

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

RAFAELA CAROLINE TALHA SOARES

**LEI 13.104 DE 09 DE MARÇO DE 2015 – FEMINICÍDIO – UMA ANÁLISE CRÍTICA
SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E PENAL**

JUIZ DE FORA-MG

2016

RAFAELA CAROLINE TALHA SOARES

**LEI 13.104 DE 09 DE MARÇO DE 2015 – FEMINICÍDIO – UMA ANÁLISE CRÍTICA
SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E PENAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada pela acadêmica Rafaela Caroline Talha Soares, matriculada sob o nº 201134042, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para colação de grau.

Orientador: Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

JUIZ DE FORA-MG

2016

RAFAELA CAROLINE TALHA SOARES

**LEI 13.104 DE 09 DE MARÇO DE 2015 – FEMINICÍDIO – UMA ANÁLISE CRÍTICA
SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E PENAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada pela acadêmica Rafaela Caroline Talha Soares, matriculada sob o nº 201134042, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para colação de grau.

Orientador: Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

Aprovado em ___/___/____

Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes (orientador)

Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Doutor Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Mestre Cristiano Álvares Valladares do Lago

Universidade Federal de Juiz de Fora

JUIZ DE FORA – MG

2016

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Janete e Eduardo, por todo amor, carinho e apoio que dedicaram a mim, por sempre demonstrarem uma ética profissional incrível. Ao meu irmão por sempre acompanhar meus passos, além de me mostrar o caminho. Ao meu namorado por todo companheirismo. A todos os meus professores pelos ensinamentos. Obrigado!

RESUMO

Diante do crescente número de mulheres vítimas de violência doméstica e discriminação a Presidente Dilma Rousseff sancionou próximo ao dia internacional da mulher a Lei 13.104/2015, também conhecida como lei do feminicídio, que insere mais uma qualificadora no crime de homicídio, bem como causas de aumento. Além de modificar a lei de crimes hediondos, adicionando o feminicídio ao rol de crimes hediondos. Essa nova lei é alvo de discussões no âmbito jurídico, tanto na esfera constitucional quanto na esfera penal. Pretendemos fazer uma análise minuciosa da lei do feminicídio sob a ótica constitucional e penal, a fim de avaliarmos se a referida norma foi criada corretamente, em especial no que se refere à técnica, violação de algum preceito constitucional ou penal, ou ainda, se a criação desta norma foi um simbolismo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Femincídio; violência doméstica; simbolismo penal; constitucionalidade; princípios; igualdade; *non bis in idem*.

ABSTRACT

Faced with the growing number of women victims of domestic violence and discrimination to President Dilma Rousseff signed close to International Women's Day the Law 13.104/ 2015, also known as the law of femicide, which inserts one more qualifying the crime of murder, as well as causes of increase. In addition to modifying the law of heinous crimes, femicide adding to the list of heinous crimes. This new law is discussion target in the legal framework, both in the constitutional sphere as in criminal cases. We intend to do a thorough analysis of femicide law under constitutional and penal perspective, in order to assess whether that law was created correctly, in particular as regards technical, violation of any constitutional or criminal precept , or even the creation this standard was a criminal symbolism.

KEYWORDS: Femincídio; domestic violence; criminal symbolism; constitutionality; principles; equality; *non bis in idem*.

SUMÁRIO:

Introdução	08
1. Contexto Histórico sociocultural	10
2. Marcos Normativos	12
3. Femicídio	14
3.1 Conceito Jurídico de Mulher	15
3.2 Neocolpovulvoplastia	17
4. Análise Constitucional	18
4.1 Princípio da Igualdade	18
4.2 Princípio da Legalidade	21
4.3 Princípio da Taxatividade	22
4.4 Princípio da Lesividade	22
5. Simbolismo Penal	25
6. Análise Penal	27
6.1 Conceito e Finalidade do Direito Penal	27
6.2 Princípio da Reserva Legal	28
6.3 Princípio da Intervenção Mínima	28
6.4 Princípio da Irretroatividade da Lei Penal	28
6.5 Princípio da Ofensividade	29
6.6 Princípio da Proporcionalidade	29
6.7 Norma Penal	30
6.8 Conceito de Crime	30
6.9 Aplicação da Pena	31
6.10 <i>Non bis in idem</i>	32
7. Femicídio e o Direito Penal	33
8. Conclusão	36
9. Bibliografia	39

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um fenômeno de escala global, sendo reconhecida como uma afronta aos direitos humanos. Cada vez mais esse assunto ganha notoriedade no cenário internacional e nacional, sendo necessária a adoção de medidas para coibir e erradicar tal tipo de violência.

