal field. Search the present study be a mechanism not only will protect women, but also to protect the criminal process, allowing for a fair and equitable process providing weapons and treatments identical parties in adversarial situations always premised the utmost respect constitutional norms crucial commandment of the democratic state of main direito. A collaboration of a scientific research especially on the right is able to incorporate the process a new understanding that can be modified daily. Keywords: Femicide; Woman; murder. SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. LEI DO FEMINICÍDIO (LEI 13.104/2015)	09
2.1 Contextualização histórica	10
2.2 Desvendando a lei do Feminicídio	14
2.3 Traçando um paralelo com a lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)	21
2.4 Sujeito Ativo	26
2.5 Sujeito Passivo	30
2.6 As diferentes interpretações sobre o termo “mulher”	35
2.7 Feminicídio: qualificadora circunstância objetiva ou subjetiva?	37
2.7.1 Lei dos crimes Hediondos (Lei 8072/90)	42
2.8 Espécies de Feminicídio	45
2.9 As diferenças entre homicídio, feminicídio e feticídio	49
3. O FEMINICÍDIO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	53
3.1 A importância dos Princípios para o Direito	53
3.2 Igualdade como Princípio	54
3.2.1 Direitos Fundamentais das 1. ^a 2. ^a e 3. ^a Dimensão ou Geração	55
3.2.2 Igualdade Formal	60
3.2.3 Igualdade Material	61
3.3 Os Vícios Materiais	63
3.4 Os Vícios Formais	64
4. O FEMINICÍDIO FERE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE?	66
4.1 Principal motivo desse questionamento	66
4.2 Divergências entre a lei do feminicídio e o Princípio da igualdade	67
4.3 Feminicídio fere o princípio constitucional da igualdade?	69
4.4 Feminicídio uma mera lei simbólica?	71
4.4.1 A legislação penal como resposta à sociedade	73
4.5 Letra morta da lei do feminicídio	74
4.6 Questionamentos sobre a eficácia da lei do feminicídio	77
5. CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

1. INTRODUÇÃO Não vem de hoje a violência contra a mulher, em especial no Brasil, onde tal agressividade tomou proporções gigantescas, e o Estado teve de intervir, principalmente nos ambientes domésticos. Hodiernamente, existem várias medidas desenvolvidas pelo aparelho estatal, com o intuito de reduzir a violência contra as mulheres. Um desses instrumentos trata-se da Lei Maria da Penha, a qual trouxe mecanismos para a redução da violência, até mesmo impondo o afastamento do agressor do lar em que fora ocorrido o ato de brutalidade. No entanto, tal lei não foi suficiente, segundo o Governo, para zerar os altos índices de violência doméstica, e o povo, através da mídia, ainda clamava por justiça, em forma de vingança, não restando alternativa ao Estado a não ser criar uma nova legislação penal. De um modo amplo, a presente monografia objetiva responder se a Lei do Feminicídio estaria a ferir o Princípio

Constitucional da Igualdade. Este trabalho foi feito e idealizado a partir de pesquisas bibliográficas em revistas especializadas, sites da Internet e textos legais, bem como através de obras de diversos autores especializados nas áreas constitucional e penal. O corpo do texto, dividido em quatro capítulos, se ateve na questão jurídica do tema e sua enorme polêmica, bem como apresentando as várias correntes sobre o assunto. O primeiro capítulo apresenta uma síntese do conteúdo da obra. No segundo capítulo, o estudo disserta sobre a lei 13.104/2015 – o crime de Feminicídio, de maneira generalizada, fornecendo uma visão bastante abrangente sobre a tão comentada lei: sujeito ativo, sujeito passivo, conceito de mulher e outros aspectos indispensáveis para ciência dessa lei. No terceiro capítulo, há uma abordagem sobre o princípio constitucional da igualdade e sua relação com a Lei do Feminicídio. Finalmente, no derradeiro capítulo, o tema central da monografia com a pergunta crucial a ser respondida, “o Feminicídio fere o princípio constitucional da igualdade?” aqui é apresentada de forma jurídica, avaliando a possibilidade perante o ordenamento jurídico e a Constituição Federal. O objeto do estudo da presente monografia, como já relatado, é a Lei do Feminicídio, e tem como principal objetivo esclarecer a questão controversa sobre a sua constitucionalidade, através dos mais diversos meios, em especial pela pesquisa bibliográfica. Não há aqui posição machista ou feminista, pelo contrário, há apenas um estudo técnico e imparcial sobre uma nova e polêmica legislação, já em vigor.

2. LEI 13104/2015 – O CRIME DE FEMINICÍDIO No dia 9 de março de 2015, um dia após as comemorações ao Dia Internacional da Mulher, foi sancionada pela Chefe do Executivo a Lei do Feminicídio. Entrando em vigor a partir de sua data de publicação no Diário Oficial da União, dia 10 de março de 2015. O diploma legal em comento veio acrescentar novas modalidades de qualificadoras ao tipo penal do homicídio (artigo 121 do Código Penal). Capez (2010, p.65) nos responde o sentido da locução “qualificadora do homicídio”, conforme segue: Trata-se de causa especial de majoração da pena. Certas circunstâncias agravantes previstas no art.61 do Código Penal vieram incorporadas, para efeito de majoração da pena. Dizem respeito aos motivos determinantes do crime e aos meios e modos de execução, reveladores de maior periculosidade ou extraordinário grau de perversidade do agente, conforme a exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal. A Presidente da República Federativa do Brasil deu bastante ênfase à nova norma, mostrando à população que o Estado se faz presente até mesmo nas relações conjugais, visando à proteção da parte, considerada hipossuficiente. As novidades trazidas por essa legislação penal entraram em vigor no mesmo dia da publicação, conforme dispõe o seu artigo 3º. “Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação. Brasília, 9 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República”. Tal legislação acerca da tipificação do feminicídio já se faz presente em vários países da América Latina conforme anota Da Silva (2015): “Na América Latina, vários são os países que tipificaram o feminicídio. Na Costa Rica, no Chile e no Peru as legislações punem o homicídio de mulher por alguém que com ela tenha mantido relacionamento íntimo (cônjuge, companheiro, ou até mesmo namorado, como no caso do Peru). Já em El Salvador, Guatemala e México o crime é punido porque a morte da mulher ocorreu em razão de seu gênero. Em todos esses países o crime é punido de forma autônoma, dando-lhe especial tratamento” Como se nota o Brasil está perseguindo os passos dos seus vizinhos, tentando mostrar ao mundo que ao contrário do que o próprio povo pensa em relação a esses crimes contra a mulher, o país está enfrentando o problema de frente seguindo exemplo dos seus vizinhos.

2.1 Contextualização histórica Por muito tempo, a sociedade brasileira assistiu a vários casos de violência doméstica envolvendo a mulher, a qual na maioria das vezes sofria agressão ou ameaça, tendo como resultado, geralmente, a morte, a humilhação ou a tortura. A mulher necessitava e ainda necessita de proteção, como vítima maior de uma violência invisível, a qual só se vislumbrava quando transpunha as quatro paredes de seu lar. O sentimento de posse do

agressor era o bastante para a prática de toda a violência necessária para manter próxima a companheira. O fato mais notório é a simplicidade do tratamento desse delito, sempre intitulado “crime passionai”, ou traduzindo o errôneo senso comum: “matou por amor”. Esse mesmo amor, que deveria significar proteção e zelo se transforma em violência e morte. O medo de perder, ou de não ter mais o seu sentimento correspondido leva o indivíduo a desejar a posse da parceira, como um mero brinquedo para seu bel prazer. Afinal, para ele é difícil aceitar a perda de seu bem, aqui visto no sentido de objeto mesmo. O mais fácil então é tirar-lhe a vida, pois em seu íntimo egoísta, ver a parceira retomar sua trajetória ao lado de outro seria uma traição punida com a morte. Uma maneira de eliminação do problema, já que ao invés de enfrentá-lo, seria melhor destruí-lo, matando a pessoa por quem se sofre. Esses frequentes acontecimentos levaram o Legislativo brasileiro a criar a referida norma, pois a violência em si dizia que mulheres sem ao menos lhes dar a chance de se defenderem. Mulheres eram mortas com tamanho requinte, demonstrando que o agressor pouco se importava com a situação provocada. O importante seria apenas assumir o papel de “macho dominador”. Essa problemática vista com tamanha normalidade chegou ao ponto de se tornar um assunto banal, divulgado pela mídia e comentado pelas pessoas como se fizesse parte da humanidade. A mulher, como ser inferior, tivesse que estar submetida às regras de um mundo totalmente voltado ao homem. O aumento da violência de um modo geral fez com que o Poder Legislativo e Executivo Federal se mobilizasse, a fim de encontrar soluções para o problema em questão. A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional (2013) assim concluiu em seu relatório final: “O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante.” A justificativa da norma (2013), quando ainda era apenas um projeto de lei, continua culpando a impunidade pela grande quantidade de crimes contra as mulheres, conforme se segue: “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. No Brasil, entre 2000 e 2010, 43,7 mil mulheres foram assassinadas, cerca de 41% delas mortas em suas próprias casas, muitas pelos companheiros ou ex-companheiros, com quem mantinham ou haviam mantido relações íntimas de afeto e confiança. Entre 1980 e 2010, dobrou o índice de assassinatos de mulheres no país, passando de 2,3 assassinatos por 100 mil mulheres para 4,6 assassinatos por 100 mil mulheres. Esse número coloca o Brasil na sétima colocação mundial em assassinatos de mulheres, figurando, assim, dentre os países mais violentos do mundo nesse aspecto.” Era preciso agir de alguma forma, demonstrando à sociedade que a justiça se mostra atuante no país, já que a população cobrava por respostas plausíveis. Como consequência, nasceu no Senado Federal o Projeto de Lei 292/2013. A mulher, principal vítima em questão, estava correndo maior risco não nos violentos becos sem saída das vielas espalhadas Brasil afora, mas no interior do seu próprio lar, local de maior segurança, pelo menos em tese. Eduardo Luiz Santos Cabette (2014) aborda o tema em seu artigo publicado na rede mundial de computadores: “O PLS 292/13 apresenta uma “justificação” que faz referência à violência contra a mulher em todo o mundo e, especialmente no Brasil, apontando dados e estatísticas de órgãos internacionais como a ONU. O foco é principalmente

a situação em que a morte é imposta à mulher em circunstância de violência doméstica e familiar, bem como a disseminada impunidade desses crimes”. Como se depreende do artigo em questão, a violência se insere no meio familiar e, na maioria das vezes, essas vítimas se calam, transformando uma situação crítica em algo assustadoramente pior, com receio de que o companheiro concretize as ameaças ou que venha a sofrer violência mais grave. Como bem leciona Greco (2015): “Infelizmente, inúmeras infrações penais são praticadas no interior dos lares, no seio das famílias. Desde agressões verbais, ofensivas às honras subjetiva e objetiva das pessoas, passando por ameaças, lesões corporais, crimes contra o patrimônio, violências sexuais, homicídios e tantos outros crimes. Esses fatos passaram a merecer uma atenção especial dos criminólogos, que identificaram que os chamados broken homes (lares desfeitos ou quebrados) eram uma fonte geradora de delitos dentro, e também fora dele”. Todos mostram um único culpado para o crescente número de casos envolvendo a morte da mulher: a impunidade. Porém, a impunidade é questionada, já que os agressores, conseqüentemente, sempre seriam enquadrados no rigor da lei. Se ficariam por muito tempo enclausurados é outra questão. Mas o risco de colocar a impunidade como fator primordial da violência doméstica e familiar é admitir que basta a punição para dizimar o crime. Se formos levar em conta esse pensamento da punição mais severa, a penalização dada para os crimes mais graves, como homicídios, estupro, latrocínios, os números desses delitos já deveriam ter diminuído, o que não ocorre. Isto demonstra que penalizar não é resolver. Mas, para tentar diminuir a situação lastimável enfrentada pelas mulheres brasileiras, o governo não encontrou alternativa a não ser criar mais uma qualificadora no crime de homicídio, surgindo à figura do feminicídio. Conforme bem colocado pelos doutrinadores GamilFöppel El Hireche e Rudá Santos Figueiredo (2015): “No último dia 9 de março, a presidente da República sancionou a Lei 13.104, que cria o delito de “feminicídio”, que, na verdade, trata de uma nova modalidade de “homicídio qualificado”, inscrita no inciso VI, do artigo 121, parágrafo 2º, do Código Penal [...]”. O crime passa então a ser qualificado, passando a figurar na Lei dos Crimes Hediondos, a qual pune mais severamente os delitos nela enquadrados, com progressão de regime diferenciada, dificultando o retorno do réu ao convívio social. Mas a respeito da origem da palavra “Feminicídio” MUJICA, TUESTA (2012 apud Lucena, 2015) assim a definem: A palavra “feminicídio” apareceu pela primeira vez no livro chamado *A Satirical View of London*, de John Corry (1801), onde se fazia referência ao assassinato contra uma mulher. No entanto, foi apenas nos dois séculos seguintes que a expressão teria seu conteúdo ressignificado por Diana Russell para descrever “o homicídio de mulheres por serem mulheres”. A persistência da violência contra a mulher rapidamente fez a sociedade usar do termo de John Corry lhe dando uma nova vertente, pois o autor no caso designava a palavra feminicídio para todo tipo de homicídio praticado contra a mulher. A essa ideia de qualquer homicídio contra a mulher ser feminicídio, assim se pronuncia a ilustre doutrinadora Lucena (2015): Utilizando do mesmo raciocínio que Campbell e Runyan, muitas feministas brasileiras acabam qualificando boa parte das mortes de mulheres como se todas fossem feminicídio, o que acaba criando uma confusão sobre a real influência do patriarcado sobre as mortes de mulheres por agressão. O termo já é amplamente divulgado pelo movimento e pela mídia dessa maneira, sem qualquer ressalva. Acredita-se que essa definição ampla retira a força política do crime, por acabar o banalizando. Sua função é denunciar a violência perpetrada pelo patriarcado, e não toda e qualquer violência, que atinge, assim, tanto homens quanto mulheres. RUSSEL (2006 apud Lucena, 2015) assim descreve a conduta praticada nesse tipo de homicídio: A clássica definição do crime por Russell e Caputi leva em consideração os aspectos misóginos e sexistas presentes nesse tipo de homicídio. Existe uma motivação norteadas por sentimentos de ódio, desprezo, prazer ou um sentido de propriedade sobre as mulheres. Enquanto os homicídios misóginos são aqueles estritamente motivados pelo

ódio face às mulheres, os homicídios sexistas incluem aqueles cometidos por parceiros motivados por um sentimento de superioridade sobre suas companheiras, por prazer ou desejo sádico em relação a elas, ou pela suposição de propriedade sobre essas mulheres. A sociedade mudou e não vive como outrora, um regime patriarcal onde o homem manda e a mulher segue ordens. Conforme Piazzeta (2001, p.38) “O homem recorreu, então, aos serviços de outros homens que reduziu a escravidão. A propriedade privada apareceu: senhor dos escravos e da terra, o homem tornou-se, também, proprietário da mulher.” Regime patriarcal foi abolido com o homem perdendo a propriedade sobre o escravo e sobre a mulher, mas as diferenças ainda perduram e procura então igualar a todos sejam eles negros ou brancos, ricos ou pobres, homem ou mulher.

