

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

**A NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO E A PROTEÇÃO PENAL
DA MULHER**

WALESKA APARECIDA DA SILVA COSTA

SÃO MATEUS

2018

WALESKA APARECIDA DA SILVA COSTA

**A NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO E A PROTEÇÃO PENAL
DA MULHER**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Rubens da Silva Cruz.

SÃO MATEUS

WALESKA APARECIDA DA SILVA COSTA

**A NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO E A PROTEÇÃO PENAL
DA MULHER**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rubens da Silva Cruz
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR

Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Dedico a Deus, primeiramente, por mais essa vitória em minha vida. Através da sabedoria, paciência e fé dada por Ele, sempre orientando para que as melhores escolhas fossem feitas. Tão importante quanto Ele, à minha tão amada família e a minha filha que sempre me apoiou e me deu força para nunca desistir, sem esquecer do meu amor, Fabrício que são a maior prova do cuidado de Deus comigo.

Agradeço a todos os professores, em especial o meu querido orientador Rubens S. Cruz, que com toda sua paciência e dedicação não deixou em nenhum momento de atender prontamente todas as solicitações de dúvida, dando todo suporte sempre e de forma atenciosa, obrigada! Mais uma vez agradeço a Deus que com sua infinita bondade e misericórdia me permitiu chegar até aqui.

“O Senhor é o meu Pastor e nada me faltará.”

Salmos 23

RESUMO

Diversos são os fatores que produzem a violência doméstica, sendo os sociais os mais contundentes. Assim, embora os casos mais comuns de violência contra a mulher sejam no ambiente da moradia do casal ou das pessoas envolvidas, não é uma questão imprescindível para caracterizar o âmbito de atuação da lei. É fundamental entender a natureza do feminicídio, saber a que família jurídica ele pertence, de modo que, a partir, daí se terá melhor ideia dos seus reflexos. O feminicídio é uma espécie de homicídio que tem por especificidade ser cometido contra mulher em situação relacionada ao sexo feminino. Daí, além de ter como vítima mulher, há necessidade do nexos das razões do sexo feminino, ou seja, um crime cometido por menosprezo, discriminação da condição da mulher. Inicialmente então o feminicídio é da competência do tribunal do júri, conforme expressa previsão constitucional e do Código de Processo Penal. O feminicídio é instituto penal que visa aparelhar o sistema criminal para melhor proteger a mulher, dada a grande incidência de crimes letais que pessoas de tal gênero vêm sofrendo no Brasil. Entretanto, aprove ao legislador escolher estrategicamente o feminicídio como circunstância qualificadora, fazendo com que se modifique os limites da pena, do homicídio simples que é de 6 a 20 anos de reclusão, para os limites de 12 a 30 anos de pena privativa de liberdade. Daí, foi então criada a Lei 8.072/1990 que versa sobre os crimes hediondos em seu artigo 1º, alocando em 2015 a figura do feminicídio. Ser hediondo implica na possibilidade de maior tempo para progredir de regime, na impossibilidade de fiança, graça e anistia, dentre outras importante consequências que o fazem ser considerada infração de altíssima gravidade. Logo, dentro da esfera penal, o feminicídio representa a tentativa máxima do aparelho criminal para tentar inibir conduta tão nefasta a dignidade e a vida da mulher brasileira.

Palavras-chave: violência contra mulher, feminicídio, homicídio qualificado, crime hediondo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A PROTEÇÃO PENAL DA MULHER	11
1.1 DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL	14
1.2 CONTEXTO DE SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA	16
2 CRIMES COMETIDOS CONTRA A MULHER	22
2.1 ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	26
2.2 ÂMBITO DE ATUAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA	28
2.3 HIPÓTESES DE NÃO APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA.....	31
2.4 FATORES DA VIOLÊNCIA	31
3 NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO	36
3.1 FEMINICÍDIO COMO CRIME CONTRA A VIDA.....	36
3.2 FEMINICÍDIO COMO QUALIFICADORA.....	39
3.3 FEMINICÍDIO COMO CRIME HEDIONDO	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

A missão do Direito Penal Constitucional é proteger os bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade, preservando-os contra os ataques mais violentos e intolerantes.

A vida da mulher, sem dúvida é um bem jurídico dos mais relevantes, encontrando condão protetivo na lei fundamental por se trata de ser humano, razão de ser do Estado e das normas jurídicas, como mãe, esposa, filha, adolescente, criança, bebe, avó, empregada e etc.

Resta então sabe se a previsão constitucional vem recebendo o mesmo tratamento do Direito Penal, notadamente com recente criação do badalado instituto do feminicídio? E a partir daí verificar qual a natureza do feminicídio, será uma agravante, ou uma circunstância judicial, ou ainda uma causa de aumento a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena; será uma qualificadora a ensejar mudanças nos patamares mínimos e máximos da pena? Também interesse saber qual o conceito de mulher para o Direito Penal, será o critério psicológico de quem assim se pensa mulher, ou o biológico com a formação genética e estrutural feminina ou ainda adotar-se-á o critério apenas jurídico de quem apresenta documentação de mulher?

São tantos pontos, mas que, urgem necessários de serem efetivamente enfrentados para a correta e eficaz aplicação do amado Direito Penal.

A hipótese é que a Lei Maria da Penha é importante instrumento de proteção para a mulher, mas ainda é insuficiente e que o legislador criou o feminicídio pela sua incapacidade de utilizar outros meios que não o Direito Penal, *ultima ratio*, para realizar políticas públicas de forma indevida.

Logo, objetiva-se conhecer, a natureza do feminicídio no contexto inaugurado pela CF/88 de proteção à mulher e implementado com a criação da Lei Maria da Penha.

Para tanto, o primeiro capítulo traz uma visão geral do Direito Penal Constitucional, seus institutos e princípios mais destacáveis como a reserva legal, o princípio da intervenção mínima e a vedação da proteção insuficiente.

Por sua vez, o segundo capítulo, se ocupará da Lei Maria da Penha, seus principais instrumentos de proteção a mulher e o reconhecimento ou não dos tribunais sobre sua aplicação e constitucionalidade.

Por fim, o terceiro e derradeiro capítulo terá o condão de investigar a natureza do feminicídio e os desdobramentos a partir daí, sendo uma causa de aumento de pena ou uma agravante ou uma qualificadora.

Portanto, trata-se de uma pesquisa, essencialmente bibliográfica, isto é, apegar-se da doutrina pátria, sobretudo no que se refere ao Direito Penal e Constitucional, contando com as mais diversas fontes legislativas, inclusive do texto Constitucional, sempre buscando trazer à tona as mais importantes decisões da mais alta corte de justiça do país: o Supremo Tribunal Federal.

1 A PROTEÇÃO PENAL DA MULHER

A determinação de proteção da mulher vem da Constituição Federal de 1988, ao proclamar no caput do artigo 5^a, a inviolabilidade de direitos, dentre os quais da liberdade, da integridade física, da igualdade e etc.

Assim, é que as principais formas de violência atacam a mulher no aspecto físico com violência física indo até o homicídio, mas não é só isso, pois a mulher sofre ameaça, fica refém em sua própria casa, sofre chantagem, tem seus bens confiscados, sofre violência sexual e demais sorte de discriminações.

Então, o legislador constituinte prevê que a igualdade em que a deve ser assistida pela lei deve ser no sentido de trazer uma diferenciação na proteção à altura de tais ataques.

Vale então enumerar da CF esses principais direitos protetivos da mulher, senão vejamos:

[...] Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

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;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei [...] (sitio do Planalto, 2018).

Assim, a igualdade constitucional deve ser material, a segurança é tanto a jurídica quanto a proteção à integridade, bem como a patrimônio é objeto de essencial proteção.

Logo, em um Estado Democrático, a mulher não pode ser objeto da lei, da família, do marido, dos filhos, dos vizinhos, do processo, da empresa, do Estado, e sim a razão e o fim dos Direitos.

Não é por outra razão que o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 ao elencar as balizas nas quais o Brasil se estruturou, traz a dignidade como fundamento da República, valor supremo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Em razão da dignidade veda-se o tratamento desumano, degradante, ou seja, o ser, a exemplo da mulher, não é objeto e sim o fim da ordem jurídica (BULOS, 2012, p. 60).

Não é homem ou a mulher que foram feitos para a lei ou para o Estado, estes sim, existem e sobrevivem para convergir todas as suas forças para o bem da pessoa humana.

Não se pode conceber uma pessoa humana ser violentada, ser tragada em sua autonomia e autodeterminação, isso sim afronta a dignidade humana, a ponto que violar um princípio é pior que afrontar uma regra, pois dessa maneira se coloca abaixo toda cadeia de comandos que sustentam o ordenamento jurídico.