Nesse contexto foi promulgada em 09 de março de 2015 a Lei 13.104, chamada Lei do feminicídio, que altera o artigo 121 do Código Penal, inserindo mais uma qualificadora no crime de homicídio e introduzindo o feminicídio no rol dos crimes hediondos. O feminicídio ocorre quando um homicídio tentado ou consumado é praticado contra a mulher no contexto de violência doméstica ou em razão de condições do sexo feminino ou ainda um crime de ódio contra a mulher.

O presente trabalho busca analisar a Lei 13.104/15 sob a ótica constitucional, bem como pela seara penal. Além de realizar uma breve abordagem do termo feminicídio, do contexto histórico da posição da mulher em uma sociedade patriarcal e os motivos que levaram o legislador a promulgarem a referida norma, bem como se a lei se adequa aos preceitos penais, uma vez que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou se a mesma não passa simplesmente de simbolismo penal, uma manobra política para dar uma solução rápida para a população ao invés de abordar medidas preventivas.

A Lei do Feminicídio não é a primeira, no âmbito do Direito, que o Brasil adota para a proteção das mulheres contra esse tipo de violência, muitas outras normas foram inseridas em nosso ordenamento a fim de coibir a violência contra a mulher, foi longo o caminho até a cominação da tipificação do feminicídio, uma tendência internacional, como diversos países da América Latina já o fizeram.

Com a promulgação da lei em epígrafe ocorreu um grande reboiço para os juristas, ocorrendo várias discussões sobre o assunto, até mesmo sobre a constitucionalidade da lei, uma vez que dá-se maior relevância a mulher, supostamente ferindo o princípio constitucional da igualdade, além do dispositivo ser uma norma penal *in pejus*, de ser introduzida no rol de crimes hediondos, o que ocasiona uma mudança da execução da penal do réu, piorado sua situação, o que

vai contra a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, adotada no âmbito do Direito Penal, erradicando o Direito Penal do Inimigo, para garantir a liberdade dos cidadãos frente ao exercício arbitrário do Estado.

Outro fator que será abordado são as problemáticas que serão criadas com a utilização da norma, uma vez que a mesma é de interpretação aberta. Qual será a interpretação de violência doméstica? Quem será o sujeito ativo do crime? Qual o conceito de “mulher” será utilizado? Qual a competência para julgar este crime, inteiramente do Tribunal do Júri, ou se cabe, antes da pronúncia, a competência para as Varas especializadas em Violência Contra a Mulher.

1- CONTEXTO HISTÓRICO SÓCIO-CULTURAL

A condição feminina, culturalmente, é atrelada ao estereótipo de fragilidade, de vulnerabilidade, inferioridade, uma vez que ainda vivemos sob um Estado patriarcal, sob uma sociedade machista, enraizados em nossa cultura, devido aos séculos da cultura de subordinação da mulher para o homem.

Sendo assim, por muito tempo as violências silenciosas e ocorridas na “proteção” dos lares eram consideradas invisíveis, uma vez que era aceitável socialmente o marido “educar e corrigir” sua esposa.

Antigamente o Direito possuía certa neutralidade no que tange as igualdades entre os indivíduos, mormente entre homens e mulheres. Preocupava-se muito com a igualdade, porém com a igualdade formal, em que existe um tratamento igualitário para todos, não importando se determinado grupo necessite de um tratamento diferenciado para que a igualdade seja alcançada.

Hodiernamente, nosso ordenamento preocupa-se muito com a igualdade material, na qual se trata de forma diferenciada aqueles que são diferentes, podendo assim alcançar a verdadeira isonomia.

Deste modo, como uma tendência internacional, os ordenamentos jurídicos e os juristas do planeta procuram mais e mais tecer uma maior proteção para aqueles grupos que necessitam. Grupos estes que sofrem discriminação, preconceitos, ataques injustificados pelo resto da sociedade.

As mulheres infelizmente encontram-se nessa parcela da sociedade que sofrem discriminação, preconceitos. A violência contra mulher e a violência doméstica tem se tornando de grande importância no cenário mundial e nacional.