2.2 Desvendando a lei do feminicídio

Para conhecer a extrema importância de uma legislação, além de adentrar no porquê da criação da mesma, há que se analisar os mínimos detalhes, sempre com muito zelo e atenção. O exegeta não deve se prender totalmente à letra fria da lei, mas procurar relacionar - lá com um contexto generalizado. Uma norma solta no universo jurídico terá o seu valor extremamente reduzido, prejudicando o sujeito a quem a norma visa proteger. Uma norma deve estar sempre de acordo, primeiramente, com a Carta Magna e depois, mas não em patamar inferior, com as outras normas existentes no plano jurídico, as chamadas normas infraconstitucionais. Segue o inteiro teor da legislação em estudo:

Art. 1º O art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: “Homicídio simples Art. 121. Homicídio qualificado § 2º. Feminicídio VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: § 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. Aumento de pena § 7ºA 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. Art. 2º O art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração: Art. 1º 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, I, II, III, IV, V e VI); Trataremos aqui das causas de aumento de pena da qualificadora, pois a própria qualificadora será mais bem estudada no próximo item, ao traçarmos um paralelo com a Lei Maria da Penha. A lei em comento veio trazer uma proteção até certo ponto, discutível de acordo com alguns estudiosos. Mas, quando se busca proteger um bem jurídico em especial, é normal que venham à baila os questionamentos. Quanto às causas de aumento de pena da citada lei, demonstram um certo exagero e até mesmo um desconhecimento da realidade por parte do legislador. Passa-se a análise: Aumento de pena § 7ºA 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; Aqui o legislador preferiu estender a proteção à gestação da mulher até três meses após o parto. De maneira até lógica, há de se reconhecer que a defesa da mulher se encontra desguarnecida durante e após o parto, encontrando dificuldades até mesmo de locomoção, com a necessidade de repouso e cuidados. Também, a mulher nesse período passa por mudanças drásticas, tanto em seu corpo quanto na sua saúde mental, sendo reconhecidos os muitos casos de depressão pós-parto. Tal situação de extremo risco pode levar à prática de crime contra o próprio filho, o que mostra quão sensível se torna a mulher nesse estado. Reis (2015, p.295) decreta ainda que para a incidência da causa de aumento de pena a qual estamos abordando, necessário se faz o total conhecimento do agente sobre a gestação da vítima, caso contrário incidiria o agente em erro de tipo (artigo 20 do código penal). Como bem expõe Piazzeta (2001, p.129) “Que todas as mulheres que dão à luz passam pelo puerpério é certo. Que pouquíssimas mulheres matam sob a influência do estado puerperal

é mais certo ainda”. A questão do estado puerperal se estende entre 8 a 15 dias gerando diversas controvérsias na doutrina. Mas mesmo com o fim do estado puerperal, a mulher ainda assim continua a sua estafa, agora com o repouso necessário para recuperação de sua cirurgia, além de cuidados com o recém-nascido, que nesse momento se torna tão dependente da mãe, como bem dito pelo jurista e promotor Da Silva (2015): “A norma também determina o aumento da pena quando o crime for praticado nos três meses posteriores ao parto, período esse em que a criança é mais dependente da mãe”. Em suma, o que pretendeu o legislador foi ampliar o lapso temporal pós-parto, em razão da mulher se encontrar em situação mais vulnerável, bem como proteger a criança. Greco (2015) ainda nos ensina que tal situação deve ter passado pela esfera de conhecimento do agente senão não será possível imputar-lhe a aplicação das referidas majorantes, sob pena de estar imputando ao agente a maléfica responsabilidade penal objetiva, não aceita em nosso direito penal. A crítica que se faz é quanto ao tempo de 03 meses, pois alguns consideram um tempo curto, enquanto outros acreditam que não deveria existir tal tratamento à situação posterior ao parto. “II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;” Aqui existe a previsão da causa de aumento quanto à vulnerabilidade da vítima em razão da idade, muito jovem ou idosa, mas a intenção do legislador é a mesma: a proteção. Confusão pode ser gerada em razão da previsão da agravante do artigo 61, II, contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; e também a alínea “h”, contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida. A lei procura sempre proteger os idosos, tendo até mesmo criado um estatuto para regular seus direitos e conceder uma proteção a esses hipossuficientes. Também em relação aos menores o legislador preferiu sua proteção criando por igual um instrumento jurídico, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. Melhor se fez aumentar essa tutela. Geralmente crimes contra esses protegidos são os que mais ecoam o clamor público, como se depreende das palavras de Da Silva (2015): No que tange à idade da vítima, o fundamento da majorante é que essas pessoas merecem maior proteção penal em face da pequena ou da avançada idade, além da conduta do agente ser mais reprovável aos olhos da sociedade (culpabilidade). No Código Penal há uma agravante, presente no artigo 61, II, h, o qual trata da previsão da causa de aumento se o crime for cometido contra pessoa maior de 60 anos, idêntica a causa de aumento de pena do feminicídio. Mas, em qual caso será enquadrado uma e em qual será enquadrado outra? A resposta é simples, segundo Greco (2015): a causa de aumento de pena do feminicídio não é genérica e extensiva a outros crimes devendo ser aplicada somente aos crimes enquadrados na norma em estudo. Já as circunstâncias agravantes, como a condição de idade avançada, serão aplicadas aos crimes não cobertos pela norma especial, que também possui previsão expressa. Se por exemplo, uma mulher maior de 60 anos for vítima do crime de feminicídio, deverá ser a lei específica aplicada e desconsiderada a agravante do art. 61, II, h a fim de não haver a configuração do “bis in idem”, Daí, no que forem contrárias à Lei do Feminicídio, essas previsões deverão ser desconsideradas. De acordo com Bianchini e Gomes (2015) : O próprio art. 121 do Código Penal, em seu § 4º, já prevê um aumento de 1/3 nos casos de homicídio praticado contra pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos. O aumento previsto para o feminicídio, no entanto, é mais severo, pois varia de 1/3 até metade. Prevalece, no caso, o aumento determinado no § 7º, pois se trata de lei específica (princípio da especialidade). Em nenhuma das hipóteses incidirá a agravante genérica prevista no art. 61, h do Código Penal, sob pena de bis in idem. Já, de acordo com Da Silva (2015), quanto à causa de aumento de pena que diz respeito à deficiência, como a lei é silente, devemos entender que se trata de qualquer espécie de deficiência, mas apta a diminuir a capacidade de resistência da vítima. Assim, não é porque a vítima possui pequena deficiência auditiva ou na fala que a pena será aumentada. Greco (2015) também é partidário que a deficiência pode ser tanto física quanto mental

conforme exposição do seu pensar: “A deficiência da vítima, que pode ser tanto a física ou mental, poderá ser comprovada através de um laudo pericial, ou por outros meios capazes de afastar a dúvida.” Bianchini e Gomes descrevem quando uma pessoa poderá ser considerada deficiente citando o Decreto 3298/1999 que regulamentou a lei 7853/1989 em seu artigo 4º: Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II – deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz; III – deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências. Bianchini e Gomes ainda expõem que vários são os tipos penais em que a pena é agravada em razão da deficiência da vítima (lesão corporal, injúria, frustração de direito assegurado por lei trabalhista, etc.). A maioria dos doutrinadores, em especial Greco (2015), ainda consideram que o feminicida deva ter conhecimento da situação de portador de deficiência da vítima, sob pena de não incidir a causa de aumento de pena (em virtude do erro de tipo). Greco (2015) ainda nos orienta que, se houver o desconhecimento de certa situação pelo agente e mesmo assim ele responder, imputar-se-á uma responsabilidade penal objetiva, consequentemente desprezada pelo Código Penal pátrio. “III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” Aqui na causa de aumento do inciso III, a previsão legal visa proteger os filhos e pais da mulher, em razão de ter presenciado o ato criminoso voltado a sua filha ou a sua mãe. O familiar ascendente ou descendente que presenciar o fato criminoso, não resta dúvidas de que carregará em seu consciente, pelo resto de seu viver, a violência sofrida pelo seu ente querido. O caso em questão visa à proteção da mulher, mas também a tutela dos ascendentes e descendentes, os quais são tão vítimas quanto à vítima do crime. Muito discutido também é a respeito dessa presença, se deve ser física ou até mesmo virtual, Da Silva (2015) nos leva a creditar que até mesmo a presença virtual, por meio eletrônico, desde que seja de conhecimento do agente, deva ser aceita, conforme se segue a explanação: Por fim, o crime cometido na presença de ascendente ou de descendente da vítima também é caso de agravamento da pena, isso em razão do trauma psicológico que o ato traz para quem o assiste, notadamente quando se trata de parente próximo. Mesmo nessa situação, a fim de que não ocorra responsabilidade penal objetiva, a presença do ascendente ou de descendente da vítima deve ser de conhecimento do agente. A presença pode ser física ou virtual, como quando crime é cometido e transmitido pela internet (Skype, Facetime, Viberetc). Porém, não basta que o crime seja gravado e posteriormente exibido. É exigência da norma que o crime seja cometido “na presença”, o que pressupõe atualidade. Da Silva nos mostra também que usar a gravação do crime para exibir aos ascendentes e descendentes não configura o crime, pois não foi cometido

na presença dos mesmos, apesar de os protegidos terem assistido o caso, mas não efetivamente presenciaram. Cabe lembrar também que a norma é expressa e taxativa ao mencionar apenas os ascendentes e descendentes. Dessa forma, não cabe a causa de aumento de pena se o crime for presenciado por irmãos ou irmãs, tios ou tias, primos ou primas. Em suma, os colaterais estão excluídos dessa proteção. E se a mulher sempre conviveu com outros parentes que desempenharam o papel dos seus ascendentes? Com certeza eles sofrerão as consequências do crime, principalmente emocionais, como os ascendentes e descendentes sofrerão. No entanto, a norma penal não alcança esses parentes em razão do rol taxativo, não cabendo ampliação em prejuízo do réu.

2.2 Traçando um paralelo com a lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) O crime pede o requisito normativo “mulher”, no entanto, continua o texto a dizer por “razões da condição do sexo feminino” que ficará a cargo da Lei Maria da Penha nos dar a resposta do que e quais são essas condições do sexo feminino. Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos [...] Homicídio qualificado § 2º Se o homicídio é cometido: [...] Femicídio VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [...] Luís Flávio Gomes e Alice Bianchini (2015) assim se posicionam sobre o assunto: Perceba-se que o legislador não trouxe uma qualificadora para a morte de mulheres. Se fosse assim bastaria ter dito: “Se o crime é cometido contra a mulher”, sem utilizar a expressão “por razões da condição de sexo feminino”. Uma vez esclarecido que a qualificadora não se refere a uma questão de sexo (categoria que pertence à biologia), mas a uma questão de gênero (atinentes à sociologia, padrões sociais do papel que cada sexo desempenha) convém trazer algumas considerações sobre o assunto. Luís Flávio Gomes e Alice Bianchini (2015) rezam que a violência de gênero abarca uma deliberação social dos papéis dos homens e das mulheres e que toda sociedade pode, e talvez até deva, atribuir desiguais atribuições aos homens e às mulheres. O problema se dá quando a tais papéis são atribuídos pesos com importâncias distintas. Segundo os autores, na nossa sociedade, os papéis dos “machos” são supervalorizados em detrimento das fêmeas. Ao falar sobre a Lei do Femicídio, é quase impossível não adentrar no campo da Lei Maria da Penha, criada para ser um instrumento a mais de proteção da mulher, vítima da violência doméstica e/ou familiar. A citada Lei 11.340/2006 também tratava com maior rigor os responsáveis pela violência contra mulher. Conforme muito bem posto por Silva (2015) : Nove anos antes, a lei nº 11.340/2006, lei Maria da Penha, atribuía maior rigor a crimes cometidos contra a mulher. Não só a violência física da agressão era tratada como crime, o que já era garantido pelo Código Penal, como o conceito era estendido a qualquer tipo de conduta que produzisse danos à integridade ou saúde corporal. Também foram incluídos nessa lei, outros tipos de violência: a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral. Os agressores poderiam agora ser presos em flagrante, ter a prisão preventiva decretada, ser impossibilitados de cumprir pena alternativa, ser removidos do domicílio e proibidos de se aproximarem da mulher agredida. Conforme se depreende, a Lei Maria da Penha já impunha certas condições majorando consideravelmente a situação do agressor, que agora em determinadas hipóteses, estaria impedido de se manter próximo da mulher. Capez (2010, p.189) em seu curso de direito penal especial vol.II ao tratar sobre o delito de lesão corporal se manifesta sobre a lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006 entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006, tendo por objetos: a) criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; b) dispôs sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; c) estabelecendo medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência. Assim continua Capez (2010, p.189): Teve como fundamento: Art. 226, § 8º, da Constituição Federal, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a Violência contra a Mulher e outros tratados internacionais ratificados pela

República Federativa do Brasil (cf. art. 1º). De acordo com o art. 5º da Lei n. 11.340/2006, a violência doméstica ou familiar consiste em “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. O art. 6º, por sua vez, define o que se entende por violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral contra a mulher. Compreende, assim, por exemplo, a ofensa à integridade ou saúde corporal da mulher; a ameaça, constrangimento, humilhação ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; a ação de constranger a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso de força; a conduta de reter, subtrair, destruir objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais; e qualquer comportamento que configure calúnia, difamação e injúria, dentre outras condutas. Segundo Capez (2010, p.190) aqui os autores da violência doméstica e familiar: não será somente o cônjuge ou companheiro, mas também os pais, avós, irmãos, tios, sobrinhos, padrastos, enteados etc., logicamente, existindo vínculo doméstico ou familiar entre a vítima e o réu. Continua o douto mestre Capez (2010, p.191) citando que a Lei aumentou a sanção penal para os crimes praticados com violência doméstica e familiar. Operando inclusive alterações na sanção penal aplicada ao crime do art. 129, § 9º. Alterou também a redação do art. 152 da LEP, que passou a prever que, no caso dessa violência doméstica, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação, além de que a lei vedou a incidência da Lei 9099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. (CAPEZ, 2010, p.191) A Lei do Feminicídio não conceitua a violência doméstica e familiar, cabendo à Lei Maria da Penha responder essas questões em seus artigos 5º ao 7º. Pela letra da lei, se considera violência doméstica e familiar desde que seja em razão da condição do sexo feminino, podendo ser qualquer tipo de violência, até mesmo a violência patrimonial. Conforme se seguem os artigos abaixo transcritos: Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos. O legislador demonstrou o modo de configuração desses crimes, relatando até mesmo quais os espaços, prescindindo de coabitação para a consumação do delito. Já no artigo posterior, o legislador fez questão de elencar quais as formas de violência deveriam ser enquadradas, conforme se segue: Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a

presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. O que a lei pretendeu nesse artigo foi cercar o agressor de todos os modos, a fim de que o mesmo fosse punido pela norma penal incriminadora, não deixando margem para interpretação adversa da pretendida pelo legislador. Cunha e Pinto (2010, p.1177) nos mostra até onde engloba a violência: "A violência no âmbito da família engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, parental (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção)". Até mesmo o namorado ou qualquer pessoa do sexo masculino que conviva com a mulher, mesmo que sem coabitação, mas que aja pelos motivos de violência doméstica e familiar ou mesmo em razão do sexo feminino poderá ser alcançado por essa Lei. Em suma, como sempre acontece no mundo jurídico, onde uma norma sempre encontra outra, bem assim é o caso da Lei Maria da Penha, a qual complementa a Lei do Feminicídio, demonstrando que o Direito se interliga e se transforma numa unidade sistematizada. A Lei Maria da Penha também já teve a sua constitucionalidade confirmada no Supremo Tribunal Federal, em razão de como a lei em estudo, vários doutrinadores questionavam sua constitucionalidade. Segundo Vasconcellos (2015) não somente os doutrinadores questionavam a constitucionalidade da lei Maria da penha, mas até mesmo os juízes de direito de primeira instância assim como os de segunda instância relutavam na aplicação da lei. Os juízes acreditavam que havia uma nítida diferenciação entre as vidas do homem e da mulher, causando um aparente e contuso vício ao princípio constitucional da igualdade. Vasconcellos (2015) nos mostra outro ponto da discórdia da Lei Maria da Penha que o STF decidiu por fim: Outro ponto questionado em decisões judiciais é o artigo 33, que define que as varas criminais "acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher", enquanto não estiverem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. As sentenças que definem tal artigo como inconstitucional alegam que o artigo 96 da Carta Magna diz que cabe aos estados (e não à União) fixar a organização judiciária local.