Assim, a Constituição Federal traz inúmeros dispositivos direcionados, sobretudo ao legislador penal, os quais, de forma ou indireta atingem a proteção que o sistema deve trazer à mulher:

[...]XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; ([Regulamento](#))

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação [...].

Veja, por exemplo, quanto à individualização da pena, somada a proporcionalidade pode e deve indicar para o legislador que, no caso concreto, poderá trazer penas, em qualidade e quantidades diferenciadas para determinados bens jurídicos relevantes, sendo o possível caso a hipótese da violência à mulher, sobretudo quanto esta agressão a direitos for motivada por menosprezo e discriminação ao gênero mulher.

A Constituição determina que não se tolerará atentados às liberdades fundamentais, dentre as quais o de ser mulher e viver com toda independência inerente a pessoa humana digna.

Mesmo uma mulher presa é assistida pela Constituição atentando com garantia específica à situação específica da mulher que amamenta.

Quando a Constituição fala da família, também determina a proteção à mulher (BULOS, 2012, p. 1514):

[...]CAPÍTULO

VII

Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso
([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010](#))

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

[...] (sitio do Planalto, 2018).

Portanto, o § 8º do artigo 226 da CF traz um verdadeiro mandado constitucional de criminalização, ou seja, mandamento para que o legislador infraconstitucional (Congresso Nacional) possa trabalhar para criar normas penais, notadamente em proteção a mulher, seja ela adulta ou adolescente ou até mesmo criança, as quais podem ser vítimas de violência no seio familiar.

Dessa maneira, ao criar a Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, o legislador estava observando a determinação Constitucional (BULOS, 2012, p. 1514).

Logo, nesse mesmo sentido, ao criar o feminicídio, alocando-o no tratamento dispensado ao crime de homicídio no artigo 121 do Código Penal, também o legislador nada mais faz do que atender a Carta da República.

É claro que todas as leis penais já tutelam a mulher, mas seu caráter de vulnerabilidade tem demonstrado ser mais efetivo lançar mão de normas diferenciadas para melhor e eficaz proteção.

1.1 DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Pode se entender o Direito Penal Constitucional no sentido de que o modelo penal e as leis penais devem passar pelo filtro do Direito Constitucional, sobretudo nos ditames constitucionais.

Por outro lado, a maioria dos princípios penais como a intervenção mínima, a proporcionalidade, a razoabilidade, a culpabilidade, a proibição de penas cruéis, a individualização da pena, a legalidade, a reserva legal, a humanidade das penas, a ofensividade, a insignificância, a intranscendência da pena, todos guardam índole indiscutivelmente constitucional.

Vale aqui discorrer sobre o importantíssimo princípio da legalidade e princípio da reserva legal:

[...] A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de ultima ratio que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confirme sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo. O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento percorreu um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples fachada formal de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigência de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado[...] (BITENCOURT, 2015, p. 50).

Daí sempre se ensinou que o cidadão comum pode fazer tudo o que a lei permite e tudo que a lei não proíbe, mas o administrador público somente pode fazer o que a lei expressamente autoriza ou ordena.

Vale que ao proteger o bem jurídico, em razão da proporcionalidade, o Estado não poder agir com excesso, bem como se proíbe a proteção insuficiente ou deficiente ou proibição por defeito:

[...] o postulado da proporcionalidade possui uma dupla face: de um lado, as regras que o compõem (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) impedem a adoção de cargas coativas indevidas ou excessivas por parte dos poderes públicos (proibição de excesso); de outro, a proporcionalidade impõe aos órgãos estatais o dever de tutelar de forma adequada e suficiente os direitos fundamentais consagrados na constituição (proibição de proteção insuficiente). Nesse sentido, pode-se dizer que enquanto a proibição de excesso tem por finalidade evitar intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais além do necessário, a proibição de proteção insuficiente visa a impedir que medidas constitucionalmente exigidas para a proteção e promoção dos direitos fundamentais fiquem aquém do necessário [...] (NOVELINO, 2016, p.296

Logo, a missão do Direito Penal e justamente a proteção do bem jurídico, conforme ensina Claus Roxin e a maioria da doutrina e essa proteção não pode ser conivente com o excesso, bem como não se admite a proteção deficiente, deixando o bem jurídico a mercê de ataques que fulmine o mínimo de proteção existe.

Nesse sentido, veja-se que a proteção dos bens jurídicos da mulher não estava suficiente à altura dos ataques.

Diariamente as mulheres eram vítimas de violência sexual, agressões e assassinatos.

Nesse prisma, a proteção da mulher através da Lei Maria da Penha foi essencial para atender o princípio da proporcionalidade na versão da proibição de proteção deficiente.

Não se descuidou da reserva legal, considerou-se a intervenção mínima, pois o Direito Penal somente deve atuar quando falharem as demais agências de proteção estatal, assim como deve ser fragmentário, punindo os ataques mais violentos, o que foi feito com a Lei Maria da Penha, acrescentando-se a essa proteção a previsão do feminicídio.

1.2 CONTEXTO DE SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA

Há duas hipóteses que visam explicar o surgimento da Lei Maria da Penha, sendo um deles a observância, ainda que tardia aos tratados e convenções internacionais que já versava sobre os direitos humanos das mulheres, conforme até admite a Lei Maria da Penha:

LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

A segunda hipótese e a que é mais provável é a falha na codificação que não consegue suprir todas as necessidades da população, havendo uma proliferação de normas legais que não inibem o delinquente.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a importância da Lei Maria da Penha que completou seus 10 anos de proteção:

[...] Jurisprudência do STF é destaque nos 10 anos da Lei Maria da Penha. Há dez anos, a sociedade brasileira passou a contar com uma lei específica para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher – norma que, em 2012, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que balizou o alcance da legislação e pacificou em sua jurisprudência o entendimento a ser aplicado pelo Poder Judiciário. Conhecida como Lei Maria da Penha, a Lei

federal 11.340, de 7 de agosto de 2006, representa um avanço na legislação visando a erradicação, prevenção e punição da violência contra a mulher, além de garantir mecanismos de proteção das vítimas que sofrem violência física e psicológica de pessoas com as quais convivem ou se relacionam.

A lei leva o nome de uma mulher que durante 23 anos sofreu maus tratos, agressões físicas e morais e duas tentativas de homicídio – uma com um tiro pelas costas, que a deixou paraplégica, e outra quando quase foi eletrocutada em uma banheira – praticadas pelo marido e pai de suas filhas. Isso tudo ocorreu há mais de 30 anos e, desde então, a farmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, 71 anos, milita em favor dos direitos das mulheres.

A morosidade para a solução do caso levou Maria da Penha a denunciar o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), competente para julgar casos de violação aos direitos humanos ocorridos em países integrantes da organização. Em 2001, a Comissão responsabilizou o país por omissão e negligência no que diz respeito à violência doméstica. A OEA recomendou ao Brasil que tomasse medidas em prol da criação de políticas públicas que inibissem as agressões no âmbito doméstico em desfavor das mulheres. Foram 19 anos para a condenação do agressor, e a repercussão do caso levou à aprovação da Lei 11.340/2006, retirando a violência contra as mulheres da esfera particular para a dimensão de Estado.

A lei detalha as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, que engloba a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, prevê medidas protetivas de urgência visando garantir a segurança da vítima, como o afastamento do agressor do local de convivência e a fixação de limite mínimo de distância, permite a prisão preventiva do agressor e aumenta as penas para os casos de lesões corporais praticadas no âmbito doméstico contra a mulher. Além disso, garante a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a construção de casas-abrigo para mulheres e dependentes menores, a inclusão das vítimas em programas sociais, a prioridade para transferência de cidade caso seja servidora pública ou a estabilidade de seis meses para afastamento do trabalho caso seja da iniciativa privada [...] (sitio do STF, 2018).

Veja-se que a própria Suprema Corte reconhece a pressão internacional para que o legislador brasileiro trabalhasse na edição da norma protetiva.

Um bom exemplo da falha dos códigos a existência de diversas leis esparsas como a lei de drogas, lei de armas, e etc.

Assim, nasceu a Lei Maria da Penha, a tempo reclamada pela sociedade:

[...] DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as

oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar [...].

Aqui o legislador demonstra que a existência da Lei Maria da Penha visa regulamentar o artigo 226 da Constituição Federal de 1988, uma medida estatal para proteger aqueles que integram a família, notadamente as mulheres.