Os dados estatísticos sobre a violência contra mulher são alarmantes, ocorreu um aumento no cenário de violência contra a mulher, especialmente a praticada por cônjuges, companheiros ou entes familiares, no seio doméstico. A incidência dos homicídios de mulheres é um fenômeno global, crescente e com ocorrência em praticamente todos os países, se não em todos. Entre 2004 e 2009, a ONU mulheres estima que 66 mil mulheres foram assassinadas pelo mundo em razão de serem mulheres. No Brasil, o cenário de violência contra a mulher não é diferente, ocupando o sétimo lugar no ranking mundial de homicídios de mulheres, com uma taxa de 4,4 homicídios em 100 mil mulheres, segundo dados da OMS

(Organização Mundial da Saúde) e do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

O Mapa de Violência 2012: homicídios de mulheres no Brasil realizado pelo Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos (CEBELA) e pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO), atualizado e republicado em agosto de 2012, constatou que o registro total de homicídios foi de 52.260 e de homicídios femininos de 4.465. A pesquisa constatou que quando se trata de violência contra a mulher há uma maior utilização de meios que exigem contato direto com a vítima, como a de objetos cortantes, penetrantes, contundentes, sufocantes, pois tais meios possuem maior incidência em crimes de ódio.

A proporção de incidentes com ocorrência na residência ou na habitação entre mulheres é assustadora. Chega a 41%, muito maior que entre os homens, que tem o percentual de 14,3%. Outros dados demonstram ainda que o local da residência da vítima prepondera nas situações de violência, não importando a faixa etária, sendo que 71,8% dos incidentes acontecem na própria residência da vítima. Destarte, podemos concluir que é no seio doméstico em que se gera a maior parte das situações de violência vividas pelas mulheres.

2- MARCOS NORMATIVOS

Para se chegar à promulgação do feminicídio, em que insere mais uma qualificadora no crime de homicídio e de ser introduzido no rol de crimes hediondos, foi uma longa caminhada internacional e nacional, repleta de marcos normativos, que acabaria culminando na tipificação do feminicídio.

Na América Latina é recente a penalização do feminicídio. Devido a distintas motivações e instrumentos, seja por tipificação de um novo crime ou agravando um preexistente, 15 (quinze) países latino-americanos criaram formas de coibir o homicídio contra a mulher em razão do gênero ou por violência doméstica.

O primeiro país latino-americano a criminalizar o feminicídio foi a Costa Rica, em 2007 e a modificação mais recente foi em nosso país. Estão também no rol de países que criminalizaram o feminicídio a Argentina, Bolívia, Colômbia, Chile, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela.

A ONU reconheceu no artigo 3º da Declaração de Eliminação de Violência contra as Mulheres que *“As mulheres têm direito ao gozo e à proteção, em condições de igualdade, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural, civil ou em qualquer outro domínio”*, melhor dizendo, a violência contra as mulheres é considerada uma forma de discriminação e violação dos direitos humanos. Nosso país é signatário de importantes organismos internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres. No que se refere ao domínio global pode-se destacar a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Convenção CEDAW - e seu Protocolo Facultativo. No seara regional, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará.

Em conjunto com a Constituição Federal, esses tratados e convenções criaram uma forma de proteção constitucional. Ao analisarmos nossa Carta Magna, percebemos vários mecanismos de proteção, sendo imperioso destacar o artigo 5º da Constituição que elenca os direitos e garantias fundamentais de mulheres e homens. Em seu primeiro inciso o artigo 5º estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. Todavia no § 8º do art.

226 do mesmo dispositivo legal aduz que “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*”. Portanto concluímos que é obrigação do Estado, constitucionalmente assegurada, a proteção daqueles em situação de violência doméstica, em que, infelizmente, as vítimas são, em sua maioria, para não dizer totalidade, mulheres e crianças, as partes mais fracas nessas disputas de gêneros.

Mesmo com todos os instrumentos de Direito Internacional, e do reconhecimento da importância de criar forma para a prevenção da violência doméstica contra a mulher pelo Brasil, de forma expressa, somente em 2006 que foi editado algum diploma legal mais específico para o tema, mesmo assim tal diploma só foi editado após a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos aceitarem as denúncias de Maria da Penha Maia Fernandes, e recomendar a adoção de medidas especiais por considerar o Brasil omissor e negligente em relação a esse gênero de violência, sugerindo ainda a revisão das políticas públicas vigentes no âmbito da violência contra a mulher.

A Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é a legislação específica, infraconstitucional, de proteção à violência doméstica e familiar contra as mulheres. A referida norma criou instrumentos para coibir esse tipo de violência. Ela versa, em sua essência, sobre normas processuais, de procedimentos, dispondo sobre os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, além de estabelecer medidas protetivas e de assistência.