2.4 Sujeito Ativo

Sujeito ativo, em Direito Penal, é aquele que pratica a conduta descrita no tipo penal, ou seja, aquele que pratica o crime. No crime de homicídio, o sujeito ativo é quem desferiu os golpes ou realizou a conduta que causou o óbito. No crime de furto, por exemplo, o sujeito ativo é aquele que subtraiu o bem alheio. Doutrinadora Piazzeta (2001, p.104) nos ensina a questão: Por sujeito ativo compreende-se aquele ser humano que pratica o fato descrito na norma penal incriminadora. A grande maioria dos crimes pode ser praticada por qualquer pessoa, constituindo o que se denomina de crimes comuns, a exigirem um sujeito ativo comum (homicídio, lesões corporais). No entanto há de se lembrar de que existe também no direito penal o sujeito ativo próprio em que o executor ou participe do crime para executá-lo exige-se uma condição especial como nos casos dos crimes praticados contra a administração pública como, por exemplo, a prevaricação em que a condição de funcionário público é essencial para a consumação do delito. Como bem leciona Piazzeta (2001, p.105): Todavia existem tipos penais incriminadores que exigem do sujeito ativo uma determinada qualidade ou condição pessoal, que pode ser jurídica (acionista), profissional ou social (comerciante, funcionário público), natural

(gestante, mãe), parentesco (descendente), etc. Mas, e quanto à Lei do Feminicídio, quem poderá ser o sujeito ativo? Em primeiro lugar, ao analisar a letra fria da lei, não se encontra nenhuma justificativa que imponha um sujeito ativo próprio ou especial. O artigo 121 § 2º, que trata do homicídio qualificado, apresenta apenas a seguinte expressão: “se o homicídio é cometido”. Ora, mas cometido por quem? A lei quando não especifica quem é o sujeito que pode praticar o crime. Em outras palavras, quer dizer apenas que qualquer pessoa que vier a cometer o crime, desde que enquadrado na lei, por ela será punido. Por ser enquadrado como um tipo penal comum poderá ser praticado por qualquer pessoa, normalmente é praticado pelo homem, o que não impede que seja realizado por uma mulher. (REIS, 2015, p.292) Segue o mesmo entendimento de Reis, o doutrinador Truz (2015) ao proferir que as mulheres se praticarem tal crime qualificado, deverão sofrer as mesmas reprimendas, pois eis que a lei não se limita apenas aos homens, mas acertadamente também as mulheres. Como se apercebe, até mesmo a mulher pode ser sujeito ativo do crime em tela desde que cometa os crimes no molde do tipo penal incriminador. Não basta apenas que uma mulher cometa o crime contra outra mulher. Para a consumação desse delito, outras condições expostas na lei deverão ser observadas, quais sejam a violência doméstica e familiar e o menosprezo ou discriminação da condição de mulher. Enquadra-se na Lei do Feminicídio, como se vê, a punição da mulher homossexual, que por algumas dessas condições venha a cometer o crime. O caso deverá ser bem averiguado para que não se vislumbre uma situação injusta, gerando repressão mais severa. Em suma, o sujeito ativo é o comum, não demandando nenhuma qualidade especial, podendo ser cometido até mesmo pela mulher, desde que enquadrada nas situações requeridas pela lei. Mas e quanto ao pai, irmão, tio, avô etc. Será que também podem ser sujeito ativo do crime em tela? Estudando o assunto e a Lei em si, assim como a justificação do projeto de Lei é notável que o legislador pretendia cercar a violência contra a mulher em especial dentro do seu lar, conforme a redação original do projeto de Lei que era assim redigido: Art.1º O Art. 121 do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de Setembro de 1940, passa a vigorar a seguinte redação: O art.121 (...) §7º Denomina-se feminicídio a forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher quando há uma o mais das seguintes circunstâncias: I-Relação íntima de afeto ou parentesco, por afinidade ou consanguinidade, entre a vítima e o agressor, no presente ou no passado; II- Prática de qualquer violência sexual com a vítima, antes ou após morte; III-Mutilação ou desfiguração da vítima, antes ou após a morte; Pena- reclusão de doze a trinta anos §8º A pena de feminicídio é aplicada sem prejuízo das sanções relativas aos demais crimes a ele conexos. (NR) Art. 2º A lei entra em vigor na data de sua publicação.” Convívio ou relação íntima de afeto ou parentesco, por afinidade ou consanguinidade entre a vítima e o agressor constava no texto original do projeto de lei, posteriormente veio a ser modificado, mas sem perder a sua essência, pois o legislador preferiu substituir tal termo pelo termo “violência doméstica e familiar”. Em estudo realizado por Waiselfisz (2015) no mapa da violência 2015 homicídios das mulheres no Brasil ,assim se manifesta, ao entender por feminicídio as violências cometidas contra uma mulher no âmbito familiar da vítima que, de forma intencional, causam lesões ou agravos à saúde que levam a sua morte. E mesmo as pessoas que não possuem um contato de estreita relação passional com a vítima, podem ser punidas pelo crime do homicídio qualificado pelo feminicídio, seguindo os critérios em especial da Lei Maria da Penha. Essa espécie de feminicídio é nomeado pela doutrina de Feminicídio Intimo, pois atinge a mulher em seu ambiente de convívio no qual se torna vítima de violência doméstica e familiar. Pelo exposto torna se consequentemente possível o enquadramento do agressor quando for pai, irmão, avô, tio, sobrinho da vítima e outros que residem com a prejudicada desde que haja violência doméstica ou familiar nos moldes do art.5º da Lei Maria da Penha abaixo transcrito: Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher

qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. A lei do Feminicídio tutela a mulher e visa principalmente adentrar em seu ambiente de moradia onde ainda reina o sistema patriarcal, mesmo que implicitamente, prevalecendo à imposição do homem sobre a mulher. Em estudo sobre o homicídio das mulheres, mapa 2015: Qual o perfil preferencial das mulheres vítimas de homicídio? • São meninas e mulheres negras. As taxas de homicídio de brancas caem na década analisada (2003 a 2013): de 3,6 para 3,2 por 100 mil, queda de 11,9%; enquanto as taxas entre as mulheres e meninas negras crescem de 4,5 para 5,4 por 100 mil, aumento de 19,5%. Com isso, a vitimização de negras, que era de 22,9% em 2003, cresce para 66,7% em 2013. Isto significa que: – Em 2013 morrem assassinadas, proporcionalmente ao tamanho das respectivas populações, 66,7% mais meninas e mulheres negras do que brancas. – Houve, nessa década, um aumento de 190,9% na vitimização de negras. – Alguns estados chegam a limites absurdos de vitimização de mulheres negras, como Amapá, Paraíba, Pernambuco e Distrito Federal, em que os índices passam de 300%. • Prevalência entre 18 e 30 anos de idade, com pico também na faixa de <1 ano de idade (infanticídio). • Em comparação com os homicídios masculinos, nos femininos há maior incidência de mortes causadas por força física, objeto cortante/penetrante ou contundente, e menor participação de arma de fogo. • A agressão perpetrada no domicílio da vítima tem maior incidência entre as mulheres do que entre os homens. • A agressão a mulheres é cometida, preferencialmente, por pessoas conhecidas da vítima; a contra os homens, por pessoas desconhecidas. Todos esses aspectos permitem caracterizar a maior incidência da violência doméstica e familiar entre as vítimas do sexo feminino. Estudo elaborado por Julio Jacobo Waiselfisz (2015) mapa da violência, expôs a situação com maestria comprovando que a mulher vem sendo exterminada em especial dentro de seu lar e não apenas por seu cônjuge, mas também por outros familiares que com ela residam. 2.5 Sujeito Passivo Sujeito passivo é aquele que sofre a conduta descrita no tipo penal incriminador, em síntese, é quem pode sofrer a ação criminosa, em outras palavras é a vítima do crime. Como bem leciona Piazzeta (2001, p.106) “Como sujeito passivo do crime, vê-se que o titular do interesse cuja ofensa constitui a própria essência do mesmo”. Mas, e quanto ao sujeito passivo, também é possível termos alguns sujeitos especiais? A resposta deve ser afirmativa, eis que há certos crimes que pedem em seus tipos penais qualidade especial do sujeito passivo, como por exemplo, se alguém matar ou tentar matar, deverá obrigatoriamente ser enquadrado no artigo 121 do Código Penal, com suas extensões. Mas, e se esses mesmos crimes forem cometidos contra os Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal? Deverá ser enquadrado no Código Penal, em sua parte especial, que trata dos crimes dolosos contra a vida? A resposta deve ser negativa, em razão de haver uma lei especial que trata dos crimes contra a vida dessas autoridades, a lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, conhecida como Lei de Segurança Nacional, que em seu artigo 29 cc 26 tipifica esses delitos. Temos aqui sujeitos passivos especiais, pois somente os elencados poderão ser beneficiados pela citada lei. E quanto ao sujeito passivo que sofre o crime de abuso, estampado no artigo 173 do Código Penal, poderá ser qualquer pessoa? A resposta deve ser negativa, pois a norma especifica quais pessoas podem ser enquadradas como vítimas, e nesse caso será o menor ou aqueles a

quem lei preferiu conceituar como debilidade mental, os considerados os incapazes. Abuso de incapazes Art. 173 - Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa. E quanto ao sujeito passivo da lei em estudo? Há grande discussão; porém, deverá se valer o exegeta dos meios de interpretação da lei penal para saber qual é a real finalidade da mesma. A interpretação consiste em extrair o significado e a extensão da norma em relação à realidade. É uma operação lógico-jurídica que se dirige a descobrir a vontade da lei, em função de todo o ordenamento jurídico e das normas superiores de cultura, a fim de aplicá-las aos casos concretos da vida real. (JESUS, 2003, p.33). Em princípio, utilizando um dos meios de interpretação da lei penal, a interpretação gramatical, literal ou sintética, segundo leciona Damásio E. de Jesus: A primeira tarefa que deve fazer quem procura interpretar a lei, no sentido de aflorar a sua vontade, é recorrer ao que dizem as palavras. É a interpretação gramatical, literal ou sintática. Sobre ela, diz o art. 12 das "Disposições Preliminares" do CC italiano que, "ao aplicar a lei, não se lhe pode atribuir outro sentido senão o que ressalta do significado próprio das palavras, segundo sua conexão e a intenção do legislador". O CC chileno, por sua vez, em seu art. 19, determina que, "quando o sentido da lei é claro, não se desatenderá seu teor literal, a pretexto de consultar seu espírito". ALICC, com vantagem, preceitua que "na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (art.5.o). (JESUS, 2003, p.38). Conforme segue o doutrinador Damásio, não deve ser apenas levado em conta o sentido literal da lei, mas se atentar para o que a mesma deseja transmitir à sociedade, razão pelo qual se pede outro meio interpretativo, assim exposto: A simples análise gramatical não é suficiente, porque pode levar a conclusão que aberre do sistema. Sob pena de grave equívoco, a interpretação literal não deve abster-se de visão de todo o sistema. Para que se apreenda o significado de uma norma é preciso perquirir-lhe a finalidade: a ratio legis. Daí ser necessária a interpretação lógica ou teleológica. 2. Interpretação lógica ou teleológica É a que consiste na indagação da vontade ou intenção objetivada na lei. Na maioria dos casos, a simples perquirição gramatical não é suficiente para exteriorizar a extensão e compreensão da norma, sendo necessária uma pesquisa mais profunda, mais rica em subjetividade, que indique qual a real finalidade de sua elaboração. Daí sai o intérprete para o estudo do elemento lógico, aprofundando mais a sua exploração no sentido da lei. Passa, então, a investigar os motivos que determinam o preceito, as necessidades e o princípio superior que lhe deram origem, o que os clássicos chamaram ratio legis; o elemento teleológico, o fim visado pela lei, a vis legis, e, finalmente, as circunstâncias do momento em que se originou, a occasio legis. De observar-se que a interpretação deve ser única sob o aspecto de dever o exegeta empregar, harmonicamente, os meios gramatical e teleológico. Se ocorrer contradição entre as conclusões da interpretação literal e lógica, deverá a desta prevalecer, uma vez que atenda às "exigências do bem comum" e aos "fins sociais" a que a lei se destina. (JESUS, 2003, p.38). Depois de todos esses passos, cabe agora volver os olhos à intenção da lei: Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] Homicídio qualificado § 2º Se o homicídio é cometido: [...] Feminicídio [...] VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena - reclusão, de doze a trinta anos. O tipo penal não deixa margem para dúvidas, já que a interpretação literal por si resolve o dilema, sem a necessidade de buscar em outros meios, como a lógica e a teleológica, a resposta sobre quem pode ser enquadrado como sujeito passivo. Sem devaneios, o artigo 121 § 2º in. VI do Código Penal pátrio apenas descreve o seguinte: Se o homicídio é cometido em razão da condição de sexo feminino, para reforçar a ideia o legislador preferiu repetir no mesmo artigo, agora no § 2o-A, desta vez trocando a palavra "mulher" pelo termo "sexo feminino",

conforme se segue: § 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. Em suma, o sujeito passivo deve ser sempre a mulher, além de preenchidos os requisitos da legislação, quais sejam a violência doméstica e familiar ou o menosprezo ou discriminação à condição de sexo feminino. Nesse sentido, ponderam os renomados doutrinadores Bianchini e Gomes (2015): Na qualificadora do feminicídio, o sujeito passivo é a mulher. Aqui não se admite analogia contra o réu. Mulher se traduz num dado objetivo da natureza. Sua comprovação é empírica e sensorial. De acordo com o art. 5º, par. Único, a Lei 11.340/2006 deve ser aplicada, independentemente de orientação sexual. Na relação entre mulheres hetero ou transexual (sexo biológico não correspondente à identidade de gênero; sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, pode caracterizar o feminicídio. Aqui, a norma jurídica visa à proteção apenas do sexo feminino. Segue esse mesmo entendimento El Hireche e Figueiredo (2015): Com efeito, se a condição de mulher do sujeito passivo do delito é uma elementar objetiva do tipo penal, premente notar que deve ser a expressão “sexo feminino” interpretada taxativamente, não sendo enquadrados pela nova figura qualificada os delitos praticados contra travestis, transexuais e transgêneros. Também não serão enquadrados pelo tipo penal os homicídios praticados, no âmbito de uma relação homoafetiva, por um homem contra o outro, ou, ainda, em um crime praticado por uma mulher contra um homem. Compartilham da mesma convicção os doutrinadores Bianchini e Gomes (2015): Na qualificadora do feminicídio, o sujeito passivo é a mulher. Aqui não se admite analogia contra o réu. Mulher se traduz num dado objetivo da natureza. Sua comprovação é empírica e sensorial. De acordo com o art. 5º, par. Único, a Lei 11.340/2006 deve ser aplicada, independentemente de orientação sexual. Na relação entre mulheres hetero ou transexual (sexo biológico não correspondente à identidade de gênero; sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, pode caracterizar o feminicídio. De maneira oposta se dá o entendimento de Jeferson Botelho Pereira, citado por Greco (2015), defendendo que, apesar de a Lei do Feminicídio, assim como a Lei Maria da Penha, visar à proteção da mulher, está se estenderá até mesmo aos homossexuais e transexuais, assim: “Transexualismo: Diante das recentes decisões da Lei nº 11.340/2006, em relação à Lei Maria da Penha, em especial o TJGO, acredito que o transexual pode figurar como autor ou vítima do delito de feminicídio. Homossexualismo masculino: Também em função dos precedentes dos Tribunais Superiores, em havendo papel definido na relação, é possível o homossexual masculino figurar como vítima do feminicídio. Homossexualismo feminino: Acredito não haver nenhum óbice também para figurar tanto como autor ou vítima do crime de feminicídio” Segundo interpretação aqui exposta, não só a mulher será sujeito passivo do crime em tela, devendo a proteção se estender tantos aos homossexuais e transexuais. Greco (2015) segue esse entendimento. Quanto a quem pode sofrer o crime em tela a lei protege exclusivamente a mulher, podendo ser ela criança, adulta ou idosa independentemente de qualquer outra condição. (REIS, 2015, p.292).