Em outro momento vale trazer a tona que a Lei Maria da Penha nessa primeira década de existência já sofreu grandes embates, tendo diversas ações questionando a constitucionalidade de suas normas que, ao contrário dos críticos, foram assentadas como constitucionais:

Controle de constitucionalidade

Com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha 45 dias após sua publicação, começaram a chegar à Justiça processos relacionados à regra então estabelecida, e surgiram também interpretações divergentes dos magistrados quanto à sua aplicação. A análise da norma chegou ao STF por meio de duas ações de controle concentrado de constitucionalidade – Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424, julgadas em 9 de fevereiro de 2012.

No julgamento da ADC 19, a votação foi unânime para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006. A ação foi ajuizada pela Presidência da República com o objetivo de pacificar entendimento sobre a aplicação da lei e, assim, permitir decisões uniformes em todas as instâncias do Judiciário.

O Plenário acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, que destacou na ocasião que a lei “retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, proteção e justiça”. O ministro Ricardo Lewandowski lembrou que quando o artigo 41 da Lei Maria da Penha retirou os crimes de violência doméstica do rol dos crimes menos ofensivos e, portanto, da alçada dos Juizados Especiais, colocou-se em prática “uma política criminal com tratamento mais severo, consentâneo com sua gravidade”.

Ainda naquele julgamento, a ministra Rosa Weber disse que a Lei Maria da Penha “inaugurou uma nova fase de ações afirmativas em favor da mulher na sociedade brasileira”. No mesmo sentido, o ministro Luiz Fux disse que a lei está em consonância com a proteção que cabe ao Estado dar a cada membro da família, nos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal. O ministro Gilmar Mendes observou que o próprio princípio da

igualdade contém uma proibição de discriminar e impõe ao legislador a proteção da pessoa mais frágil. Segundo ele, “não há inconstitucionalidade em legislação que dá proteção ao menor, ao adolescente, ao idoso e à mulher”. Nesse contexto, o ministro Celso de Mello, decano da Corte, lembrou que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve uma importante participação no surgimento da Lei Maria da Penha.

Naquela mesma sessão, os ministros julgaram procedente a ADI 4424, ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR). O artigo 16 da lei dispõe que as ações penais públicas “são condicionadas à representação da ofendida”, mas, para a maioria dos ministros do STF, essa circunstância acabava por esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres. Com a decisão, o Plenário entendeu que nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico, mesmo de caráter leve, o Ministério Público tem legitimidade para deflagrar ação penal contra o agressor sem necessidade de representação da vítima. Também na ocasião, os ministros entenderam que não se aplica a Lei 9.099/1995, dos Juizados Especiais, aos crimes abrangidos pela Lei Maria da Penha.

O ministro Marco Aurélio, também relator da ADI, considerou que o artigo 16 da lei fragilizava a proteção constitucional assegurada às mulheres, ao condicionar as ações penais públicas à representação da ofendida. “Não se coaduna deixar a critério da vítima a abertura ou não de processo contra o agressor”, afirmou. “Isso porque a manifestação da vontade da mulher é cerceada pela própria violência, por medo de represálias e de mais agressão”.

Para o ministro Dias Toffoli, “o Estado é partícipe da promoção da dignidade da pessoa humana, independentemente de sexo, raça e opções”. Ele fundamentou seu voto no artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal, relativo à proteção da família. Já na avaliação da ministra Cármen Lúcia, é preciso mudar conceitos sociais equivocados em relação ao direito das mulheres, como o presente na máxima “em briga de marido e mulher, não se mete a colher”. Para a ministra, é dever do Estado adentrar o recinto das “quatro paredes” quando houver violência [...] (sítio do STF, 2018).

O Supremo Tribunal Federal, além de manter a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, reconhece sua utilidade, reconhecem a dignidade da pessoa como princípio realizado pela lei, além da igualdade material.

Rogério Greco (2016, p. 39), faz uma contextualização histórica da Lei Maria da Penha, inserindo o avanço para a regulamentação do feminicídio:

[...] Sob a ótica de uma necessária e diferenciada proteção à mulher, o Brasil editou o Decreto 1.973, em 1º de agosto de 1996, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994. Seguindo as determinações contidas na aludida Convenção, em 7 de agosto de 2006 foi publicada a Lei nº 11.340, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, que ficou popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, a qual, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, estabeleceu medidas de assistência e proteção à mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos dispostos no art. 1º da mencionada lei. Em 9 de março de 2015, indo mais além, fruto do Projeto de Lei do Senado nº 8.305/2014, foi publicada a Lei nº 13.104, que criou, como modalidade de homicídio qualificado, o chamado feminicídio, que ocorre quando uma mulher vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino [...].

Além disso, os Ministros fixam que a ação é pública incondicionada em caso de violência física contra a mulher no âmbito doméstico, independentemente do tipo de lesão.

Por outro lado, reconhecem não ser aplicável a Lei 9099/95 no âmbito da Lei Maria da Penha, ou seja, não cabe transação penal e suspensão condicional do processo, que suas medidas despenalizadoras.

Dessa forma vale anotar as principais decisões do Supremo Tribunal Federal que versam sobre a Lei Maria da Penha:

[...] Jurisprudência

A partir do julgamento da ADC 19 e da ADI 4424, o STF fixou entendimento com caráter vinculante que passou a guiar a atuação de todo o Judiciário brasileiro quanto ao tratamento que deve ser dado aos processos relacionados à violência doméstica contra a mulher.

Depois disso, chegaram à Corte, ainda, outras ações envolvendo a jurisprudência sobre a Lei Maria da Penha. Em novembro do ano passado, a ministra Cármen Lúcia julgou procedente a Reclamação (RCL) 20367 e cassou acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) que havia extinto a punibilidade de um condenado pela prática da contravenção de vias de fato contra mulher em ambiente doméstico, por falta de representação da vítima. A relatora determinou a realização de um novo julgamento segundo os critérios definidos pelo STF na ADI 4424.

No mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio cassou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) que, em razão do desinteresse da vítima no prosseguimento da ação penal, manteve a absolvição de um homem acusado de agredir a companheira. A decisão do ministro foi tomada na Reclamação (RCL) 19525. Já o ministro Luiz Fux cassou decisão do juízo da Vara Criminal da Comarca de Limeira (SP) que havia extinto a punibilidade do acusado de ter agredido a própria mãe, em razão de renúncia à representação por parte da vítima. Ao julgar procedente a Reclamação (RCL) 18391, o relator garantiu ao Ministério Público do Estado de São Paulo o direito de prosseguir com a ação penal contra o suposto agressor. Segundo Fux, “há perfeita aderência entre o ato reclamado e os acórdãos paradigmas, posto que o Plenário do STF conferiu expressamente, com efeito *erga omnes* e vinculante, interpretação conforme a Constituição à Lei Maria da Penha”.

Há casos também em que ministros do STF impediram a flexibilização da Lei Maria da Penha. Um exemplo é a decisão do ministro Teori Zavascki, que, ao rejeitar Habeas Corpus (HC 130124) impetrado em favor de um condenado pela prática do crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico, afastou a aplicação do princípio da bagatela. Na decisão, o ministro ressaltou que, “nos delitos penais que são cometidos em situação de violência doméstica, não é admissível a aplicação do princípio da bagatela imprópria, tudo sob o pretexto de que a integridade física da mulher (bem jurídico) não pode ser tida como insignificante para a tutela do Direito Penal”.

Outro exemplo é a decisão unânime da Segunda Turma ao indeferir o HC 129446, também de relatoria do ministro Teori Zavascki, no qual se pedia a substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos a um condenado à pena de três meses de detenção, em regime aberto, pelo crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico contra a esposa. O relator afastou a argumento de que o artigo 17 da Lei Maria da Penha

autorizaria a substituição da pena. “Não parece crível imaginar que a lei, que veio justamente tutelar com maior rigor a integridade física das mulheres, teria autorizado a substituição da pena corporal, mitigando a regra do artigo 44 do Código Penal, que a proíbe”, ressaltou [...] (sítio do STF, 2018).

Portanto, através de diversas decisões, o Supremo Tribunal Federal reconhece acertadamente que não é aplicável o princípio da insignificância na Lei Maria da Penha, logicamente tal princípio é incompatível com os princípios da lei.

2 CRIMES COMETIDOS CONTRA A MULHER

A mulher é constantemente vítima no dia dia-a-dia, pois passa a imagem de pessoa indefesa para o criminoso.