A Lei 11.340/06 assegura a todas as mulheres independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura e nível educacional, idade e religião, o gozo dos direitos.

Todo esse processo foi necessário para que fosse aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8305 de 2014 do Senado Federal, que seria sancionado pela Presidente Dilma Rousseff a Lei 13.104/15, a Lei do Femicídio.

3- FEMINICÍDIO

Em primeiro lugar é necessário que se evidencie que Femicídio e Femicídio não são sinônimos. O primeiro termo se refere ao homicídio, tentado ou consumado, praticado contra a mulher em razão do sexo, já este se refere a todo e qualquer crime de homicídio, tentado ou consumado, em que a vítima é uma pessoa do sexo feminino.

O Femicídio, em nosso ordenamento, conceitua-se como uma qualificadora do crime de homicídio contra mulheres, na qual a motivação é por razões de gênero ou pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, caracterizado por elementos específicos, como a vítima ser do sexo feminino é elementar do tipo, como a violência ou assassinato ocorrer no âmbito doméstico ou familiar, bem como a destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher. Vejamos a transcrição da Lei 13.104/2015:

Art. 1º O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Homicídio simples

Art. 121. -----

Homicídio qualificado

§ 2º -----

Femicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

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

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

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

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

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

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.”

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º -----

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI);

-----”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

O diploma legal em análise traz diversos desdobramentos, no que se refere aos sujeitos ativos do crime, bem como a localidade do mesmo, vejamos: **a) Femicídio “intra lar”** - ocorre quando as circunstâncias fáticas indicam que o crime ocorreu no contexto de violência doméstica e familiar e quando o sujeito ativo é homem; **b) Femicídio homoafetivo** - ocorre também no contexto de violência doméstica, porém o sujeito ativo do crime é uma mulher, mormente quando existe uma relação homoafetivo entre mulheres; **c) Femicídio simbólico heterogêneo** - ocorre quando o crime é cometido por um homem, motivado pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, simbolicamente o agente destrói a identidade da vítima e de sua condição em pertencer ao sexo feminino; **d) Femicídio simbólico homogêneo** - ocorre quando do mesmo modo que o item anterior, porém o sujeito ativo é uma mulher.

3.1- CONCEITO JURÍDICO DE MULHER

Como é elementar do tipo que a vítima do crime seja mulher, é necessário, para a aplicação da norma, que esteja determinado um conceito de mulher em nosso ordenamento. Todavia não existe um rol de requisitos a serem preenchidos, não há um conceito uno de mulher.

A doutrina elaborara 03 (três) critérios para identificar a mulher com escopo de aplicar a qualificadora exigida no crime de feminicídio.

1º posição: o critério psicológico.

O critério psicológico defende que toda aquela em que o psíquico ou aspecto comportamental é feminino, será considerada mulher.

Caso tal critério venha a ser adotado, podemos concluir que matar alguém que fez o procedimento de neocolpovulvoplastia (mudança da genitália masculina para feminina) ou que, psicologicamente, acredita ser uma mulher, é cabível a aplicação da qualificadora do feminicídio, desde que o sujeito ativo do

crime tenha ciência desta circunstância, para evitar-se a responsabilidade penal objetiva.

2º posição: o critério jurídico cível.

Rogério Greco, em seu artigo: *FEMINICÍDIO: Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015*, defende que o critério a ser adotado no que se refere ao feminicídio é o critério jurídico, em que o registro civil determina perante a sociedade quem é mulher, *in verbis*:

Com 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, documentos de identidade) onde 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, sendo tal fato constatado expressamente de seu registro de nascimento. No entanto, posteriormente, ingressado com uma ação judicial, vê sua pretensão de mudança de sexo atendida, razão pela qual, por conta de 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, 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 vertente nullum crimen nulla sine lege stricta.

3º posição: o critério biológico.

O critério biológico identifica homem ou mulher pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino: a) **sexomorfológico** ou somático refere-se as características genitais (órgão genitais externos, pênis e vagina, e órgãos genitais internos, testículos e ovários), bem como o desenvolvimento de mamas, dos pelos pubianos, timbre de voz, etc.); b) **sexo genético** ou cromossômico determina o 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).

Tal corrente é defendida por Francisco Dirceu Barros, que acredita que a definição de mulher está diretamente relacionada à sua concepção genética, e nada mais. Deste modo aqueles sujeitos a neocolpovuloplastia, por exemplo, não serão considerados vítimas do feminicídio.