2.6 As diferentes interpretações sobre o termo “mulher” A Lei do Feminicídio deixa nítida a proteção às mulheres. Porém, a grande indagação surgida, paralelamente, foi: quem pode ser considerado mulher para essa lei e para o Direito Penal? A questão é polêmica, em especial pelos direitos garantidos aos casais homossexuais, não cabendo a ninguém discriminá-los, além de que se trata de requisito normativo do crime em tela devendo ser esclarecido esmiuçadamente. Recorrendo aos dicionários para a análise do sentido da palavra mulher para maior aproximação do seu real significado encontramos, por exemplo, que é mulher a adolescente após a primeira menstruação, ou é mulher quando a mesma tendo seu primeiro encontro sexual; ou ainda pessoa adulta do sexo feminino. Tudo transmite a ideia de que mulher é aquela que pode procriar e ter filhos, tendo nascido mulher e possuir órgão feminino diverso

do masculino, que com ele seja contraposto. Conforme bem elaborado pela doutrinadora Naele Ochoa, em sua obra dedicada ao tema, abordando a diferença de gênero no Direito Penal. “Nasce-se homem ou mulher. As outras diferenças são impostas pela cultura, pela sociedade e pelas leis, onde os papéis que cada sexo deve desempenhar na vida social são reservados aos indivíduos desde o seu nascimento.” (PIAZZETA, 2001, p.120). No entanto, tais afirmações da doutrina apenas levam em conta o sexo da pessoa no nascimento, não sendo suficiente para responder as questões no Direito. Necessário se faz a avaliação de outros aspectos, e para isso a doutrina costuma tratar de três critérios para reconhecimento do conceito de mulher, conforme muito bem assevera Francisco Dirceu Barros (2015): 1º posição: o critério psicológico. Haverá defesa no sentido de que deve-se desconsiderar o critério cromossômico, para identificar como mulher toda aquela em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino. Adotando-se esse critério, matar alguém que fez o procedimento de neocolpovulvoplastia ou que psicologicamente acredita ser uma mulher, será aplicado à qualificadora do feminicídio. Neste critério leva-se em conta o íntimo do sujeito, o que ele acredita ser e não o órgão sexual que ele tenha ou porventura venha a ter. Até mesmo por que uma pessoa do sexo masculino pode realmente se portar como uma pessoa do sexo feminino assim como a recíproca é verdadeira. Conforme exposto, será perfeitamente possível enquadrar até mesmo um homossexual que acreditar veemente ser mulher, considerando o íntimo do sujeito. Tal critério é muito utilizado para as questões cíveis, como casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois eis que a Constituição cidadã dilatou o sentido da palavra família, concedendo direitos e obrigações para as relações homoafetivas, tratando-as realmente como parte da sociedade. Rogério Greco, citado por Francisco Dirceu Barros, já tem a preferência em acreditar que mulher é a portadora de um documento que a identifique como sendo do sexo feminino. Já o doutrinador Barros aceita que, para a incidência do conceito de mulher, deverá constar no documento de identificação a modificação do sexo. Vislumbra-se aqui o segundo critério abaixo transcrito: 2º posição: o critério jurídico cível. O amigo Rogério Greco [2], comentando o crime de estupro, defende que deve ser considerado o sexo que consta no registro civil, in verbis: 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 peticionário, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural, orgânico, passando, agora, a um conceito de natureza jurídica, determinado pelos julgadores. Trata-se do critério que geralmente vem como consequência do primeiro, o íntimo, pelo qual a pessoa se sente uma alma fora de seu corpo. Leva-se em conta o íntimo do sujeito, o que ele acredita ser, e não o seu órgão sexual e, como consequência, o requerente resolve procurar o Poder Público para a consequente alteração de seus documentos. 3º posição: o critério biológico. O critério biológico identifica homem ou mulher pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino: a) sexo morfológico ou somático resulta da soma das características genitais (órgão genitais externos, pênis e vagina, e órgãos genitais internos, testículos e ovários) e extragenitais somáticas (caracteres secundários – desenvolvimento de mamas, dos pelos pubianos, timbre de voz, etc.); b) sexo genético ou cromossômico é responsável pela determinação do sexo do indivíduo através dos genes ou pares de cromossomos sexuais (XY – masculino e XX - feminino) e; c) sexo endócrino é identificado nas glândulas sexuais, testículos e ovários, que produzem hormônios sexuais (testosterona e progesterona) responsáveis em conceder à pessoa atributos masculino ou feminino. Este terceiro critério considera mulher aquela nascida como tal, e que pelas suas características, possui todos os órgãos que a identifique, podendo se reproduzir ou gerar filhos. Logo, excluem-se os transexuais, pois mesmo

depois de realizar a cirurgia de mudança de sexo continuam sendo homens, conforme expõe Tatiana Nascimento (2015): “A transexual, sob o ponto de vista estritamente genético, continua sendo pessoa do sexo masculino, mesmo após a cirurgia.” Esses são os critérios que a doutrina deverá se utilizar para responder às questões polêmicas e amplamente debatidas no cenário jurídico e acadêmico.

2.7 Femicídio, qualificadora circunstância objetiva ou subjetiva?

Essa pergunta é crucial, pois em razão dela poder-se-á responder outra questão de suma importância, qual seja se cabível ou não o homicídio privilegiado com a incidência dessa qualificadora. As qualificadoras se dividem conforme cita a jurisprudência em circunstâncias subjetivas e objetivas. As circunstâncias qualificadoras subjetivas dizem respeito às condições do agente, ou o sentimento que o levou a praticar a infração penal, ou como bem ensina Capez (2010, p.74) ao tratar da dita qualificadora, cita que, subjetiva diz respeito aos motivos ou razões que levaram o sujeito a praticar o ilícito penal. Do mesmo modo preconiza Damásio (2003, p.438) citando que circunstâncias subjetivas são as que somente dizem respeito com o sujeito participante do crime, sem dizer respeito à materialidade do delito, como os motivos do fato ilícito, condições ou qualidades pessoais e relacionamento com a vítima. As circunstâncias objetivas já englobam o fato em si, qual sejam os meios ou modos utilizados na execução da investida criminal. Damásio E.de Jesus (2003, p.438) descreve que as circunstâncias objetivas relacionam pelos meios e modos de execução do crime, tempo, ocasião, local, objeto material assim como as qualidades da vítima. No mesmo rumo se pronuncia o doutrinador Capez (2010, p.79) quando diz que a qualificadora objetiva diz respeito aos modos e meios de execução no crime de homicídio, demonstrando maior crueldade e maior desvalor pela vida humana. De modo sintético resume bem Barros (2015) sobre as diferenças entre as qualificadoras citando que as qualificadoras subjetivas são as relacionadas com a motivação do crime enquanto as objetivas relacionam-se com as formas de execução do crime. O homicídio privilegiado vem exposto no artigo 121 § 1º conforme abaixo transcrito: Homicídio simples Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. [...] As condições ou circunstâncias para a consecução do homicídio privilegiado levam em conta os motivos da prática do crime, que se tornam determinantes para a caracterização desse benefício. O artigo fala “comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima”, caráter estritamente subjetivo, pois trata dos motivos que levaram o sujeito a delinquir. Conclui-se pela impossibilidade de acúmulo de qualificadora subjetiva para o enquadramento nesse tipo benéfico, pois assim como o privilégio as qualificadoras subjetivas também dizem respeito com a motivação do crime, ou seja, privilégio trata-se de uma circunstância subjetiva. Se o privilégio ao invés de conceituar uma circunstância subjetiva pedisse uma objetiva seria possível o enquadramento no homicídio qualificado privilegiado. Homicídio qualificado privilegiado resta caracterizado quando presente uma circunstância qualificadora objetiva como meios e modos de execução, o qual é compatível em razão do privilégio ser também uma circunstância subjetiva. Demonstrado está a incompatibilidade entre a circunstância do privilégio e as circunstâncias subjetivas. E assim se manifesta o grande jurista Capez (2010, p.62): Levando-se, contudo, em consideração que a disposição topográfica é secundária, devendo a norma penal ser interpretada de forma harmônica, de modo a se admitir a coexistência do privilégio e da qualificadora, e de que as circunstâncias qualificadoras objetivas (meio e modo de execução) são compatíveis com o privilégio, que é sempre uma circunstância subjetiva, a jurisprudência tem aceito a coexistência de circunstância subjetiva que constitua o privilégio com circunstância objetiva (meio e modo de execução) que constitua a

qualificadora. Nesse sentido já se posicionaram o STJ e o STF. Desse modo, é possível que o agente tenha agido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima (circunstância privilegiadora), e que tenha empregado um meio que impediu ou impossibilitou a sua defesa (circunstância qualificadora objetiva). Pelas palavras de Capez está fulgente que se aplica o privilégio no homicídio com circunstâncias objetivas devendo ser desprezadas em relação às subjetivas. As circunstâncias que levam ao homicídio privilegiado são: (A) motivo de relevante valor social ou (B) motivo de relevante valor moral, ou (C) sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Em qualquer desses prega o artigo que poderá o juiz reduzir a pena, demonstrando ser uma faculdade do juiz, o que a doutrina discorda decretando que se trata aqui de um direito subjetivo do réu, pois ao reconhecer o privilégio o juiz deverá reduzir a pena. Conforme ensinamentos de Capez (2010, p.53) que decreta que se a circunstância do privilégio for reconhecida pelo corpo de jurados, o juiz está vinculado a decisão pelo princípio da soberania dos veredictos, não existindo aqui faculdade, mas uma imposição. Passa-se a partir de agora a analisar a qualificadora feminicídio descrito no artigo 121 § 2º VI e § 2º-A I, II. Homicídio simples Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] Homicídio qualificado § 2º Se o homicídio é cometido: [...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos. 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. § 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. [...] § 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 violência doméstica, familiar e também o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não são formas de execução do crime, e sim, a motivação delitiva, portanto, o feminicídio é uma qualificadora subjetiva”. Barros (2015). Contrariando Barros, Da Silva (2015) entende presentes no feminicídio, tanto circunstâncias subjetivas quanto objetivas conforme transcritas abaixo e assim será possível, segundo o estudioso, enquadrar o crime em homicídio privilegiado qualificado, conforme Da Silva (2015): Com efeito, o inciso VI do § 2º deve ser complementado pelo § 2º-A, ambos do artigo 121 do Código Penal, para se chegar à definição típica do feminicídio. Portanto, a qualificadora em comento (inc. VI) tanto pode ter natureza objetiva (§ 2º-A, I) quanto subjetiva (§ 2º-A, II), já que o feminicídio pode estar presente quando o delito envolver violência doméstica e familiar (modo de execução do delito), ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (motivo do delito). E a diferenciação é importante para se chegar à conclusão da compatibilidade entre o privilégio e a qualificadora para o reconhecimento do homicídio privilegiado-qualificado, que somente é possível quando a qualificadora possuir natureza objetiva. Destarte, é possível que o sujeito aja impelido por motivo de relevante valor moral e cometa o feminicídio envolvendo violência doméstica e familiar. Nessa hipótese, poderá ser reconhecido o homicídio privilegiado qualificado, dada à natureza objetiva da qualificadora. No entanto, Da Silva, não leva em consideração o § 2º VI do art. 121 que expõe, se o homicídio é cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino e aqui tem uma circunstância subjetiva, além de ser a abertura da qualificadora do feminicídio. Devendo aqui ser considerada a circunstância. Barros (2015) é categórico em decretar que não existe feminicídio qualificado privilegiado, pois a violência doméstica, familiar e também o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não são meios executivos do crime, e sim, a motivação para o crime, portanto, o feminicídio é uma qualificadora subjetiva. Barros (2015) ainda arremata a questão abordando o seguinte: Ou seja, não existe feminicídio qualificado-privilegiado, isso porque a doutrina e a jurisprudência

dominante sempre admitiram, como regra, homicídio qualificado-privilegiado, estabelecendo uma condição, a qualificadora deve ser de natureza objetiva, pois o privilégio descrito nos núcleos típicos do artigo 121 § 1º são todos subjetivos, algo que repele as qualificadoras da mesma natureza. Na mesma linha de raciocínio de Barros seguem os doutrinadores Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2015): A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Sabe-se que é possível coexistência das circunstâncias privilegiadoras (§ 1º do art. 121), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV). Quando se reconhece (no júri) o privilégio (violenta emoção, por exemplo), crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio (posição de Rogério Sanches, que compartilhamos). É impossível pensar num feminicídio, que é algo abominável, reprovável, repugnante à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima. Doutrinador Reis (2015, p. 296) em obra inédita sobre o tema expõe que a qualificadora do feminicídio é de índole subjetiva e não poderá ser de modo algum privilegiada, pois em razão de serem incompatíveis em razão de serem da mesma natureza. Em razão dos vários posicionamentos a qualificadora em estudo deve ser considerada como circunstância subjetiva e, assim ser afastado o privilégio, em razão da incompatibilidade entre as circunstâncias. A circunstância que leva o sujeito a praticar esse crime qualificado vem de razões internas, do próprio agente, seja por sentimento de posse, de rejeição ou qualquer outro motivo torpe que por si só já qualificam o crime. O feminicídio vem de razões internas do sujeito ativo configurando então as circunstâncias subjetivas. A qualificadora do feminicídio é subjetiva, pois a violência em razão do sexo feminino não diz respeito à forma de execução, mas sim aos motivos que conduziram ao crime. (REIS, 2015, p.295) 2.7.1 Lei dos crimes Hediondos (Lei 8072/90) Segundo lição de Damásio E. de Jesus (2003, p.223) Crimes hediondos são aqueles crimes repugnantes, abomináveis, que sucede de comportamentos que pela forma de execução ou pela gravidade objetiva dos resultados, causam intensa aversão a sociedade. E esses crimes acarretam ao indivíduo situações mais graves que vem exposta na lei 8072/90 como passaremos a analisar alguns aspectos a seguir: [...] Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. § 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. [...] A lei veda aqui no art. 2º a concessão de anistia, graça e indulto além da fiança. E continua a lei falando no art. 2º § 1º que a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. E por fim decreta em seu art. 2º § 2º que a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Aqui uma modificação totalmente diferente e mais gravosa ao réu enquadrado nos crimes hediondos, pois os não enquadrados nestes crimes progredirão de regime de acordo com o estipulado na Lei de Execuções Penais (Lei 7210/84) que assim expõe em seu artigo 112: Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. De Mello (2015) assim se pronuncia sobre o assunto: O feminicídio é um crime

hediondo. O art. 2º da Lei n. 13.104/2015 alterou o art. 1º da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) para incluir nesse rol o homicídio qualificado do inciso VI, do § 2º, do art. 121 do CP. Portanto, não há nenhuma dúvida de que o feminicídio (não o simples femicídio: assassinato de uma mulher fora do contexto da violência de gênero) é um crime hediondo. Não se trata de um crime equiparado ao hediondo (como são a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo), sim, é um crime formalmente hediondo. Essa mudança legislativa (que entrou em vigor no dia 10/03/2015) só vale para crimes cometidos a partir dessa data. Essa lei, por ser mais gravosa, não retroage. Condições são majoradas ao agente em razão da perversidade dos crimes elencados por essa lei. A lei 13.104/15 previu o feminicídio como uma qualificadora do crime estampado no artigo 121 do código penal pátrio, assim também, como torná-lo hediondo o inserindo no rol do artigo 1º da lei 8072/90. Art. 2º O art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração: “Art. 1º 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, I, II, III, IV, V e VI); O art. 2º da lei 13.104/2015 previu expressamente a inclusão dessa qualificadora no rol dos crimes hediondos. Em suma um crime qualificado pelo feminicídio se iniciará no regime fechado, progressão de regime se dará no cumprimento de 2/5 primário e 3/5 se reincidente e não será concedido anistia, graça e indulto além da fiança. Além de que o livramento condicional também será de modo diverso conforme exposição do artigo 83 - Vdo código penal pátrio: Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. Artigo 83 demonstra claramente que a situação do enquadrado nos crimes hediondos será tratado de modo mais gravoso. O artigo decreta que o juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 02 (dois) anos, desde que cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; Ou cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; Já nos casos de condenação por crime hediondo, pede se o cumprimento de mais de dois terços da pena. Além de o condenado por crime com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. 2.8 Espécies de Feminicídio A doutrina subdivide essa qualificadora em 03 espécies nomeando sempre de acordo da proximidade da vítima para com o réu. Jeferson Botelho Pereira (2015) se manifesta seguindo entendimento da doutrina sobre as espécies e as classificando em feminicídio íntimo, não íntimo e por conexão. Greco (2015) citando Jeferson Botelho Pereira compartilha desse mesmo pensamento a respeito das espécies, conforme segue: Com o brilhantismo que lhe é peculiar, dissertando a respeito do tema, sobre os tipos possíveis de feminicídio, preleciona que: “A doutrina costuma dividir o feminicídio em íntimo, não íntimo e por conexão. Por feminicídio íntimo entende aquele cometido por homens com os quais a vítima tem ou teve uma relação íntima, familiar, de convivência ou afins. O feminicídio não