A doutrina identifica que boa parte desses crimes ocorre dentro dos lares, conforme lições de Geraldo Landrove Díaz (apud GRECO, 2016, p.38):

[...] Dentro das tipologias que levam em conta a relação prévia entre vítima e autor do delito (vítima conhecida ou desconhecida) temos que ressaltar a especial condição das vítimas pertencentes ao mesmo grupo familiar do infrator; tratam-se de hipóteses de vulnerabilidade convivencial ou doméstica. Os maus-tratos e as agressões sexuais produzidos nesse âmbito têm, fundamentalmente, como vítimas seus membros mais débeis: as mulheres e as crianças. A impossibilidade de defesa dessas vítimas – que chegam a sofrer, ademais, graves danos psicológicos – aparece ressaltada pela existência a respeito de uma elevada cifra negra [...].

A doutrina nota então que boa parte dos delitos ocorre no interior das casas, onde há uma relação familiar, bem como as vítimas geralmente são mulheres e crianças, destacando que muitos casos não chegam a ser notificados à polícia ou a algum órgão que possa provocar uma intervenção na situação de violência, evitando a continuidade das agressões e punindo os responsáveis por tais atos. Nos crimes sexuais essa espécie de subnotificação é ainda maior.

Também no que tange aos crimes contra a dignidade sexual é a vítima predileta dos criminosos, sofrendo toda sorte de atentados contra a sua liberdade sexual, e isso ocorre no seio da família, na rua, na escola e nos mais diversos lugares, merecendo uma proteção do Código Penal Brasileiro:

:

[...] Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 214 - (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Violação sexual mediante fraude (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 216. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Assédio sexual (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Parágrafo único. (VETADO)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

CAPÍTULO II
 DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL
 (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Sedução

Art. 217 - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Corrupção de menores

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. (Redação dada pela Lei nº 12.978, de 2014)

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Incorre nas mesmas penas: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

[...].

Daí, embora a lei expressamente utilize o termo alguém, sabe-se contudo que a maior vítima é a mulher.

A mulher é a maior vítima de estupro, inclusive cometidos por alguém próximo, o que faz incidir, além da tipificação do Código Penal, também da Lei Maria da Penha, a qual vem recheada de medidas protetivas para a mulher.

Logo, se a mulher é a maior vítima dos crimes, notadamente o aparelho estatal tem trazer maior proteção a sua pessoa em atenção ao princípio da proporcionalidade e da dignidade humana.

Importa destacar que há que entenda que a lei Maria da Penha é necessária, porém ainda é insuficiente:

Lei Maria da Penha é necessária, mas parece insuficiente

As mulheres e a magistratura não abrem mão de uma resposta punitiva para os casos de agressão que tramitam na Justiça, no âmbito da Lei Maria da Penha. No entanto, juízes e vítimas consideram que as medidas punitivas não são suficientes para conter esses crimes. É necessário incluir a justiça restaurativa para tratamento das consequências da violência doméstica. Essa é uma das conclusões do estudo Justiça Pesquisa – direitos e garantias fundamentais, entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário, elaborado pela Universidade Católica de Pernambuco, em trabalho encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O estudo faz um histórico sobre a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Lei 9.099/1995) e da edição da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que se tornaram marcos históricos ao estabelecer proteção e assistência à mulher vítima de agressão.

O Justiça Pesquisa destaca que a Lei Maria da Penha trouxe para o Estado a responsabilidade de utilizar medidas integradas de prevenção à violência que facilitem o acesso à Justiça, e determinem que a polícia faça o atendimento e o uso de medidas protetivas de urgência para mulheres violadas ou em iminente perigo de ataque.

Nesse arcabouço de combate à violência doméstica, a legislação deu destaque ao papel dos homens na erradicação da violência de gênero, estabelecendo o comparecimento deles aos programas de recuperação e reeducação nas unidades de atendimento aos agressores. A coordenadora do estudo, Marília Montenegro Pessoa de Mello, classifica essa legislação como um marco. “Representou uma guinada no tratamento da violência doméstica. Passados mais de 10 anos, o Judiciário reconhece esse valor. Nesse período, houve uma grande expansão dos juizados especializados”, observa Marília Montenegro (sítio do STF, 2018).

É óbvio que nenhuma lei penal ou processual vai resolver uma questão histórica e social e isso é explicado através do princípio da intervenção mínima, já que o Direito Penal se destaca dos demais por ser uma ferramenta de ultima ratio, somente podendo ser invocado quando falham as demais agências de proteção social, bem como os demais ramos do direito.

É preciso uma grande estruturação social no Brasil, fazendo vale os princípios de ordem social que busquem resolver na educação, na formação cultural, ensinando as futuras gerações o respeito pelo direito alheio.

Assim, o homem deve entender como principal agressor das mulheres, que embora tenha maior força física, deve utilizá-la para proteger e salvaguardar as mulheres, sendo-lhe vedado lançar mão de suas qualidades físicas e econômicas para atentar contra direito alheio.

Vale ressaltar que a função da pena também é a prevenção geral positiva destinada a sociedade, demonstrando que o sistema jurídico está atento aos atos desviados das pessoas que tentam conviver em comunidade, mas também pune com rigor que transgredem as normas.

A prevenção geral também poderá ser negativa, implicando na mensagem que a pena emite para a sociedade, indicando que quem for surpreendido cometendo crimes será devidamente punido.

2.1 ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei Maria da Penha pune diversas formas de violência, não apenas a violência física, demonstrada com agressões sofridas pelas vítimas.

Além da violência física, outras tão graves ocorrem como a ameaça, o furto e outras formas de discriminação.

Assim, a Lei Maria da Penha traz um rol de violência que vai além da violência puramente física:

[...]CAPÍTULO II
DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
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 auto-estima 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.
[...] (sítio do Planalto, 2018).

Dessa maneira, o legislador buscou condensar todas as formas de condutas que pudessem atentar contra a mulher.

Vale ainda observar que a Lei Maria da Penha não traz um crime, não cria pena, utilizando-se os tipos do Código Penal.

Portanto o que a Lei Maria da Penha traz à tona são medida cautelares em favor da mulher quando, notadamente, sofre alguma forma de violência, conforme se verifica:

[...] Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.[...]
(sitio do planalto, 2018).

Inicialmente então a Lei Maria da Penha prevê políticas para que os diversos órgãos e personagens atuem conscientemente e dentro dos anseios da Lei, a exemplo da capacitação dos profissionais que irão atuar no atendimento à mulher.

Em seguida, tem-se medidas judiciais mais próximas da realidade da violência:

[...] CAPÍTULO II

DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde,

no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

§ 3º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual [...] (sítio do planalto, 2018).

Assim, são medida cautelares que agregam ao juiz poderes assecuratórios para que haja efetividade do aparelho estatal na proteção daquela mulher já vitimada pela violência doméstica.

A crítica é a falta de estrutura como delegacias, casas de passagens, programas de ajuda financeira e material, bem como preparo de profissionais que ainda não sabem exatamente como lidar com a situação.

2.2 ÂMBITO DE ATUAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha traz um rol de hipóteses de aplicação da Lei Maria da Penha, de modo que não se aplica no âmbito da residência ou moradia, conforme se verifica:

[...] TÍTULO II
DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

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: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

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 [...] (sitio do Planalto, 2018).

Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 821), por sua vez, começa a discorrer sobre a dispensabilidade de coabitação entre autor e vítima nos crimes da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

Assim, lembra o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça consignado na Súmula 600: “Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima” (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 22/11/2017) . Daí o autor lembra que são os seguintes os requisitos para que configure a violência doméstica e familiar prevista na Lei Maria da Penha:

[...] a) sujeito passivo (vítima) deve ser pessoa do sexo feminino (não importa se criança, adulta ou idosa, desde que seja do sexo feminino); b) sujeito ativo pode ser pessoa do sexo masculino ou feminino; c) ocorrência de violência baseada em relação íntima de afeto, motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade, no termos do artigo 5º da Lei [...] (CAVALVANTE, 2018, p. 821).

Veja-se então que o objetivo é proteger a mulher, quando ela interagir contra uma outra pessoa e sofrer violência, seja no interior da residência, seja em outra localidade, desde que haja um nexo de natureza familiar ou de afeto.

Vale então trazer à tona o espaço onde essa violência doméstica poderá ocorrer:

[...] DISPOSIÇÕES GERAIS

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: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

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 [...]. (sitio do Planalto, 2018).

Assim, embora os casos mais comuns de violência contra a mulher sejam no ambiente da moradia do casal ou das pessoas envolvidas, não é uma questão imprescindível para caracterizar o âmbito de atuação da lei.

É perfeitamente possível então que haja violência doméstica mesmo que o agressor e vítima não convivam sob o mesmo teto (não morem juntos). Isso se deve ao fato do artigo 5º, III, da Lei afirmar que há violência doméstica em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (CAVALCANTE, 2018, p. 822).