Íntimo é aquele cometido por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência. O feminicídio por conexão é aquele em que uma mulher é assassinada porque se encontrava na “linha de tiro” de um homem que tentava matar outra mulher, o que pode acontecer na *aberratio ictus*”. No Feminicídio Íntimo pede uma relação familiar mais próxima com o agressor com a vítima. Nesse, a vítima teve ou tem uma relação ou convivência mais próxima com o agressor, podendo ser até mesmo uma mulher conforme exemplo de Cabette (2014): Obviamente a vítima do “Feminicídio” somente poderá ser uma mulher. Já o autor do crime em geral será um homem, mas nada impedirá que uma mulher atue como coautora ou participe. Além disso, tendo por base a Lei 11.340/06 não é totalmente afastável a hipótese de que uma mulher possa ser sujeito ativo do crime de “Feminicídio”, desde que esteja atuando em uma relação de “violência de gênero” contra a vitimada. Por exemplo, se uma mãe mata a própria filha porque não quer permitir que esta estude e pretende lhe impor um papel social estritamente feminino segundo uma visão que divide de forma estanque as funções sociais de homens e mulheres (inteligência do artigo 5º. e seu Parágrafo Único da Lei 11.340/06 que, aliás, não exclui da violência de gênero as relações homoafetivas). Feminicídio íntimo engloba não apenas os parceiros, maridos, companheiros, como vimos, mas também quem reside com a mulher mesmo que esporadicamente e se aproveita da convivência para impor sofrimento a vítima, lhe causando violência doméstica no âmbito familiar. Como bem descrevem Borges e Gebrim (2015): Feminicídio íntimo, que é aquele em que a vítima tinha ou havia tido uma relação de casal com o homicida, não se limitando às relações com vínculo matrimonial, mas estendendo-se aos conviventes, noivos, namorados e parceiros, além daqueles praticados por um membro da família, como o pai, padrasto, irmão ou primo; A expressão familiar aqui no caso deverá ser ampliada para aquelas pessoas que residem na residência, mesmo que de forma esporádica seguindo o artigo 5º da Lei 11.340/2006. Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. No Feminicídio Não Íntimo é aquele no qual o agressor não tinha relações íntimas com a vítima, familiares ou que não tinha uma determinada convivência, mas pratica o crime em razão de a mesma ser mulher e por discriminação ou menosprezo a condição do sexo feminino. Aqui pode se dar até mesmo nos casos em que o agente nem ao menos conhece sua vítima, mas nutrido por um ódio, menosprezo ou discriminação decide dar cabo da vida da mulher em razão desses sentimentos. Na visão de Greco (2015). Nessa espécie ao contrário do íntimo a vítima não possui nenhuma relação com o agente, qual seja, é aquele cometido por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência. Flores (2012 apud BORGES; GEBRIM, 2015) assim se posicionam: [...] e feminicídio não íntimo, aquele em que a vítima não tinha qualquer relação de casal ou familiar com o homicida. Incluem-se nessa categoria a morte provocada por clientes – em se tratando de trabalhadoras sexuais –, por amigos, vizinhos ou desconhecidos, assim como a morte ocorrida no contexto do tráfico de pessoas, sempre tendo o motivo sexual como fundamental para sua qualificação como feminicídio. Reis (2015, p.294 e 295) ao diferenciar os feminicídio íntimos e não íntimo expõe que no íntimo o crime é realizado por homens que a vítima possuía algum tipo de relação íntima, familiar podendo ser marido, namorado, companheiro entre outros. Ao passo que no não íntimo o fato é cometido por um homem que a

vítima não teve relações íntimas, familiares ou de convívio, mas que possuía uma relação de confiança, amizade ou hierarquia, podendo ser colega de trabalho, de comunidade entre outros. O feminicídio por conexão é aquele em que uma mulher é vítima sem ser a visada, o agente busca matar a uma mulher e acaba atingindo uma terceira inocente, no qual responderá como se aquela tivesse matado, seguindo as regras do artigo 20 § 3º do código penal: Art. 20. (...) § 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão a da contra quem o agente queria praticar o crime. Acontece aqui um “*aberratio ictus*” devendo o agente responder como se tivesse executado o crime contra a pessoa que visava, desconsiderando assim as qualidades da vítima real levando em consideração a vítima virtual. Apesar de a doutrina expor que ocorrerá o feminicídio por conexão nos casos de erro de execução, mister se faz acrescentar que do mesmo modo ocorrerá se agente atingir terceira pessoa acreditando ser a visada (erro sobre a pessoa). Reis (2015, p. 139 e 140) ao diferenciar erro de execução e erro sobre a pessoa explica que ambos são erros acidentais que não excluem o crime incidindo sobre dados acidentais do crime ou sobre a postura de sua execução. No erro sobre a pessoa o agente visa uma pessoa e atinge outra, enquanto no erro de execução ele visa a pessoa desejável, mas por erro nos meios executivos do crime acaba por atingir outra pessoa. Nas palavras de Reis (2015, p. 295) feminicídio por conexão seria o extermínio das mulheres porque se encontravam na linha de frente de um homem que tentava assassinar outra mulher, Reis cita como exemplo casos em que outras mulheres tentam interferir para evitar a prática de um delito contra outra mulher e acabam exterminadas, aqui pode a mulher atingida ser até mesmo desconhecida. Pelas palavras do doutrinador Reis exposto acima, ele deixou margem para dúvidas, pois ele decreta que se o sujeito visa matar uma mulher e outra intervém sendo atingido será o agente enquadrado nas penas do feminicídio; No entanto, mostra-se equivocado a assertiva do doutrinador Reis, pois deverá responder o sujeito pelo feminicídio por conexão por erro sobre a pessoa ou erro na execução, apenas quando visando uma mulher atinge outra ou ocorra um desvio nos meios executórios atingindo pessoa diversa. Nos casos em que outras mulheres tentam interferir para evitar a prática de um delito contra outra mulher e acabam exterminadas dificilmente restaria enquadrado no delito do feminicídio, pois não ocorre nem erro sobre a pessoa e nem na execução a fim de se imputar a qualificadora ao agente, devendo ser o mesmo responsabilizado em outra qualificadora como motivo torpe ou fútil. Como demonstrado, para o agente responder pelo feminicídio atingindo pessoa não visada somente será possível se por acidente ou erro no uso dos meios de execução o agente atinja pessoa diversa, ou se ocorrer um erro sobre a pessoa atingindo pessoa estranha supondo ser a visada. Se não for conforme explanado estar-se-á diante de uma responsabilidade penal objetiva totalmente abominada pelo código penal pátrio.

2.9 As diferenças entre homicídio, feminicídio e feticídio. O sufixo “Cida”, do latim, etimologicamente significa “que mata”. Por esta razão, todas as palavras assim terminadas se relacionam ao verbo matar. Desses termos, o mais conhecido é o homicida, o qual de maneira sintética significa “aquele homem que matou seu semelhante”. Remontando aos tempos bíblicos, em especial ao Livro da Criação, porta de entrada das escrituras sagradas, encontraremos o primeiro caso de homicídio, em Gênesis: Se bem fizeres, não é certo que serás aceito? E se não fizeres bem, o pecado jaz à porta, e sobre ti será o teu desejo, mas sobre ele deves dominar. E falou Caim com o seu irmão Abel; e sucedeu que, estando eles no campo, se levantou Caim contra o seu irmão Abel, e o matou. E disse o Senhor a Caim: Onde está Abel, teu irmão? E ele disse: Não sei; sou eu guardador do meu irmão? (Gn 4. 7-9) O homem perverso, tomado por sentimentos egoístas e negativos, prefere levar a vida de outrem, carregando o sangue do seu semelhante em suas mãos. Essa espécie de homicídio recebe o nome de fratricídio, em que a vítima e seu executor são irmãos. Nos tempos hodiernos, não se é

diferente, num mundo globalizado, o que se enxerga é a crescente taxa de homicídios, seja nas periferias ou nos centros urbanos, pois é generalizada a violência. Homicídio, então, seria o homem assassinar seu semelhante, conforme muito bem exposto por Fernando Capez (2012, p.23): “Homicídio é a morte de um homem provocada por outro homem. É a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra. O homicídio é o crime por excelência.” Homicídio é matar alguém, conforme exposto no artigo 121 do Código Penal, abaixo transcrito: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.” Eis que surge a grande incógnita: se matar alguém se resume a todo e qualquer ser humano, aparentemente o conceito por si só não eliminaria outros crimes, como infanticídio, latrocínio, feminicídio, entre outros? Homicídio somente incidirá quando o agente não puder responder pelos outros tipos penais, se sua conduta não se amoldar aos outros. Como exemplo, podemos citar a mãe que em estado puerperal (logo após o parto) decide matar seu filho e conseqüentemente o consome. A pergunta será: a genitora será enquadrada no artigo 121, pelo crime de homicídio, ou deverá responder pelo crime de infanticídio, previsto no artigo 123? Pelo crime de infanticídio? Há um conflito aparente de normas penais, apenas em razão de que a lei especial prevalecerá sobre a lei geral. Ambas estão estampadas no código penal não possuem hierarquia uma sobre a outra, já que elencadas ao mesmo tempo, nem uma revogou a outra. Caberá aqui o princípio da especialidade, pois o tipo penal do infanticídio é especial em relação ao homicídio, descrevendo pormenorizadamente a conduta da genitora. Então, qual a diferença entre homicídio, feminicídio e femicídio? Na verdade, ambos significam que ocorreu um assassinato. A diferença é que no homicídio a vítima pode ser qualquer pessoa, pois o tipo é bem aberto e diz apenas “alguém”, sem especificar quem seja. Pelo raciocínio, pode ser vítima do crime de homicídio tanto homem, mulher, criança, negro, branco, amarelo ou qualquer pessoa. Agora, quanto ao feminicídio, será o homicídio da mulher, desde que presentes os requisitos expostos na lei 13.104/2015, qual seja: o agente se prevalecer da condição de sexo feminino para violentar a vítima tanto física, psíquica ou moralmente ou mesmo a menosprezando-a ou discriminando-a apenas por ser mulher. Como se vê no feminicídio o sujeito pratica a conduta criminosa, mas com repulsa pela condição de mulher seja por ódio, ciúmes ou qualquer outro sentimento negativo. Em outras palavras, a condição de mulher passa a ser a razão da investida criminosa e do menosprezo. Quanto ao femicídio, este significa também a morte da mulher, mas não por razões de seu sexo ou menosprezo à sua condição de mulher. Pode ser conceituado como a morte de qualquer mulher, mas fora das condições expostas na Lei do Feminicídio. O agente decide matar a mulher para roubar ou qualquer outro desejo, apenas vislumbrando a morte da vítima. Reis (2015, p.291) ao diferenciar as figuras do feminicídio e femicídiorrelata que embora alguns doutrinadores do direito penal concebam como termos sinônimos, trata-se de institutos diversos, pois, enquanto feminicídio é o homicídio da mulher em razão das condições do gênero, o femicídio é o simples homicídio contra a mulher, sem a razão especial da qualificadora do feminicídio. Os doutrinadores Bianchini e Gomes (2015) ao tratar do tema, fazem as diferenciações, bem didaticamente, como se segue: Para não confundir: 1) femicídio: morte de uma mulher 2) feminicídio: morte de uma mulher por razões de gênero (por discriminação ou menosprezo à condição de sexo feminino) 3) uxoricídio: assassinato em que o marido mata a própria esposa 4) parricídio: assassinato pelo filho do próprio pai 5) matricídio: matar a própria mãe 6) fratricídio: matar o próprio irmão 7) ambicídio: quando as mortes decorrem de um pacto O crime punido, como se assevera das palavras dos doutrinadores acima, não é o femicídio, ou seja, a morte da mulher, pois senão toda morte de mulher seria alcançada pela norma; mas sim, o feminicídio, a morte pelas razões do sexo feminino ou outras condições expostas na norma.

3. O FEMINICÍDIO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE Para falar da Lei do Feminicídio, não há como não fazer um parêntese ao Princípio da Igualdade, princípio maior explícito na Constituição

Federal de 1988, em seu artigo 5º caput. Os doutrinadores, mesmo antes do advento de tal lei, já se questionavam se a mesma não feriria o princípio supracitado. É o que se extrai das palavras de Eduardo Luiz Santos Cabette (2014): Agora já não lidamos com o ser humano que é humano e faz jus a esta consideração, a esta dignidade que lhe é inerente pelo simples fato de sua condição humana (masculina ou feminina). Não, agora há uma polarização entre homens e mulheres, vem a ideologia de gênero para dividir, para criar embate. E isso é uma verdadeira praga que tende a se alastrar com a criação aleatória de grupos conflitivos onde nada disso havia ou, se havia, dever-se-ia pugnar pela eliminação do conflito e da polarização que somente geram violência e falta de solidariedade e não por seu reforço. O jurista, em artigo sobre o projeto de lei, na rede mundial de computadores, criticava a tipificação do feminicídio, expondo que a sanção da referida legislação traria mais desigualdades entre homens e mulheres.

3.1 A importância dos Princípios para o Direito

Antes de ressaltarmos a importância dos Princípios para o Direito, imperioso se faz apresentarmos o seu conceito. Princípio, em síntese, é o início de algo. Como lembra Effting (2012, p.35), o princípio é à base de todo o ordenamento jurídico; daí todos os atos com efeitos jurídicos e todas as condutas humanas devem venerar os princípios de um sistema, por se mostrarem como premissas reconhecidas para a construção de todo o conjunto de regras. Pretendeu demonstrar a autora que o princípio deve não somente ser observado pela sociedade, mas também pelos legisladores, em razão de ser peça-chave para todo o embasamento jurídico. A importância está ressaltada, conforme ensinamentos de Effting, no fato de que os Princípios mantêm a base ou o alicerce para todo o conjunto de regras, dando-lhes suporte e sustentação. Em suma, são normas mandamentais.

3.2 Igualdade como Princípio

A palavra igualdade só vem a ser lembrada na sua ausência, ou seja, na desigualdade. Mas qual o significado do termo igualdade? Igualdade é a simetria, a equidade que se busca entre coisas distintas, pois se iguais fossem não haveria o porquê da igualdade. Segundo Piazzeta (2001, p.85) igualdade é uma relação que só pode ser mensurada entre duas entidades diversas, qual seja um homem e uma mulher, pois embora não possuam a característica física do mesmo sexo, ambos são seres humanos. Essa ideia há muito tempo vem sendo construída na mente de muitos, sem se definir o que vem a ser a igualdade tão almejada. Nossa Constituição Federal trata desse princípio em um artigo essencial para a sociedade brasileira. O artigo 5º da lei maior, no bojo do Título II, nomeado Direitos e Garantias Fundamentais, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. O legislador deu tamanha importância para esse prolapado artigo que o tornou cláusula pétrea, impondo a sua imutabilidade, que se encontra prevista no artigo 60 § 4º, IV, abaixo transcrito: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. [...] Pretendeu o legislador a proteção de todo o artigo 5º da Carta Magna através do Artigo 60 para que os direitos de várias gerações fossem mantidos, assim como que somados com os frutos das gerações anteriores. Como bem exposto por Piazzeta (2001, p.25), antes de se falar em igualdade, deve-se ter em mente que tal princípio somente foi insculpido pela existência de uma situação de desigualdade. Quanto à palavra igualdade ao explicar sobre seu real significado dentro do campo jurídico, assim se posiciona Piazzeta (2001, p.84) ditando o rumo ao analisar o sentido da palavra recorrendo ao dicionário em busca do correto sentido de tal palavra, que veio com o significado de qualidade ou estado de igual; paridade; justiça; ou, ainda, relação entre os sujeitos em razão de todos serem mensageiros dos mesmos direitos e garantias fundamentais que provêm do ser humano e definem a dignidade da pessoa humana. Como bem lembra Effting (2012, p.25) que citando a parte física do sujeito, acertadamente lembra que os seres humanos não são iguais entre si, mas que pelo contrário eles se