Daí, Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 822), traz exemplos consiste no caso de violência praticada por irmão contra irmã, ainda que eles nem mais morem sob o mesmo teto, conforme julgou o STJ, em sua 5ª Turma, no REsp 1239850/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16 de fevereiro de 2012, bem como o caso em que o tribunal entendeu ser possível que a agressão cometida por ex-namorado configure violência doméstica contra a mulher ensejando a aplicação da Lei nº 11.340/2006, conforme julgou o STJ na sua 5ª Turma, no HC 182.411/RS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Des. Com. do TJ/RJ), julgado em 14/08/2012).

O autor ainda traz diversos outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

[...] A Lei nº 11.340/06 buscou proteger não só a vítima que coabita com o agressor, mas também aquela que, no passado, já tenha convivido no mesmo domicílio, contanto que haja nexo entre a agressão e a relação íntima de afeto que já existiu entre os dois. STJ, 3ª Seção, CC 102. 832/MG/ Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 22/04/2009.

A intenção do legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, foi de dar proteção à mulher que tenha sofrido agressão decorrente de relacionamento amoroso, e não de relações transitórias, passageiras, sendo desnecessária, para a comprovação do aludido vínculo, a coabitação entre o agente e a vítima ao tempo do crime. STJ. 6ª Turma. HC. 181.246/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 06/09/2013.

A caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher não depende do fato de agente e vítima conviverem sob o mesmo teto. Assim, embora a agressão tenha ocorrido em local público, ela foi nitidamente motivada pela relação familiar que o agente mantém com a vítima, sua irmã, circunstância que dá ensejo à incidência da Lei Maria da Penha. STJ, 5ª Turma. HC 280.082/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 12/02/2015 [...] (CAVALCANTE, 2018, p. 822).

Dessa maneira, os tribunais, por mais de uma vez já entenderam que a coabitação é dispensável para configurar violência da Lei Maria da Penha.

2.3 HIPÓTESES DE NÃO APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha não se aplica ao homem e a justificativa é que é destinada, dentro da igualdade material a proteger o gênero mulher.

Esse ponto foi questionado nos tribunais, os quais mantiveram a constitucionalidade da lei, mesmo tendo a decisão do Supremo contrariado grande parte da doutrina mais crítica como Romulo Andrade Moreira, em seu artigo “O STF e a Lei Maria: uma lamentável decisão”:

[...]O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente, na sessão do último dia 09 de fevereiro, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424) ajuizada pela Procuradoria-Geral da República quanto aos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha. Na mesma sessão, agora por unanimidade, os Ministros acompanharam o voto do relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19, Ministro Marco Aurélio, e concluíram pela procedência do pedido a fim de declarar constitucionais os artigos 1º, 33 e 41, da Lei Maria da Penha.[3]

Nada obstante o argumento de autoridade que representa um julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ousamos discordar e afirmar, em alguns pontos, a inconstitucionalidade da Lei nº. 11.340/2012.

Como se sabe, “*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.*”[4] A violência pode ser praticada: a) “*no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas*”; b) “*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*”[5] ou c) “*em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação*

[...] (2012, p. 01).

O STF também declarou não comportar o princípio da insignificância no âmbito da Lei Maria da Penha, assim como não cabe aplicar os institutos da Lei 9099/95 e ainda declarou ser de ação pública e incondicionada a violência doméstica que produz lesão física na vítima, ainda que leve.

2.4 FATORES DA VIOLÊNCIA

De acordo com Rubens da Silva Cruz e Fabrício Pereira Rocha (2011, p. 10 a 15), a violência é um fenômeno cuja fonte não residiria necessariamente em apenas um agente, mas que pode decorrer da ação de múltiplos “atores”; atores que, por sua vez, podem se valer de estratégias e instrumentos explícitos ou tácitos, ministrando-

os de maneira gradual e compacta.

A maioria das pessoas não tem consciência do problema da violência que tem vindo a afetar cada vez mais a nossa sociedade. Há violência em cada virar de uma esquina, pois ao contrário do que muitos pensam, a violência não é apenas física, mas também psicológica, através de ameaças, perseguições ou chantagens (CRUZ, ROCHA, 2009, p.10 a 15).

De acordo com Lucinda, Nascimento e Candau (apud CRUZ e ROCHA, 2009, p.10 a 15), as diferentes faces da violência podem ser apresentadas sob duas dimensões principais:

Dimensão Estrutural ► destaca-se nesta abordagem as colocações de Adorno ao afirmar que a própria história de nosso país é, sob um certo aspecto, uma história social e política da violência, portanto, o problema da violência é também um problema da cultura política de um país, ou seja, do modo como a sociedade estabelece culturalmente as relações de poder. Segundo o autor é importante considerar, também, o poder da sociedade em geral.

Dimensão Cultural ► destaca-se nesta abordagem as colocações de Velho. Em suas colocações sobre o tema em questão, o referido autor acrescenta que uma das variáveis fundamentais para compreender a crescente violência em nossa sociedade é o fato de ser acompanhada por um esvaziamento de conteúdos culturais, particularmente os éticos, no sistema de relações sociais. Destaca que os valores e as relações sociais passaram por mudanças — expansão da economia de mercado, industrialização, novas tecnologias, florescimento de cultura de massa — que fizeram com que as ideologias individualistas ganhassem terreno e que o campo de possibilidades sócio-culturais se diversificasse. Argumenta, ainda, que a difusão dos valores individualistas significou um enfraquecimento nas formas tradicionais de relacionamento. Convém ressaltar que entre as dimensões estrutural e cultural da violência existe mútua implicação e elas não podem ser dissociadas.

É ainda destacado por Lucinda, Nascimento e Candau (apud CRUZ e ROCHA, 2009, p.10 a 15), as colocações de Arnoud e Damascena. Segundo estes autores, a violência é multicausal e plural, ou seja, partem da compreensão de que a violência depende tanto da percepção de fatores estruturais - como a crise econômica, a miséria e o empobrecimento, quanto de fatores culturais que se expressam através da quebra dos laços de solidariedade na sociedade e da crise das relações sociais tradicionais.

Por sua vez, diversos são os fatores que produzem a violência doméstica, sendo os sociais os mais contundentes, já que o Brasil ainda é um país marcado pelas desigualdades e discriminações, tanto que o legislador constituinte originário colocou como metas a serem alcançadas o trabalho para lidar com as discriminações e as desigualdades:

[...] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação [...] (sitio do Planalto, 2018).

Assim, ao mesmo tempo em que o constituinte reconhece os fundamentos da cidadania, da soberania, da livre iniciativa e dignidade humana, dentre outros, claramente reconhece que no Brasil estar-se longe de uma sociedade igualitária, livre, justa e solidária, há sim marginalização e desigualdades.

Desse modo, a desigualdade social, influencia marcadamente numa cultura de vantagem, força e menosprezo pelos mais vulneráveis.

Por outro lado, há quem coloque a influência da mídia, da pobreza, do tráfico de drogas, das bebidas e do mercado de trabalho como fatores da violência contra a mulher.

Certo é que essa tamanha violência é alicerçada nas raízes da formação da sociedade brasileira, desde a escravidão, da exploração do Brasil enquanto colônia e da prevalência daquele que se sente mais forte diante do mais fraco na relação social.

Logo, o Estado busca com a lei intervir nessa situação social, colocando o aparato jurídico para tentar equilibrar os pontos:

[...] Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da [Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#);

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no [caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#), o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos [§§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 \(Código de Processo Civil\)](#).

Seção III

Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo [...] (sitio do planalto, 2018).

Tais medidas citadas acima são exemplo de como a Lei aparelha a máquina estatal para intervir nas relações e tentar buscar certo equilíbrio a mulher que se mostra vulnerável no caso concreto. Há uma presunção de que na relação familiar e

de afeto a mulher é sempre vulnerável, logo o Estado entra em favor do mais fraco, zelando pelos bens jurídicos, sobretudo a vida.

Isso não quer dizer que homem não goze de proteção, já que todo o ordenamento jurídico, inclusive o Código Penal já o protege.

3 NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO

De acordo com Fernando Capez:

[...] Femicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino”, ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima por ser mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino. A lei pune mais gravemente aquele que mata mulher por “razões da condição de sexo feminino” (por razões de gênero). Não basta a vítima ser mulher para que exista o crime de feminicídio, é preciso que a morte aconteça pelo simples fato de a vítima ter a condição de sexo feminino [...] (2016, p. 88).

É fundamental entender a natureza do feminicídio, saber a que família jurídica ele pertence, de modo que, a partir, daí se terá melhor ideia dos seus reflexos.

3.1 FEMINICÍDIO COMO CRIME CONTRA A VIDA

O feminicídio é uma espécie de homicídio que tem por especificidade ser cometido contra mulher em situação relacionada ao sexo feminino.

Daí, além de ter como vítima mulher, há necessidade do nexos das razões do sexo feminino, ou seja, um crime cometido por menosprezo, discriminação da condição da mulher.

Vale ressaltar que até o advento da Lei 13.104/2015, não existia penalização no âmbito do Direito Penal, de forma específica, para a hipótese de homicídio praticado contra pessoa do sexo feminino e por questões da condição de mulher. De acordo com a doutrina, matar mulher em razão da vítima ser mulher era tido como homicídio qualificado por motivo fútil ou torpe, a depender do caso concreto. Somente então, após a Lei 13.140/2015, tal motivo passou a ter como consequência específica a adequação típica do fato ao artigo 21, § 2º, VI, do Código Penal (CAPEZ, 2016, p. 89).

Assim, o feminicídio é um crime material que exige resultado naturalístico com a mudança do mundo exterior com a eliminação da vida humana extrauterina da mulher. Também pode ser cometido por diversas formas de execução como arma de fogo, arma branca, asfixia, envenenamento, fogo, explosão, etc.

Como homicídio que é o feminicídio deixar vestígio, sendo exigido exame de corpo de delito.

Assim, em se tratando de crime contra a vida, o feminicídio engloba todas as características dos mesmos.

Vale trazer as principais classificações do homicídio, que logicamente se aplicam ao feminicídio, conforme Rogério Greco (2016, p. 11):

[...] Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; simples; de forma livre (como regra, pois existem modalidades qualificadas que indicam os meios e modos para a prática do delito, como ocorre nas hipóteses dos incisos III e IV), podendo ser cometido dolosa ou culposamente, comissiva ou omissivamente (nos casos de omissão imprópria, quando o agente possuir status de garantidor); de dano; material; instantâneo de efeitos permanentes; não transeuntes; monossujeito; plurissubsistente; podendo figurar, também, a hipótese de crime de ímpeto (como no caso da violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima) [...].

Inicialmente então o feminicídio é da competência do tribunal do júri, conforme expressa previsão constitucional e do Código de Processo Penal:

[...] XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;

II - no concurso de jurisdições da mesma categoria: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

IV - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta [...].

Dessa maneira, dizer que o crime é do júri, implica em dizer que se trata de crime grave, com penas geralmente alta e cujo processamento se dará em duas fases, sendo a última julgada por um corpo de jurados.

Também implica dizer que os crimes contra a vida, assim como o feminicídio é de ação pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público ser o titular do direito de ação, isto é ingressar em juízo para pedir ao Estado-juiz a condenação do réu, não dependendo de representação da vítima ou de outra condição.

Daí, vigora os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade do direito de ação, conforme se depreende dos artigos do Código de Processo penal:

DA AÇÃO PENAL

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 8.699, de 27.8.1993)

§ 2º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública. (Incluído pela Lei nº 8.699, de 27.8.1993)

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 1º A representação feita oralmente ou por escrito, sem assinatura devidamente autenticada do ofendido, de seu representante legal ou procurador, será reduzida a termo, perante o juiz ou autoridade policial, presente o órgão do Ministério Público, quando a este houver sido dirigida.

§ 2º A representação conterá todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria.

§ 3º Oferecida ou reduzida a termo a representação, a autoridade policial procederá a inquérito, ou, não sendo competente, remetê-lo-á à autoridade que o for.

§ 4º A representação, quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito.

§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juizes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal. [...] (sitio do planalto, 2018).

Logo, há importantes características do feminicídio, a partir do momento que se entende que se trata de crime contra a vida.

Portanto, o feminicídio é a pior agressão à bem jurídico da mulher, põe em risco a possibilidade de exercício de quaisquer outros direitos com a morte da vítima.

3.2 FEMINICÍDIO COMO QUALIFICADORA

O feminicídio é instituto penal que visa aparelhar o sistema criminal para melhor proteger a mulher, dada a grande incidência de crimes letais que pessoas de tal gênero vêm sofrendo no Brasil.

Diversas são as possibilidades que o legislador poderia ter utilizado para alocar o feminicídio no sistema penal.

Como se detalhará, o feminicídio, nada mais é do que uma espécie de homicídio qualificado que pode se melhor explicado nas palavras do Fernando Capez (2016, p. 61):

[...] o homicídio qualificado está previsto no art. 121, § 2º, do Código Penal. Trata-se de causa especial de majoração da pena. Certas circunstâncias agravantes previstas no art. 61 do Código Penal vieram incorporadas para constituir elementares do homicídio, nas suas formas qualificadas, 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. O meio é o instrumento de que o agente se serve para perpetrar o homicídio (p. ex., veneno, explosivo e fogo), enquanto o modo é a forma de conduta do agente (p. ex., agir à traição). Quanto aos motivos determinantes do crime, é importante ressaltar que sempre estão presentes no cometimento do delito, conforme já estudado no tópico “homicídio privilegiado”, pois são eles que impulsionam o agente à prática delitiva. Tais motivações, contudo, assumem um especial relevo no delito de homicídio, configurando ora o privilégio, ora a qualificadora, conforme sejam referidas motivações sociais ou antissociais. Na primeira hipótese, elas constituem o privilégio no delito de homicídio (motivo de relevante valor mora ou social, ou sob o domínio de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima), pois denotam menor lesividade social do agente, cuja consequência é a atenuação da pena. Na segunda hipótese, as motivações denotam o alto grau de lesividade social do agente, constituindo qualificadoras, cuja consequência é o agravamento da pena [...].

Daí o legislador poder ter escolhido uma circunstância judicial que é aplicada na primeira fase da dosimetria da pena, conforme estabelece o artigo 59 do Código

Penal. A circunstância judicial tem o condão de permitir variar a pena base do mínimo em direção ao máximo da pena.

O legislador também poderia ter acolhido o feminicídio como agravante, já que estas são aplicáveis na segunda fase da dosimetria da pena e de certo modo agrava a punição. Geralmente a jurisprudência orienta que o juiz, a cada agravante possa aumentar a pena base em um sexto da pena, utilizando tais agravantes para calcular uma espécie de pena intermediária.

Também o legislador poder utilizar a circunstância do feminicídio como causa de aumento da pena. Se assim entendesse, ele teria que fixar um quanto de aumento, o qual seria aplicado na terceira fase da dosimetria da pena.

Entretanto, aprove ao legislador escolher estrategicamente o feminicídio como circunstância qualificadora, fazendo com que se modifique os limites da pena, do homicídio simples que é de 6 a 20 anos de reclusão, para os limites de 12 a 30 anos de pena privativa de liberdade.

Para Fernando Capez (2016, p. 89), essa qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva:

[...] Importante destacar que a qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente (“razões de condição de sexo feminino”). Não pode ser considerada como objetiva. Dessa classificação podemos extrair duas conclusões: a) trata-se de circunstância de caráter pessoal, logo, não se comunica com eventual coautor do crime (art. 30 do CP); b) não existirá feminicídio privilegiado, pois só se admite crime de homicídio qualificado-privilegiado quando a qualificadora for de natureza objetiva [...].

Logo, vem previsto o feminicídio no artigo 121, § 2º do Código Penal, juntamente com outras qualificadoras de igual monta como o motivo torpe, o motivo fútil, o modo surpresa e o meio insidioso:

[...] 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.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Femicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

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

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

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

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

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) [...] (sitio do planalto, 2018).

Vale aqui consignar que o feminicídio somente passou a ser regulamentado no Código Penal a partir de 2015, bem como o legislador quis explicar o que significa para diferencia-lo do femicídio que é o homicídio contra mulher.

Fernando Capez (2016, p. 89), traduz essa mudança legislativa e as implicações para o feminicídio:

[...] A nova redação da lei assim especifica: Feminicídio VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. A mesma lei explica, no novo § 2º-A do art. 121, o que vem a ser a condição do 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”. Importante destacar que, mesmo em situação de violência doméstica e familiar (inciso I), explicadas na Lei. 11.340/2006, ainda será necessário que o homicídio seja praticado por razões de gênero. Nem sempre o sujeito ativo precisa se homem, podendo ser uma mulher também. Quanto ao menosprezo à condição de mulher, surge a ideia do machismo, que faz com que homens ignorantes se sintam superiores às mulheres e que essa condição ainda lhes daria o direito de matar a mulher como ser inferior [...].

O feminicídio então é o assassinato da mulher, mas por questões da condição do sexo feminino que abarca a violência doméstica, conforme conceituada na Lei Maria da Penha e o menosprezo ou a discriminação pelo gênero mulher.