diferenciam por suas várias características diversas; e mesmo os que parecem iguais possuem suas peculiaridades próprias o que os torna diferentes. Seguindo o mesmo entendimento de Eftting vem também o grande doutrinador Mello (2014, p.11) “Sabe-se que entre as pessoas há diferenças óbvias, perceptíveis a olhos vistos, as quais, todavia, não poderiam ser, em quaisquer casos, rígidas, validamente, em critérios distintivos justificadores de tratamentos jurídicos díspares”. Restou demonstrado que os seres humanos são por si só diferentes enquanto seres vivos. E para buscar a igualdade deve na medida do possível buscar igualá-los da forma mais benéfica possível a todos os envolvidos. Assim como lembra Mello (2014, p.15) não devem ser as pessoas legalmente desequiparadas em razão de raça, de sexo, religião, em razão da cor dos olhos ou de qualquer outra característica sua em especial que não possua o outro. Complementando Piazzeta (2001, p.85) que a igualdade é uma relação que só poderá ser posta entre duas pessoas distintas, qual seja, um homem e uma mulher, PIS embora não possuam ambos a peculiaridade do mesmo sexo, possuem uma característica em comum, qual seja, a de ser humano. O princípio da igualdade vem estampado na carta magna brasileira em seu artigo 5º que decreta: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]. Constituição prega a máxima igualdade entre os seres vivos, não impondo desigualdade entre ninguém, mas deixando uma ressalva, que se acaso houver imposição de desigualdades, isso caberá à própria constituição. 3.2.1Direitos Fundamentais das 1ª, 2ª e 3ª Dimensões ou Gerações Seguindo Novelino (2010, p.352), direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e escritos na Carta Magna de cada país, em seu plano interno, variando o conteúdo, de acordo com a cultura de cada Estado. A sociedade muito se transformou, em razão das conquistas dos últimos séculos, as quais acabaram por solidificar as chamadas dimensões ou gerações de direitos. O surgimento de novas gerações de direitos fundamentais significa a somatória de novos ideais e não a superação das outras dimensões anteriores. O ser humano era tido como objeto, uma ferramenta apenas apta ao trabalho, sem direito à liberdade e à igualdade, direitos até então inatingíveis. Assim se manifesta sobre o assunto Lenza (2012, p.958): A doutrina, dentre vários critérios, costuma classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, lembrando a preferência da doutrina mais atual sobre a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais no sentido de que uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, a expressão se mostraria mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária. Em um primeiro momento, partindo dos lemas da Revolução Francesa — liberdade, igualdade e fraternidade, anunciavam -se os direitos de 1.ª, 2.ª e 3.ª dimensão e que iriam evoluir segundo a doutrina para uma 4.ª e 5.ª dimensão. O mundo passava por imensas transformações e o homem a ser explorado sem direitos civis, sociais e muito menos coletivos. Em primeiro lugar, buscava o homem ser livre, sem nenhuma restrição ao seu ir e vir, diminuindo o poder de atuação do Estado. Em outras palavras, pretendia o homem uma abstenção, um não agir por parte do Estado. Surgem aqui os direitos fundamentais da 1ª dimensão ou geração e sobre estes, Bonavides (apud LENZA, 2012, p. 958) assim se posiciona: “Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Conforme ensina Lenza (2012, p. 958), alguns documentos históricos são essenciais para a configuração do que os autores nomeiam de direitos humanos de primeira dimensão (séculos XVII, XVIII e XIX), entre os quais se destacam a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”, a Paz de Westfália(1648); o

Habeas Corpus Act(1679); o Bill of Rights(1688), bem como as Declarações de Independência, a Americana (1776) e a Francesa (1789). Segundo Novelino (2010, p.355), o titular dos direitos de primeira geração é o indivíduo e são oponíveis ao Estado, impondo ao mesmo uma obrigação de não fazer, ou seja, um não agir. Conquistada a liberdade, quanto mais se desenvolvia a sociedade, mais se via que faltava muito para alcançar a dignidade. O homem agora possuía a liberdade, mas não era tratado como igual, principalmente nas relações de trabalho, nas quais os direitos do empregado e do empregador eram totalmente diversos. Segundo Lenza (2012, p.959), o momento histórico que inspira e impulsiona os direitos humanos de 2ª dimensão é a Revolução Industrial, no século XIX, em virtude das péssimas condições de trabalho, quando eclodem movimentos como o cartista, na Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. E assim continua Lenza (2012, p.959): essa perspectiva de evidenciação desses direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, correspondendo aos direitos de desigualdade, em qualquer dos seus aspectos, mostra-se marcante em alguns documentos, sobre os quais destaca-se a Constituição do México (1917); a Constituição de Weimar (1919); o Tratado de Versalhes (1919), e no Brasil, a Constituição de 1934. Bonavides (apud LENZA, 2012, P. 959) observa que essas Constituições passaram primordialmente por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. Esses direitos fundamentais da 2ª dimensão ou geração dizem respeito à igualdade em qualquer de seus aspectos, seja ele material ou formal. Neste caso, incide a igualdade da norma positivada, assim como seus instrumentos para nivelar ao máximo os desiguais, na medida de sua desigualdade. Enquanto os direitos da 1ª geração dizem respeito a uma abstenção do Estado, aqui se busca uma atuação positiva, um fazer ou uma intervenção estatal. Conforme bem reza Novelino (2010 p.355), citando que ao implementar prestações jurídicas e materiais que são exigidas para a redução da desigualdade no plano real, físico, estas dependem das condições orçamentárias do Estado, ao qual ele nomeia de “reserva do possível”. E por fim, vieram os direitos ligados à fraternidade, ou seja, o amparo à parte hipossuficiente, desprovida de recursos. São os direitos fundamentais da 3ª dimensão. E essa ideia, segundo os ensinamentos de Novelino (2010, p. 356), veio para diminuir as diferenças entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, momento em que se buscava a assistência aos países menos favorecidos. Segundo Lenza (2012, p.960), o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade. E ainda, Lenza (2012, p. 960) continua declarando que os direitos dessa geração transcendem os interesses do ser individual e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, da sociedade com universalidade. Bonavides (apud LENZA, 2010 P.960), usando a teoria de Karel Vasak, identificou, em rol exemplificativo, os seguintes direitos de 3ª dimensão: direito ao desenvolvimento; direito à paz; direito ao meio ambiente; direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; direito de comunicação. Lenza (2012, p.958) deixa clara a evolução das gerações de direito, sendo reconhecido até a 5ª geração ou dimensão. Em um primeiro momento, partindo dos lemas da Revolução Francesa — liberdade, igualdade e fraternidade, anunciavam-se os direitos de 1.ª, 2.ª e 3.ª dimensão e que iriam evoluir segundo a doutrina para uma 4.ª e 5.ª dimensão. 3.2.2 Igualdade Formal Almejando bem definir o termo igualdade, os doutrinadores acabaram por fazer a segmentação, como bem cita Effting (2012, p.25) ao ressaltar que esse conceito de igualdade distingue a igualdade material da formal, sendo estritamente necessária a consideração da formal para abordagem das questões discriminatórias. E assim Effting (2012, p.26) continua expondo que a igualdade é a base fundamental para a construção de normas e de ações do Estado, as quais permitem a

inclusão de minorias, que podem se tornar maioria. Tal critério divisório veio responder o que a sociedade e mesmos os estudiosos há tanto questionavam: o que é afinal igualdade, e como se iguala sem desigualar, pois, ao buscar a igualdade fatalmente ocorre uma desigualdade. Uma das vertentes dessa igualdade é a formal, que nada mais é do que o escrito na letra fria da lei, ou o que expõe o legislador sem nenhuma interpretação. Trata-se da norma positivada, como se vê da transcrição do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]. Aqui está estampada a igualdade formal em uma letra fria da lei, apenas declarando que todos são iguais sem revelar se são possíveis as discriminações positivas. Este artigo 5º preconiza a igualdade formal, aplicável a todos os indivíduos genericamente e pertence ao que se denominou de direitos de primeira geração. Em se tratando de homens e mulheres deve-se ter presente que a efetivação do princípio da igualdade somente será possível com a ampliação dos direitos de segunda geração- os direitos à igualdade material, já que o Estado não é mais apenas um garantidor de direitos, e sim devedor de direitos. (PIAZZETA, 2001, p.79). Ao analisarmos a divisão do princípio da igualdade, nota-se claramente que se levarmos apenas em consideração a formal, restará prejudicado o destinatário da norma, pois não há que se falar nem mesmo em discriminações positivas.

3.2.3 Igualdade Material Para Canotilho (apud EFFETING, 2001, p. 45) “O princípio da igualdade se consagra não no sentido formal, mas no material, quando trata igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, pois a igualdade pressupõe diferenciações”. Se a igualdade formal consiste na norma positivada, a igualdade material vem a ser a instrumentalização pela qual se concretiza essa formalidade, como bem assevera Lenza (2012, p.973): O art. 5.º, caput, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei. Lenza(2012, p.973) continua e ainda cita que a própria Constituição Federal se encarrega de mostrar o que e como pretende igualar, como abaixo segue o transcrito: Em diversas hipóteses a própria Constituição se encarrega de aprofundar a regra da isonomia material: a) art. 3.º, I, III e IV; b) art. 4.º, VIII; c) art. 5.º, I, XXXVII, d) art. 7.º, XX, XXX, 26 XXXI, XXXII e XXXIV; e) art. 12, §§ 2.º e 3.º; f) art. 14, caput; g) art. 19, III; h) art. 23, II e X; i) art. 24, XIV; j) art. 37, I e VIII; k) art. 43, caput; l) art. 146, III, “d” (EC n. 42/2003 — Reforma Tributária); m) art. 150, II; n) art. 183, § 1.º, e art. 189, parágrafo único; o) art. 203, IV e V; p) art. 206, I; q) art. 208, III; r) art. 226, § 5.º; s) art. 231, § 2.º etc. Em outras, é o próprio constituinte quem estabelece as desigualdades, por exemplo, em relação à igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição, destacando-se as seguintes diferenciações: a) art. 5.º, L (condições às presidiárias para que possam permanecer com os seus filhos durante o período de amamentação); b) art. 7.º, XVIII e XIX (licença-maternidade e licença-paternidade); c) art. 143, §§ 1.º e 2.º (serviço militar obrigatório); d) arts. 201, § 7.º, I e II; 201, § 8.º; art. 9.º da EC n. 20/98; art. 40 da CF/88; art. 8.º da EC n. 20/98; arts. 2.º e 6.º da EC n. 41/2003 — Reforma da Previdência — dentre outros (regras sobre aposentadoria). Além dessas e outras hipóteses expressamente previstas na CF/88, a grande dificuldade consiste em saber até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade. O doutrinador, no entanto, demonstra certa preocupação no sentido de que a própria lei ao desigualar estaria gerando afronta inconstitucional. As discriminações expostas por Lenza são

as positivas, pois visa beneficiar um grupo indeterminado que sofreu prejuízos pela lei, cuja própria lei agora vem tentar solucionar tal desigualdade. David Araújo e Nunes Júnior (apud Lenza, 2012, p.975): “[...] o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições” Na busca pela igualdade, procura o legislador igualar da melhor maneira possível os desiguais, sempre de acordo com a desigualdade entre homens e mulheres, assim como cada ser humano é totalmente diferente uns dos outros. Mas a Justiça não deve se abster de, pelo menos, tentar ao máximo tornar as diferenças o mínimo possível visível para os sujeitos, sempre na medida de sua desigualdade. Se todos fossem iguais não haveria o porquê do questionamento a um dos princípios basilares da Constituição Federal.

3.3 Os Vícios Materiais

Recorrendo ao dicionário temos como sinônimo de vício o defeito, ou a deformidade, qual seja aquilo que não está apto para ser utilizado. Os vícios, em ambos os aspectos, prejudicam a sociedade, pois carrega em seu bojo um defeito, uma mácula que pode tornar prejudicial sua aplicação no mundo jurídico. Agora quanto ao vício material assim conceitua Lenza (2012, p.254): Por seu turno, o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. Não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo. Por exemplo, uma lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade. Vício material decorre da afronta não aos ditames, métodos de elaboração da lei infraconstitucional, mas do seu conteúdo, sua matéria, a qual afronta uma disposição constitucional como, por exemplo, violar disposição literal de texto constitucional. Lenza (2015) ainda nos lembra de que essa espécie de vício também é conhecida como nomoestática.

3.4 Os Vícios Formais

Por outro lado, se fazem também presentes os vícios formais; esses não dizem respeito ao conteúdo da norma, mas seu modo de elaboração para ingresso no mundo jurídico. Esse vício ocorre antes mesmo de surgir à nova lei infraconstitucional; estavam a ingressar no meio jurídico com uma mácula que deveria ter sido remediada nas inúmeras comissões pelo qual se passa um projeto de lei. Com notável saber jurídico assim se pronuncia o grande doutrinador Lenza (2012, p.252): Por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do devido processo legislativo. Podemos falar, então, além de vício de competência legislativa (inconstitucionalidade orgânica), em vício no procedimento de elaboração da norma, verificado em momentos distintos: na fase de iniciativa ou nas fases posteriores. A esse vício Lenza (2012) o nomeia de nomodinâmica. A norma deveria surgir livre de vícios, no entanto, os legisladores, em sua maioria ignorantes da lei, apesar de contar com assessoria jurídica, editam algumas leis de cunho duvidoso, deixando que a jurisprudência e doutrina se manifestem sobre o assunto. Assim se pronuncia sobre o assunto Novellino (2010, p.224): A inconstitucionalidade formal ocorre com a violação, por parte do Poder Público, de uma norma constitucional, que estabelece a forma e elaboração de um determinado ato. Pode ser subjetiva, no caso de leis e atos emanados de uma autoridade incompetente (e.g. CF, I a III; CF, art. 61); ou, objetiva, quando um ato é elaborado em desacordo com as formalidades e procedimentos estabelecidos pela Constituição (e.g. CF, art. 47; CF, art.60, §§1º, 2º, 3º e 5º; CF, art.69). A inconstitucionalidade formal diz respeito a vício causado pelo legislador, seja em sua forma de elaboração, em desconformidade com os tramites estabelecidos pela CF/88, ou tenha sido elaborada por sujeitos que não tenham a devida competência legislativa. E o doutrinador, em especial Lenza, reconhece ainda mais uma espécie: o chamado vício de decoro parlamentar. Muito se fala na

mídia sobre o esquema de compra de votos no Legislativo Federal, o conhecido escândalo do “mensalão”. A questão é que, uma vez comprovada a compra de votos, restaria prejuízo ao processo legislativo, ensejando o reconhecimento da sua inconstitucionalidade. Lenza entende que sim, e, nesse caso estaríamos diante do vício de decoro parlamentar, já que, nos termos do art. 55, § 1º, “resta incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”. Lenza expõe que logo será ajuizada alguma ADI com base nessa tese, e veremos como o STF vai encarar tal questão. O renomado constitucionalista acredita que maculada a essência do voto e o conceito de representatividade popular, caracterizada está a inconstitucionalidade. (LENZA, 2012, p. 255) Ao tratar do artigo 5º, Piazzeta (2001, p.79) descreve que em se tratando de homens e mulheres deve se ter em mente que a concretização da igualdade somente será possível com o alargamento dos direitos de 2ª geração, os direitos a igualdade material, e aqui o Estado deixa de ser apenas um garantidor para ser um devedor de direitos.

4. O FEMINICÍDIO FERE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE? 4.1 O principal motivo desse questionamento

O principal motivo dos diversos questionamentos sobre a Lei do Feminicídio é a proteção apenas à mulher, sujeito passivo único dessa qualificadora do crime, e que estaria eivada de vício material, qual seja o vício de conteúdo, substancial ou doutrinário. Este vício é aquele que diz respeito ao conteúdo do ato normativo, ferindo um princípio ou uma regra da constituição, por exemplo. Lenza (2012, p.254) Essa não é a primeira norma questionada por conferir direitos apenas à mulher, visto que o Supremo Tribunal Federal já analisou matéria idêntica a respeito da Lei Maria da Penha. O fato de uma lei estar vigente e ser questionada no STF se dá em razão de que a legislação tem uma presunção relativa de constitucionalidade, e ao passar pelo crivo do STF, quando provocado, terão uma presunção absoluta de constitucionalidade. Como bem se deu na questão da Lei Maria da Penha, que foi considerada constitucional pelo STF, expõe Vasconcellos (2015): Por unanimidade, a lei que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher teve sua constitucionalidade decidida com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19, na qual a Advocacia-Geral da União, representando o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, pretendeu (e conseguiu) acabar com as divergências em relação à lei. A ação foi motivada por diferentes decisões de juízes e tribunais, que, ao julgar casos de violência doméstica, afirmaram que a lei é inconstitucional. Agora de maneira similar, diversos doutrinadores relutam em admitir a constitucionalidade da Lei do Feminicídio, o que poderá levar a discussão até mesmo à Corte Suprema. Sobre a citada lei, dias após a sua publicação, assim se manifestou Luís Francisco Carvalho Filho (2015), declarando que se tratava de uma desgraça jurídica e que ia contra o bom senso, a igualdade e a coerência do Código Penal, e por fim, relatou que a norma não devia ser abscindida por alterações incongruentes e desarmônicas. 4.2 Divergências entre a Lei do Feminicídio e o Princípio da Igualdade A Lei do Feminicídio é constantemente alvo de críticas, em especial, segundo os doutrinadores, por violar o Princípio Constitucional da Igualdade. Não raro, havia questionamentos sobre a afronta da Lei Maria da Penha a tal Princípio; mas no caso do feminicídio, as críticas se estenderam de modo mais incisivo e contundente. Até mesmo antes de a norma ingressar no ordenamento jurídico, o projeto de lei já era questionado por juristas como Yarochevsky (2014): E é justamente neste ponto que reside um dos problemas do referido projeto. Ao tratar de forma diferenciada a mulher — punindo com mais severidade o homicídio praticado contra a mesma —, numa clara demonstração de discriminação em que a mulher é, em uma visão paternalista, disposta como o sexo frágil, o projeto, também, viola o princípio constitucional da igualdade entre pessoas do mesmo sexo. Apesar de ser compreensível e até louvável toda a preocupação em combater e reduzir a violência contra a

mulher, a aprovação do referido projeto representa um retrocesso na busca pela igualdade e no próprio combate à discriminação, quer seja por sexo, cor ou religião. E continua Yarochevsky (2014) a sua explanação, demonstrando de forma pormenorizada o porquê de acreditar que o então projeto de lei já violava as normas basilares constitucionais, consagradas no artigo 5º: Ao tratar o homicídio perpetrado contra mulher (feminicídio) mais severamente do que o cometido contra o homem, o projeto está dizendo que a vida da mulher vale mais que a do homem. Está tratando bens jurídicos idênticos (vida humana) de maneira desigual. Isto, além de violar a Constituição, pode se transformar em perigosa e odiosa forma de discriminação. Em resposta a Yarochevsky, a doutrinadora Mariana Armond Dias Paes, também na fase de elaboração legislativa, se pronunciou, expondo opinião de modo distinto. Segundo Paes (2015), Yarochevsky erra ao afirmar que a inclusão do feminicídio no Código Penal se trata de uma forma de discriminação, pois sua noção de igualdade está inspirada na ideia de igualdade formal, conquistada também pelas mulheres com a Constituição de 1988. Em conformidade com o artigo 5º, inciso I da Carta Magna, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Apesar de, formalmente, poderem gozar de todas as prerrogativas que são reconhecidas aos homens, na realidade, as mulheres ainda sofrem restrições no exercício dos seus direitos e não conquistaram a igualdade material em relação ao sexo oposto. Paes (2015). Enquanto Paes defende que deve ser levada em conta a igualdade material, em obra sobre gêneros, de modo diverso se posiciona Piazzeta (2001, p.165): O que vale em matéria de igualdade é a igualdade na lei, isto é, aquela que derivada própria lei, e é justamente aí que reside o ponto fulcral da questão - a lei encontra seus limites na igualdade entre os seres humanos e deve ser editada, sob pena de inconstitucionalidade, respeitando o princípio da isonomia entre os dois sexos. E isto foi o que se procurou demonstrar neste estudo. O Princípio da Igualdade e a Lei do Feminicídio são como gêmeos siameses e não há como falar da norma sem se dirigir ao princípio. Os doutrinadores divergem; enquanto uma corrente afirma que a lei fere a igualdade constitucional, a outra defende o contrário, considerando-se tal princípio em seu aspecto material. Não há dúvidas de que as mulheres necessitam de um instrumento apto à sua proteção; porém, impor tratamento puramente desigual em relação aos homens é fruto de falta de preparo dos legisladores. Para melhor análise, necessário se faz, mais uma vez, a transcrição do artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais e que em seu capítulo primeiro trata dos direitos e deveres individuais e coletivos: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. [...] A questão suscitada então, é que se ao tratar desigualmente as mulheres, não estaria a lei agindo em desconformidade com o mandamento exposto na Carta Magna. Depende do modo como o exegeta interpreta a lei: se toma como ponto a igualdade real, restará caracterizado a ofensa ao princípio da igualdade; no entanto, se tem como ponto de partida a igualdade material, considerar-se-á constitucional pelo amparo ao bem jurídico. Mulheres estão sendo barbaramente assassinadas, isso é fato público e notório, mas a imposição de um diploma legal que desigualava homens e mulheres é juridicamente possível? Paes (2015) expõe não existirem motivos para aludir que a Lei do Feminicídio seria inconstitucional, visto que em momento algum é contrária ao Princípio da Igualdade. 4.3 O Feminicídio fere o princípio constitucional da igualdade? Ao adentrarmos nesse campo, muitas são as posições dos diversos doutrinadores. Alguns são partidários, como Paes (2015), de que levando em consideração a igualdade material, a lei seria constitucional, enquanto outros doutrinadores, como Yarochevsky (2014), partilham da igualdade formal. Outro grande doutrinador, o jurista Guilherme de Souza Nucci, também desconsidera a constitucionalidade da

Lei do Feminicídio, além de se mostrar insatisfeito com a norma em estudo. Nucci (2015), em notas sobre o novo crime, considera o Congresso Nacional como avesso à realidade brasileira, pois devia o parlamento começar, antes de tudo, aumentando as penas dos crimes de ameaça e de lesão corporal contra a mulher. Nucci (2015) ainda critica o novo termo “feminicídio”, pois segundo ele, o nomen jûris “homicídio” já seria suficiente. O homicídio sempre foi “a morte de um ser humano por outro ser humano”, e o tipo penal do artigo 121 do Código Penal é “matar alguém”, o que engloba o homem e a mulher. Termina, Nucci (2015), por criticar a nova qualificadora, ao expor que logo estará o legislador a criar o “idosicídio”, o “criancicídio”, o “adolescenticídio”, e alguns mais, com o homicídio desaparecendo para ser substituído por diversos tipos penais qualificados ou até desconectados do citado do artigo. O doutrinador Reis (2015, p.297), ao tratar sobre o tema, relata que o feminicídio não se reveste de inconstitucionalidade, pois o STF teria enfrentado o mesmo dilema em relação à Lei Maria da Penha, quando julgou a ADC 19/DF, entendendo ser possível conferir uma proteção maior à mulher por crimes em razões de gênero. Por analogia, segundo ele, o STF deixou claro que tanto a lei Maria da Penha quanto outras similares são instrumentos de promoção da igualdade material, funcionando como uma discriminação positiva em favor da mulher, enquanto vítima. Quando se busca a proteção, a igualdade que deve prevalecer, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, é a material, qual seja tratar os iguais como iguais e os desiguais na medida de suas desigualdades. Outros doutrinadores, além de classificarem a norma como inconstitucional, a consideram também uma medida meramente simbólica, conforme leciona El Hireche e Figueiredo (2015): A nova lei, certamente louvada por diversos segmentos da sociedade, decerto, resultará mais uma vez de uma manifestação simbólica do direito penal, através da qual o Estado veicular novas leis, sem que com isso produza medidas efetivas para conter o cometimento de infrações. Piazzeta (2001, p.157), acertadamente, declara que o caminho para a concretização do Princípio da Igualdade se dará com a concepção de novos tipos penais, onde nenhum sexo seja superior ao outro. É interessante notar que quando Piazzeta fez tal declaração, no ano de 2001, não existia ainda nem mesmo a Lei Maria da Penha (2006) e muito menos a Lei do Feminicídio (2015). Sobram argumentos favoráveis e contrários à Lei do Feminicídio; mas que se trata de um crime tipificado graças à ânsia de justiça, por parte de uma sociedade vítima da violência, crescente a cada dia, isso não há o que se questionar.

4.4 Feminicídio: uma mera lei simbólica? Ao adentrarmos em um campo de legislação simbólica, estaremos a considerar a norma como um mero símbolo, assim como a estátua com os olhos vendados que representa a justiça, a qual por si só não traz resolução aos conflitos. A definição de legislação simbólica para Marcelo Neves (apud LENZA, 2012.p.79) assim se enquadra: Em suas palavras, a legislação simbólica “... “Aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”. Em seguida, Neves (apud LENZA, 2012.p.79), propõe um modelo tricotômico para a “tipologia da legislação simbólica”, estabelecendo que o seu conteúdo possa ser: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e; c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Segundo Lenza (2012.p.79), no primeiro modelo, procura o legislador assumir uma posição em relação a determinado conflito social, e esse posicionamento vem amparado pela lei e se preconiza como verdadeira concepção valorativa, sendo secundária a real eficácia da norma. Continua Lenza (2012, p. 80), lei simbólica destina-se primeiro à confirmação de valores sociais e é basicamente um meio de distinção de grupos e de seus respectivos valores ou interesses, por isso instituiria um caso de lei simbólica por gestos de diferenciação, que seriam responsáveis pela glorificação ou degradação de um grupo, em detrimento de outros, dentro da sociedade. Agora, no tocante ao segundo modelo, seguindo

entendimento de Lenza (2012, p.80) que aqui se refere à legislação simbólica como álibi, declarando que a mesma surge como uma resposta rápida e pronta do governo para a sociedade insatisfeita. Lenza (2012, p.80) demonstra que o objetivo principal é assegurar confiança no sistema político e jurídico, pois o Estado tem que se mostrar presente, confirmando os valores que certo grupo pede, a fim de que tenha restaurada a confiança. Busca-se entregar uma resposta à sociedade, mesmo que seja uma mentira manipuladora da realidade. Mas o povo, leia-se eleitorado, pede uma resposta, e o campo penal é o que mais rapidamente acolhe o desejo de vingança. Conforme Lenza (2012, p.80) “Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica” Segundo exposição de Lenza (2012, p.80) a legislação-álibi tem a função de introduzir uma sensação de segurança na sociedade, resolvendo problemas e acalentando a massa. Relatando sobre o último modelo que versa sobre o adiamentoda solução de conflitos sociais, através de compromissos dilatórios, Neves (apud LENZA, 2012, p.81) assim se manifesta : Ainda, conforme anota Neves, a legislação simbólica também pode “... servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado”. Como bem exposto a legislação simbólica acaba por tomar o papel que deveria ser desempenhado para a resolução dos problemas, pois eis que os conflitos sociais deveriam ser mais bem analisados para a consequente resolução.

4.4.1 A legislação penal como resposta à sociedade A criação de uma lei factóide somente adia o problema, pois com a elaboração da norma punitiva, esta não visará a resolução da questão por outros meios que não o da esfera penal. O adiamento da solução de conflitos sociais traz consequências nefastas, entre elas, a falsa percepção da resolução da situação problemática vivida por um grupo dentro da sociedade. Essa dilação só se dá em virtude da ação de uma lei penal, muitas vezes de sobressalto, sem a mínima reflexão que se faz necessária. A sociedade clama por justiça em seu aspecto mais cruel, ou seja, no sentido vingativo, visando exclusivamente responder ao crime, permeado pela equivocada ideia de que não haveria punição para tal delito. Esses crimes cruéis que norteiam a imaginação fértil das pessoas e da mídia geralmente já vêm com uma pena mais severa do que um crime praticado sem o emprego de meios cruéis. Porém, a intenção de ver encarcerado eternamente o indivíduo permanece, ignorando o fato de que a lei se for criada não poderá retroagir para piorar a situação do réu. A resposta que a sociedade espera, às vezes, nem sempre será a melhor, pois o Direito Penal realiza um controle que deveria ser feito por outros meios adequados, assim como por outros ramos do Direito. Ao analisar a Lei do Feminicídio, não resta dúvidas que a sociedade e a mídia tanto pediram que não restou alternativa ao legislador senão a criação de uma nova norma tipificando outra modalidade de qualificadora no homicídio. El Hireche e Figueiredo (2015) tratam da questão do crime de feminicídio: A nova lei, certamente louvada por diversos segmentos da sociedade, decerto, resultará mais uma vez de uma manifestação simbólica do direito penal, através da qual o Estado veicular novas leis, sem que com isso produza medidas efetivas para conter o cometimento de infrações. Não se ignora a necessidade de proteger a vida de todos os seres humanos, indistintamente, bem como não se ignora e nem se quer esconder a necessidade de proteger vítimas de violência doméstica que, no mais das vezes, são mulheres. Não se pense que os autores deste texto ignoram a necessidade desta proteção. Mas o questionamento é se é lícito, se é constitucional, criar uma pseudoproteção, com inconstitucionalidades manifestas, para atender à (pseudo) função simbólica da pena. Os

doutrinadores se posicionam deixando claro seu o descontentamento com a nova lei, em razão de, segundo eles, se tratar de uma medida simbólica, no que pese ser louvada pela sociedade, não apresenta medidas efetivas de proteção à mulher. O que não se leva em consideração ao classificar uma lei como medida simbólica é que todas as normas penais são o retrato de um clamor da sociedade, que ao ser ouvida pelo Legislativo, tem o seu pedido convertido em diploma legal, um dos princípios básicos da Democracia, já que os parlamentares são os representantes do povo.

4.5A Letra morta da Lei do Feminicídio Muitas vezes, a população quando recebe a notícia de que uma lei entrou em vigor, tem por certo de que aquela conduta anteriormente não era punida, e que a partir da edição dessa nova norma passará a receber a merecida sanção. O feminicídio é o caso mais visível que se tem, pois, ao afirmar que agora o agente será punido, leva a crer que anteriormente a conduta era atípica, o que não corresponde com a verdade. O crime ora tipificado já era punido com base em outras qualificadoras do crime de homicídio. Um agressor que exterminasse a vida da mulher, por menosprezo ou discriminação à sua condição ou contra a mesma por razões de gênero, não deixaria de responder pelo crime de homicídio qualificado, no mínimo pelo motivo torpe. Assim se pronuncia sobre a Lei do Feminicídio, o doutrinador Cabette (2014): O grande problema, que torna a lei enfocada mais um triste exemplo de um Direito Penal meramente simbólico, totalmente inútil e demagógico, é o fato de que o homicídio de uma mulher nessas circunstâncias sempre foi, desde 1940 com a edição do Código Penal Brasileiro, uma espécie de homicídio qualificado. Nessa situação a qualificadora do “motivo torpe” estaria obviamente configurada e a pena é exatamente a mesma, ou seja, reclusão, de 12 a 30 anos (vide artigo 121, § 2º, I, “in fine”, CP). E desse mesmo entender, partilhamos doutrinadores Bianchini e Gomes (2015) declarando que o feminicídio já seria hediondo pelo motivo torpe, fútil. E terminam por dizer que não há como negar a torpeza na ação de matar uma mulher por discriminação de gênero, citando como exemplo exterminar a vida da mulher por usar roupas curtas, por não ter feito a comida corretamente ou por não ter limpo a casa, etc.. El Hireche e Figueiredo (2015) partilham também do mesmo entendimento, revelando que o homicídio motivado por misoginia, com menosprezo ou discriminação à condição de mulher, já seria qualificado em razão do motivo torpe, assinalando a desnecessidade de um novo tipo penal. Partindo dos mesmos ideais dos doutrinadores supracitados, Nascimento (2015) partilha do mesmo juízo ao entender que, em síntese, o que era um crime qualificado, continuará ainda a sê-lo, independente do gênero, se mulher ou homem. O que a maioria dos juristas e doutrinadores acreditam é que o crime disposto na nova lei era punido em outras qualificadoras, geralmente pelo motivo torpe, e que agora encontram um tipo penal específico para o ato ilícito. O que era antes um crime de homicídio qualificado (consumado ou tentado) continua a ser, mas agora com uma qualificadora específica. Muitos dos intérpretes do Direito têm que a inserção de um novo tipo penal nada veio a acrescentar no mundo jurídico, a não ser mais uma lei penal que visa punir a violência contra a mulher. Reis (2015, p.291) assim se pronuncia sobre a forma de punição anterior à Lei do Feminicídio: Antes da edição da Lei nº13.104/2015 não havia nenhuma punição especial quando o homicídio era praticado contra a mulher por razões de gênero, sendo, por isto, punido de forma genérica como homicídio simples (art.121, caput, CP) ou qualificado (art.121,§ 2º, CP), conforme as circunstâncias do caso. Com a edição da Lei n.º13.104/2015 esse cenário foi alterado e o feminicídio passou a integrar o rol de homicídios qualificados (art.121,§ 2º, VI ,CP) O doutrinador Wanderlei José dos Reis em sua obra Direito Penal para Concursos, Perguntas e Respostas (2015) ,foi o primeiro a tratar do tema do feminicídio, e ao contrário dos outros doutrinadores, ele demonstra que anteriormente à nova lei, às vezes, poderia ser o sujeito enquadrado em homicídio simples. No entender desse mestre, a edição da lei foi de grande valia, pois alcançou quem antes escapava das garras punitivas da justiça mais severa. Mas se

levamos em consideração a maioria das opiniões dos doutrinadores aqui expostos, para que serve então a Lei do Feminicídio? Cabette (2014) responde que não serve para nada, pois o que era um crime com qualificadora continua sendo. E prossegue questionando: o que mudará com o “Feminicídio”; o que melhorará na vida das mulheres, em risco de sofrerem violência ou serem mortas por seus algozes? E por fim, decreta que rigorosamente em nada mudará tal situação. Cabette (2014), de modo acertado, declara que a esfera criminal não é o remédio para todos os males, assim como a mudança do nome de uma conduta já prevista como crime, da mesma forma e com a mesma pena de nada adianta, considerando que o Direito Penal não é a solução para todo problema social.