Dessa maneira, caracterizado o feminicídio, tem o juiz o deve partir do patamar de 12 a 30 anos e não de 6 a 20 anos de pena, bem como agregar todas as consequências da qualificadora, inclusive considerando-a como crime hediondo.

Há que se observar ainda que o feminicídio trouxe mais consequências além de ser qualificadora:

[...] Para concluir, o feminicídio trouxe três causas de aumento de pena específicas para ele (art. 121, § 7º, do CP): “§ 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”. Basta a simples leitura dos dispositivos para verificar o maior grau de reprovabilidade de tais condutas e o maior grau de insensibilidade do agente delitivo, merecendo, por certo, maior pena [...] (CAPEZ, 2016, p. 89).

Também importa definir o conceito de mulher para aplicação do feminicídio, do que lançamos mãos das lições de Rogério Greco (2016, p. 42):

[...] Inicialmente, podemos apontar um critério de natureza psicológica, ou seja, embora alguém seja do sexo masculino, psicologicamente, acredita pertencer ao sexo feminino, ou vice-versa, vale dizer, mesmo tendo nascido mulher, acredita, psicologicamente, ser do sexo masculino, a exemplo do que ocorre com os chamados transexuais [...].

Rogério Greco (2016, p. 42), prossegue falando da síndrome de disforia sexual, utilizando lições de Genival Veloso de França (apud GRECO, 2016, p. 43):

[...] Inversão psicossocial, uma aversão ou negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero... As características clínicas do transexualismo se reforçam com a evidência de uma convicção de pertencer ao sexo oposto, o que lhe faz contestar e valer essa determinação até de forma violenta e desesperada. Em geral não tem relacionamento sexual, nem mesmo com pessoas do outro sexo, pois só admitem depois de reparada a situação que lhe incomoda. Somaticamente, não apresentam qualquer alteração do seu sexo de origem. Quase todos eles têm genitais normais [...].

Assim, a tese defendida por Jeferson Botelho Pereira, (apud GRECO, 2016, p. 43), é que o transexual poderá responder e ser vítima de feminicídio:

[...] Transexualismo: Diante das recentes decisões da Lei nº 11.340/2006, em relação à Lei Maria da Penha, em especial o TJ-GO, 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 [...].

Também é salutar outro critério que é o biológico adotado por Francisco Dirceu de Barros (apud GRECO, 2016, p. 43 e 44):

[...] Identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Neste caso, como a neocolpovulvoplastia altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível a aplicação da qualificadora do

feminicídio. O critério biológico identifica homem ou mulher pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino: a) sexomorfológico 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 [...].

Ocorre que há quem entenda mais seguro o critério apenas jurídico, conforme é a tese de Rogério Greco (2016, p. 44):

[...] Como todo respeito às posições em contrário, entendemos que o único critério que nos traduz, com a segurança necessária exigida pelo Direito, e em especial o Direito Penal, é o critério que podemos denominar jurídico. Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) em que figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio. Aqui, pode ocorrer que a vítima tenha nascido com o sexo masculino, havendo tal fato constado expressamente de seu registro de nascimento. No entanto, posteriormente, ingressando com uma ação judicial, vê sua pretensão de mudança de sexo atendida, razão pela qual, por conta de uma determinação do Poder Judiciário, seu registro original vem a ser modificado, passando a constar, agora, como pessoa do sexo feminino. Somente a partir desse momento é que poderá, segundo nossa posição, ser considerada como sujeito passivo do feminicídio. Assim, concluindo, das três posições possíveis, isto é, entre os critérios psicológico, biológico e jurídico, somente este último nos traz a segurança necessária para efeitos de reconhecimento do conceito de mulher. Além disso, não podemos estender tal conceito a outros critérios que não o jurídico, uma vez que, *in casu*, estamos diante de uma norma penal incriminadora, que deve ser interpretada o mais restritamente possível, evitando-se uma indevida ampliação do seu conteúdo que ofenderia, frontalmente, o princípio da legalidade, em sua *vertende nullum crimen nulla poena sine lege stricta* [...].

Em que pese possa se discutir a vedação do *bis in idem*, com tal previsão, certa é que, por um lado, a previsão do feminicídio e suas consequência demonstra a tentativa de se proteger eficientemente o bem jurídico através da norma penal, além de permitir maior individualização da pena e respeito a dignidade da pessoa humana da vítima.

3.3 FEMINICÍDIO COMO CRIME HEDIONDO

Vale lembrar que crime hediondo é uma definição da Constituição Federal de 1988 que visando proteger os bens jurídicos mais relevantes contra ataques mais intoleráveis, trouxe a determinação para que o legislador infraconstitucional trouxe um

rol de infrações mais graves numa leis que pudesse tratar tais condutas com maior rigor. Assim, a CF visa defender os principais direitos fundamentais descritos no artigo 5º:

[...] Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

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;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento [...] (sitio do Planalto, 2018).

Também importa enfatizar que a proteção penal é causa maior dano para bens da pessoa que será punida, já que o Direito Penal tem a medida mais drástica dos ramos do Direito que é a prisão.

Essa técnica utilizada pela Constituição Federal de 1988 é denominada de mandado constitucional de criminalização, ou seja, a própria Carta Constitucional determina que o legislador crie uma lei estipulando taxativamente o rol de crimes hediondos.

Disso, sabe-se que a Constituição Federal não pode criar um tipo penal, já que o processo de modificação da Constituição nos termos do artigo 60 é mais rigoroso do que o processo de feitura das normas do artigo 59, o qual inclui a lei ordinária como norma padrão para serem veiculadas as condutas criminosas.

Então a Constituição Federal quando que punir alguma conduta o faz através da determinação que a Lei assim o faça, o que configura o instituto do mandado constitucional de criminalização.

Os exemplos de mandados constitucionais de criminalização justamente incluem a criação da lei de crimes hediondo, conforme se verifica:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (Regulamento)

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (sitio do Planalto, 2018).

Trata-se de uma ordem constitucional para que o legislador proteja certos bens jurídicos criando normas penais com maior rigor, vendando certas benesses aos investigados, processados e condenados.

Então a Constituição Federal de 1988 não se contenta a trazer garantias aos infratores como a previsão do habeas corpus, a individualização e proporcionalidade da pena, a vedação das penas cruéis e a garantia da reserva legal. Mas visa também trazer um Direito Penal que possa ter efetividade na inibição ao crime, na perspectiva

de proteger o bem jurídico antes que sofra um ataque, somado ao rigor da punição em caso de prática de ataques mais intoleráveis contra bens jurídicos mais importantes.

Daí, foi então criada a Lei 8.072/1990 que versa sobre os crimes hediondos em seu artigo 1º, senão vejamos:

[...] **LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.**

Texto compilado

Mensagem de veto

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

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

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

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

~~V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)~~

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

~~VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)~~

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, **caput**, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

~~Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)~~

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados. (Redação dada pela Lei nº 13.497, de 2017) [...] (sitio do planalto, 2018).

Assim, são três critérios possíveis para se determinar um crime hediondo, conforme observa Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 196 e 197):

[...] a) sistema legal> por meio deste sistema, cabe ao legislador enunciar, de forma exaustiva (*numerus clausus*), os crimes que devem ser considerados hediondos. Assim, por meio de um rol taxativo de crimes, não se confere ao juiz qualquer discricionariedade para atestar a natureza hedionda do delito. Em outras palavras, se o crime praticado pelo agente constar do rol de crimes hediondos, outro caminho não há senão o reconhecimento de sua natureza hedionda, ainda que, no caso concreto, a conduta delituosa não se revele tão gravosa. Logo, mesmo que o crime não se revele repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, horroroso ou horrível, se for etiquetado como crime hediondo pelo legislador, deve ser tratado como tal pelo magistrado. O aspecto positivo desse primeiro sistema é a segurança na aplicação da lei. Afinal, somente serão considerados hediondos os delitos constantes do rol taxativo elaborado pelo Poder Legislativo. O ponto negativo é que, por meio desse sistema, o Congresso Nacional goza de ampla liberdade para definir qualquer infração penal como hedionda...b) sistema judicial: levando-se em consideração os elementos do caso concreto, confere-se ao magistrado ampla liberdade para identificar a natureza hedionda de determinada conduta delituosa. Logo, a depender das circunstâncias gravosas do caso concreto – por exemplo, gravidade objetiva da conduta, modo ou meio de execução, motivos e consequências do crime, dimensão subjetiva da conduta, modo ou meio de execução, motivos e consequências do crime, dimensão do bem jurídico lesado - , poder-se-ia considerar hediondo inclusive um crime contra a administração pública...c) sistema misto: ao invés de preestabelecer um rol taxativo de crimes hediondos, o legislador apresenta um conceito, fornecendo alguns traços peculiares dessas infrações penais. Com essa definição prévia de crime hediondo, caberia ao juiz, então, enquadrar determinada conduta delituosa como hedionda [...].