4.6 Questionamentos sobre a eficácia da Lei do Feminicídio

Esses questionamentos são de vital importância para o mundo jurídico, assim como para a sociedade, que clama pela resolução dos seus conflitos. No entanto, na atual conjuntura, cerca-se a problemática de elementos complicadores. Para a maioria dos juristas, é impossível analisar uma lei antes de determinado tempo, e neste caso, torna-se mais difícil ainda em razão da lei ter sido sancionada há poucos meses. Se for levada em conta a Lei Maria da Penha, há de se concordar que a sua eficácia é relativa, já que tornou visível a violência doméstica contra a mulher. A mulher, que evitava denunciar o agressor com medo de represálias, passou a enfrentar o problema de frente. Como consequência, houve um maior número de denúncias, levando à falsa percepção de que a cada ano aumenta o índice de violência. Desta forma, depois de anos em vigor, pode-se supor que a Lei Maria da Penha se tornou eficaz no que diz respeito à visibilidade da violência contra a mulher. Da Silva (2015) acredita que essa lei, fruto de muita discussão de anos pelos políticos e pelo povo, vem no exato momento do crescimento de número de homicídios contra a mulher, e pode contribuir para a redução desse repugnante delito. Da Silva acredita na eficácia da lei, mas deixa a dúvida pairar quando usa o verbo “poder” no sentido de contribuir para reduzir o crime, o que mostra que até o mais otimista se encontra ainda apreensivo em relação à eficácia da norma. A doutrinadora Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (2015) questiona a eficácia da Lei Maria da Penha: No segundo semestre de 2013, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) divulgou o relatório parcial de uma pesquisa que colocou em questionamento a Lei Maria da Penha. De acordo com o estudo, a lei que passou a proteger as mulheres de crimes relacionados à violência doméstica, e tornou mais severa a punição para esses casos, não teria influenciado na diminuição das taxas de mortalidade das mulheres por agressão no Brasil. Os dados mostraram que não houve mudanças relevantes nos números entre o período anterior e posterior a 2006, ano em que a lei entrou em vigor. Lucena (2015) expõe que a Lei Maria da Penha visava à redução da violência contra a mulher, mas não influenciou a desaceleração dos crimes e continua a abordagem com tema bastante questionador qual seja: Mortes de mulheres no Brasil: feminicídio ou homicídio comum? Violência doméstica ou questão de segurança pública? Um sinal emitido pelo próprio Governo Federal que a violência contra a mulher não diminuiu após a Lei Maria da Penha foi o tema da redação do Enem 2015 cujo tema foi “A persistência da violência contra a mulher na sociedade brasileira”. O tema da redação do Enem 2015 foi bastante debatido perante a sociedade e a mídia, demonstrando que a violência persiste, o que comprova pela ineficácia da Lei em relação à redução desse tipo de violência. Ao abordar o tema houve grande mobilização, até mesmo maior do que no ato da publicação da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio, o que só corrobora o fato de que a maior necessidade é o binômio educação/informação e sua ampla vinculação e divulgação por todos os meios possíveis, a fim de que todos conheçam seus direitos. Meios como esses fazem a sociedade refletir, mesmo por que, tipificar não significa extirpar o crime em si. Em relação ao feminicídio, é muito cedo para uma abordagem mais incisiva ou crítica, por se tratar de uma lei ainda criança carente de estudos mais profundos sobre sua imposição, aceitação e rumo perante o povo. Nascimento (2015) se posiciona com

incredulidade e desconfiança em relação à Lei do Feminicídio, conforme segue: Então o que de fato esta Lei de Feminicídio trará de concreto em relação ao benefício e proteção à mulher? Esta lei a protegerá de ser morta, violentada em sua integridade física e mental por seus algozes? Pode-se dizer que não, pois, ainda vai imperar a violência contra a mulher, e está longe de saná-la, visto que, é algo que está enraizada na sociedade, no seu âmago, desde os séculos passados, transmitida de pai para filho, de geração em geração, a exemplo do racismo, talvez, por uma questão de reflexão, fosse mais uma questão de conscientização do que de força. O fato é que não é uma lei preventiva, serve somente após o fato consumado, quando somente poderemos observar sua eficácia, ou se a terá, daqui algum tempo, pode-se dizer um longo tempo, a final, ainda não parece ser a resposta definitiva contra este mal que assombra a mulher durante séculos. A maior preocupação do legislador não é com o crime, mas com a opinião pública. O político precisa se fazer presente e eis aí uma lei penal política que adentrará nas casas do eleitorado via programas televisivos sensacionalistas. A questão da eficácia da lei penal só poderá ser amplamente avaliada no futuro. Por enquanto, o que se pode fazer são suposições e nada mais do que isso, além de comparações com normas similares, como a Lei Maria da Penha.

5. CONCLUSÃO Mesmo com o advento da Lei Maria da Penha, no ano de 2006, a violência contra a mulher no Brasil ainda se encontra em situação alarmante, transformando o país em um dos que mais mata a mulher, em razão da sua condição de sexo feminino. Como sempre acontece quando alguma coisa não vai bem, o povo começou a questionar a falta de leis, sem levar em conta a questão da efetividade das normas que já existem. Nesse ínterim, pelo recente clamor social, o governo brasileiro, através do Poder Legislativo, decidiu criar uma nova qualificadora no crime de homicídio, com a promessa de exterminar esse tipo de crime. No entanto, como ficou demonstrado no presente estudo, tal efetividade da lei somente será possível após um período considerável de vigência. Ao entrar em vigor, a polêmica se estabeleceu, já que a lei apresentou o requisito normativo mulher ao sujeito passivo. Mas qual o real significado da palavra “mulher”? Grande controvérsia surge, pois, vários doutrinadores pretendiam estender a proteção dada à mulher também aos homossexuais e em especial aos transexuais que segundo alguns deveriam possuir essa proteção por serem mulheres. No entanto a doutrina majoritária não acata essa previsão da doutrina minoritária alegando que o critério a ser seguido no Brasil é o critério biológico. Este critério considera mulher aquela nascida como tal, e que pelas suas características, possui todos os órgãos que a identifique, podendo se reproduzir ou gerar filhos. Logo, excluem-se os transexuais, pois mesmo depois de realizar a cirurgia de mudança de sexo continuam sendo homens, conforme demonstrado na pesquisa. A presente pesquisa deixou claro que mulher para o direito penal será a que nasce mulher, que pode procriar, eis que o Direito Penal deve ser interpretado de modo restritivo e também sempre do modo mais favorável ao réu. Logo desconsidera-se para fins dessa lei os gays, os transexuais e outros que se portam como mulher, mas que não o seja efetivamente. Quanto ao sujeito ativo do crime em estudo este poderá ser tanto o homem quanto a mulher, desde que preenchidos os requisitos estipulados na Lei do Feminicídio. Após adentrar no campo da constitucionalidade da lei, tema central do presente trabalho, a pesquisa deixou claro que em semelhante discussão a respeito da Lei Maria da Penha, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela sua constitucionalidade. Ao analisar a Lei do Feminicídio com todos os seus elementos e após amplo estudo doutrinário, há posicionamentos pela sua inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da igualdade. A conclusão a que se chegou o presente trabalho é pela constitucionalidade da Lei do Feminicídio, pois como assevera o órgão máximo da justiça brasileira, bem como vários doutrinadores, o que deve ser levado em conta, a fim de se determinar se uma norma é constitucional ou não, é a sua igualdade material, configurando-se a norma uma ação afirmativa. O que preceitua a igualdade

material é que devem ser consideradas as diferenças entre as pessoas, haja vista que todos são diferentes entre si apesar das semelhanças de serem humanos, e não havendo porque apenas considerar a igualdade formal que nada mais é do que a igualdade de todos perante a lei. Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é medida de justiça por se tratar de uma igualdade material que visa a diminuição das diferenças. Logo, não se pode tratar de maneira igual um deficiente físico e uma pessoa livre de deficiências. Outro ponto muito debatido pela doutrina em geral é se tal norma não seria uma lei penal simbólica e após vários estudos e questionamentos a conclusão a que se chega é que todas as leis são fruto da vontade de um povo, e se fossemos considerar ilegítima a vontade popular, estaríamos ferindo o Estado Democrático de Direito. Logo, a Lei do Feminicídio é sim, com toda certeza, uma lei simbólica. No entanto, cabe perguntar: será que a maioria das leis não refletem a vontade de um povo? Ou seria melhor legislar contra a vontade de um povo? Aí sim estaria afrontando o Estado Democrático de Direito. Apesar de ser simbólica, é a vontade do povo que deve predominar, pois o destinatário final da lei é o próprio povo. Antes do advento da Lei do Feminicídio, ao contrário do que muitos pensam, era o agente que cometesse tal delito punido com base em outras qualificadoras do homicídio, geralmente pelo motivo torpe, e que agora encontra um tipo penal específico para o ato ilícito. Ou seja, o que era um crime qualificado continua a ser um crime qualificado, mas com uma qualificadora específica. A ampla maioria dos doutrinadores pugna pela inutilidade da lei pela razão exposta no parágrafo anterior. Quanto à efetividade da lei, não há ainda considerável lapso temporal para aferir sua real eficácia. Eis que somente o futuro pode trazer respostas sobre seu funcionamento. Por ora, resta apenas especulações a se fazer. Apesar das presentes conclusões, esse trabalho de modo algum tem por finalidade encerrar o debate, até mesmo porque é de suma importância o aprofundamento de uma matéria tão importante, qual seja, a proteção da mulher e a liberdade do indivíduo. Consoante já relatado, trouxemos pontos polêmicos e, sobretudo, importantes sobre uma questão atual e extremamente controvertida. Reiteramos, não há como apagarmos uma cultura machista, patriarcal e latina e, ao mesmo tempo, o princípio da igualdade está aí, não só em leis importantes, mas também em uma sociedade mais justa e igualitária. A mulher, ainda, está em uma situação inferiorizada e, por isso mesmo, se destaca cada vez mais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: A BÍBLIA sagrada: tradução na linguagem de hoje. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. BARROS, Francisco Dirceu. Feminicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em: Acesso em: 28 ago. 2015. BARROS, Francisco Dirceu. Não existe feminicídio qualificado-privilegiado. Disponível em: Acesso em: 21 dez. 2015. BIANCHINI, Alice. Quais as melhores medidas para se combater a violência doméstica? Com a palavra a sociedade. Disponível em: Acesso em: 30 mar. 2015. BIANCHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. São Paulo. 2015. Disponível em: Acesso em: 11 set. 2015. BORGES, Paulo César Corrêa. GEBRIM, Luciana Maibashi. Violência de gênero. Tipificou o feminicídio? Disponível em: Acesso em: 31 dez. 2015. BRASIL. Diário do Senado Federal. Diário do Senado Federal ano LXVIII – Nº 112, Brasília, DF, 16 de julho de 2013. Disponível em: Acesso em: 07 ago. 2015. BRASIL, Lei nº 7170, de 14 de dezembro de 1983, que dispõe sobre a lei de segurança nacional. Presidência da República, casa civil, subchefia para assuntos jurídicos. Brasília. Disponível em: Acesso em: 14 set. 2015. BRASIL. Código Penal. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2014. BRASIL. Constituição federal. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2014. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio. Mais um capítulo do Direito Penal simbólico agora mesclado com o politicamente correto. Disponível em: Acesso em: 14 set. 2015. CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Parte

especial. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 2. DA SILVA, César Dario Mariano. Primeiras impressões sobre o feminicídio – Lei nº 13.104/2015. São Paulo, 2015. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2015 DE MELLO, Adriana Ramos. Feminicídio: Breves Comentários à Lei 13.104/15. Disponível em: < <http://jota.info/feminicidio-breves-comentarios-a-lei-13-10415> > Acesso em: 19 set. 2015 DICIONÁRIO Online. Disponível em: Acesso em: 07 jul. 2015. EFFTING, Patrícia Uliano. A finalidade do princípio da igualdade: a nivelação social- interpretação dos atos de igualar. São Paulo: Modelo 2012. FIGUEIREDO, Rudá Santos. HIRECHE. Gamilfoppel El. Homicídio contra a mulher. Feminicídio é medida simbólica com várias inconstitucionalidades. Disponível em: Acesso em: 02 set. 2015. FILHO, Francisco carvalho Filho. Lei que cria feminicídio é desastre técnico e foge da lógica penal. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-14/luis-carvalho-filho-lei-cria-feminicidio-desastre-tecnico> > Acesso em: 29 mar. 2015. GRECO, Rogério. Feminicídio comentários sobre a lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em: Acesso em: 22 ago. 2015. JESUS, Damásio E. Direito penal: parte geral. 27 ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva 2003. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª ed. São Paulo: Saraiva 2012. LUCENA, Mariana Barrêto Nóbrega de. Mortes de Mulheres no Brasil: Feminicídio ou Homicídio Comum? Violência Doméstica ou Questão de Segurança Pública? Disponível em: Acesso em: 15 dez. 2015. NASCIMENTO, Jeane. A Lei do Feminicídio ou Femicídio serve afinal pra quê? O que podemos realmente esperar desta lei? São Paulo. 2015. Disponível em: Acesso em: 06 set. 2015. NASCIMENTO, Tatiana. Nova Lei Feminicídio. Disponível em: Acesso em: 25 jun. 2015. NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010. NUCCI, Guilherme de Souza. Notas sobre o feminicídio. Disponível em: Acesso em: 02 fev. 2016. PAES, Mariana Armond Dias. Violência contra a Mulher. Inclusão do feminicídio no Código Penal é uma questão de igualdade e gênero. Disponível em: Acesso em: 07 set. 2015. PEREIRA, Jeferson Botelho. Breves apontamentos sobre a Lei nº 13.104/2015, que cria de crime feminicídio no Ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: Acesso em: 27 set. 2015. PIAZZETA, Naele Ochoa. O princípio da igualdade no direito penal brasileiro. Uma abordagem de gênero. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. 182 p. REIS, Wanderlei José dos. Direito penal para provas e concursos. Mais de 600 questões dissertativas de direito penal dos melhores concursos jurídicos do País. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2015. SILVA, Aline. Da lei Maria da Penha à lei do feminicídio: há o que comemorar? Disponível em: Acesso em: 07 ago. 2015. TASSE, Adel El et al. Legislação Criminal Especial. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. 6. TRUZ, Igor. Novas Regras. Lei que classifica feminicídio como crime hediondo também pode punir mulheres. Disponível em: Acesso em: 28 ago. 2015. VASCONCELLOS, Marcos de. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha é Constitucional decide Supremo. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-fev-09/lei-maria-penha-constitucional-acao-nao-depender-vontade-mulher> > Acesso em: 28 dez. 2015. WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil. Instituto Sangari. São Paulo/SP. Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf > Acesso em: 28 dez. 2015. YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Projeto Inconstitucional. Feminicídio é retrocesso na busca pela igualdade e no combate à discriminação. Disponível em: Acesso em: 29 ago. 2015.