Então, acolheu-se o critério legal, o que leva a conclusão de que o feminicídio é hediondo, por expressa previsão legal, sem que se possa aferir demais dados no caso concreto.

Logo, o feminicídio está elencado como primeiro crime hediondo do rol da Lei 8072/90.

A Lei de crimes hediondos aproveitou a oportunidade e também regulou, de certa forma, outros delitos não previstos no Código Penal que não são crimes hediondos, mas merecem o tratamento semelhantes, sendo então denominados de

crimes equiparados a hediondos ou assemelhados a hediondo como é o caso do tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo.

Também vale mencionar que o genocídio é crime hediondo mas não se encontra alocado no Código Penal.

Então dentre o rol de crimes hediondos, aprove ao legislador inserir o feminicídio, como as demais formas de homicídio qualificado.

Ser hediondo implica na possibilidade de maior tempo para progredir de regime, na impossibilidade de fiança, graça e anistia, dentre outras importante consequências que o fazem ser considerada infração de altíssima gravidade:

[...] 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(Vide Súmula Vinculante)

I - anistia, graça e indulto;

~~II - fiança e liberdade provisória.~~

~~§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.~~

~~§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.~~

~~§ 3º 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 trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.~~

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 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. (Incluído p [...] (sitio do planalto, 2018).

Logo, dentro da esfera penal, o feminicídio representa a tentativa máxima do aparelho criminal para tentar inibir conduta tão nefasta a dignidade e a vida da mulher brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversos são os fatores que produzem a violência doméstica, sendo os sociais os mais contundentes, já que o Brasil ainda é um país marcado pelas desigualdades e discriminações, tanto que o legislador constituinte originário colocou como metas a serem alcançadas o trabalho para lidar com as discriminações e as desigualdades.

Assim, embora os casos mais comuns de violência contra a mulher sejam no ambiente da moradia do casal ou das pessoas envolvidas, não é uma questão imprescindível para caracterizar o âmbito de atuação da lei.

É perfeitamente possível então que haja violência doméstica mesmo que o agressor e vítima não convivam sob o mesmo teto (não morem juntos). Isso se deve ao fato do artigo 5º, III, da Lei afirmar que há violência doméstica em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

É fundamental entender a natureza do feminicídio, saber a que família jurídica ele pertence, de modo que, a partir, daí se terá melhor ideia dos seus reflexos. O feminicídio é uma espécie de homicídio que tem por especificidade ser cometido contra mulher em situação relacionada ao sexo feminino.

Daí, além de ter como vítima mulher, há necessidade do nexo das razões do sexo feminino, ou seja, um crime cometido por menosprezo, discriminação da condição da mulher.

Assim, o feminicídio é um crime material que exige resultado naturalístico com a mudança do mundo exterior com a eliminação da vida humana extrauterina da mulher. Também pode ser cometido por diversas formas de execução como arma de fogo, arma branca, asfixia, envenenamento, fogo, explosão, etc.

Como homicídio que é o feminicídio deixar vestígio, sendo exigido exame de corpo de delito. Assim, em se tratando de crime contra a vida, o feminicídio engloba todas as características dos mesmos.

Inicialmente então o feminicídio é da competência do tribunal do júri, conforme expressa previsão constitucional e do Código de Processo Penal. Logo, há importantes características do feminicídio, a partir do momento que se entende que se trata de crime contra a vida.

Portanto, o feminicídio é a pior agressão à bem jurídico da mulher, põe em risco a possibilidade de exercício de quaisquer outros direitos com a morte da vítima.

O feminicídio é instituto penal que visa aparelhar o sistema criminal para melhor proteger a mulher, dada a grande incidência de crimes letais que pessoas de tal gênero vêm sofrendo no Brasil. Diversas são as possibilidades que o legislador poderia ter utilizado para alocar o feminicídio no sistema penal. Daí o legislador poder ter escolhido uma circunstância judicial que é aplicada na primeira fase da dosimetria da pena, conforme estabelece o artigo 59 do Código Penal.

A circunstância judicial tem o condão de permitir variar a pena base do mínimo em direção ao máximo da pena. O legislador também poderia ter acolhido o feminicídio como agravante, já que estas são aplicáveis na segunda fase da dosimetria da pena e de certo modo agrava a punição. Geralmente a jurisprudência orienta que o juiz, a cada agravante possa aumentar a pena base em um sexto da pena, utilizando tais agravantes para calcular uma espécie de pena intermediária.

Também o legislador poder utilizar a circunstância do feminicídio como causa de aumento da pena. Se assim entendesse, ele teria que fixar um quanto de aumento, o qual seria aplicado na terceira fase da dosimetria da pena.

Entretanto, aprove ao legislador escolher estrategicamente o feminicídio como circunstância qualificadora, fazendo com que se modifique os limites da pena, do homicídio simples que é de 6 a 20 anos de reclusão, para os limites de 12 a 30 anos de pena privativa de liberdade.

Logo, vem previsto o feminicídio no artigo 121, § 2º do Código Penal, juntamente com outras qualificadoras de igual monta como o motivo torpe, o motivo fútil, o modo surpresa e o meio insidioso.

Vale aqui concluir que o feminicídio somente passou a ser regulamentado no Código Penal a partir de 2015, bem como o legislador quis explicar o que significa para diferencia-lo do femicídio que é o homicídio contra mulher.

O feminicídio então é o assassinato da mulher, mas por questões da condição do sexo feminino que abarca a violência doméstica, conforme conceituada na Lei Maria da Penha e o menosprezo ou a discriminação pelo gênero mulher. Dessa maneira, caracterizado o feminicídio, tem o juiz o deve partir do patamar de 12 a 30 anos e não de 6 a 20 anos de pena, bem como agregar todas as consequências da qualificadora, inclusive considerando-a como crime hediondo.

Vale lembrar que crime hediondo é uma definição da Constituição Federal de 1988 que visando proteger os bens jurídicos mais relevantes contra ataques mais intoleráveis, trouxe a determinação para que o legislador infraconstitucional trouxe um rol de infrações mais graves numa lei que pudesse tratar tais condutas com maior rigor.

Essa técnica utilizada pela Constituição Federal de 1988 é denominada de mandado constitucional de criminalização, ou seja, a própria Carta Constitucional determina que o legislador crie uma lei estipulando taxativamente o rol de crimes hediondos.

Disso, sabe-se que a Constituição Federal não pode criar um tipo penal, já que o processo de modificação da Constituição nos termos do artigo 60 é mais rigoroso do que o processo de feitura das normas do artigo 59, o qual inclui a lei ordinária como norma padrão para serem veiculadas as condutas criminosas.

Então a Constituição Federal quando que punir alguma conduta o faz através da determinação que a Lei assim o faça, o que configura o instituto do mandado constitucional de criminalização. Daí, foi então criada a Lei 8.072/1990 que versa sobre os crimes hediondos em seu artigo 1º, alocando em 2015 a figura do feminicídio. Logo, o feminicídio está elencado como primeiro crime hediondo do rol da Lei 8072/90.

A Lei de crimes hediondos aproveitou a oportunidade e também regulou, de certa forma, outros delitos não previstos no Código Penal que não são crimes hediondos, mas merecem o tratamento semelhantes, sendo então denominados de crimes equiparados a hediondos ou assemelhados a hediondo como é o caso do tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo.

Também vale mencionar que o genocídio é crime hediondo, mas não se encontra alocado no Código Penal. Então dentre o rol de crimes hediondos, aprove ao legislador inseri o feminicídio, como as demais formas de homicídio qualificado.

Ser hediondo implica na possibilidade de maior tempo para progredir de regime, na impossibilidade de fiança, graça e anistia, dentre outras consequências que o fazem ser considerada infração de altíssima gravidade. Logo, dentro da esfera penal, o feminicídio representa a tentativa máxima do aparelho criminal para tentar inibir conduta tão nefasta a dignidade e a vida da mulher brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Internet, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito pena- parte geral 1**. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – parte especial 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificada**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – parte especial 2. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CRUZ, Rubens da Silva, ROCHA, Fabrício Pereira. **Violência na escola**, monografia. São Mateus: Faculdade Vale do Cricaré, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos** – doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. volume único. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. parte geral. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. parte especial 2. 13. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado** – estudo integrado com processo e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.