3.2 NEOCOLPOVULVOPLASTIA

O procedimento de redesignação sexual, vulgo mudança de sexo, consiste nos procedimentos cirúrgicos denominados neocolpovuloplastia e neofaloplastia. Tal intervenção permite a mudança do aparelho sexual, ocorrendo modificações estéticas, como uma cirurgia plástica.

A neocolpovuloplastia é a mudança da genitália masculina para feminina, consistindo, basicamente, em duas etapas: na primeira, o pênis é amputado e são retirados os testículos do paciente e, em seguida, faz-se uma cavidade vaginal. A segunda etapa é marcada pela constituição plástica: com a pele do saco escrotal são formados os lábios vaginais.

Existe também a transformação do aparelho masculino em feminino, chamada de neofaloplastia, mas essa intervenção somente está autorizada a título experimental.

4- ANÁLISE CONSTITUCIONAL

As legislações com matérias referentes a proteção da mulher ainda são uma inovação para nosso ordenamento, causando muitas discussões no âmbito jurídico. Com a promulgação da Lei Maria da Penha a comunidade jurídica se dividiu, muitos a favor da lei, muitos outros contra, além daqueles que se focaram na constitucionalidade da mesma. O mesmo ocorre atualmente com a Lei 13.104/15.

Na seara constitucional fala-se principalmente que com a promulgação da Lei do feminicídio ocorreram violações principiológicas, mormente no que tange aos princípios da igualdade, legalidade e taxatividade.

Em primeiro lugar, antes de debatermos, acerca da adequação ou não da Lei 13.104/15 com tais princípios é necessário que façamos uma análise profunda dos referidos princípios e significado em nosso ordenamento.

4.1– PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é previsto em nossa Constituição, em seu artigo 5º, *caput*, in verbis:

Artigo 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: (...)

Este princípio é a base, juntamente com a fraternidade e liberdade, da sociedade moderna, tornando-se notável devido à revolução francesa, prevendo a igualdade de direitos entre os indivíduos, bem como a igualdade de aptidões e possibilidades. Em suma, prevê uma igualdade de tratamento perante a lei, vedando-se os tratamentos arbitrários e as discriminações.

Existem desdobramentos do princípio da igualdade, também chamado de princípio da isonomia, na qual não se pode simplesmente acreditar que tratando

todos de forma igual se alcançará a isonomia entre os indivíduos. Assim sendo foram construído doutrinariamente dois conceitos de igualdade: a igualdade formal e a igualdade material.

O conceito formal de igualdade refere-se ao tratamento igualitário entre os sujeitos de direito, sendo que todos nós merecemos o amparo do Estado, sua proteção, para que não ocorra diferenciação entre os cidadãos, que todos tenham os mesmos direitos assegurados.

Já a igualdade material, requer uma análise mais complexa, tendo em vista que o foco não é só o tratamento “justo”, mas também a condição do indivíduo, uma vez que existem diversos grupos que para que possamos alcançar a isonomia entre eles é necessário um tratamento diferenciado. Nos dizeres de Nelson Nery Júnior:

Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Diante do exposto, podemos fazer um paralelo com a norma em questão e o princípio constitucional da isonomia, uma vez que a Lei 13.104/2015 assegura um maior rigor ao homicídio tentado ou consumado contra uma vítima feminina no contexto de menosprezo contra o sexo ou ainda na violência doméstica.

Com o tratamento diferenciado surgem discussões sobre a igualdade de gênero, pois agora há certa “discriminação” das vítimas masculinas do crime de homicídio, ou talvez uma supervalorização da vida de uma mulher em detrimento do homem. Outro fator preocupante são também as relações homoafetivas. Como se enquadrará determinado assassinato no contexto de violência doméstica nessas relações? E vítimas transexuais?

Existem muitos fatores que levantam incertezas quanto a constitucionalidade do feminicídio, do mesmo modo que ocorreu com a promulgação da Lei Maria da Penha, época em que a comunidade jurídica se alvoroçou, muitos acreditavam que a Lei 11.349/06 era inconstitucional.

À época, foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, pelo Presidente da República, em que buscava a constitucionalidade do artigo 1º, 33 e 41 da lei em epígrafe. E em decisão unânime foi julgado procedente a ADC, vejamos a decisão:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012.

Confirmando que é merecido o tratamento desigual para as mulheres no contexto de violência doméstica, vejamos parte do voto da ministra do STF Rosa Weber, vejamos:

“(...) Entendo que uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, caput e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade. Indivíduos identificados como especialmente vulneráveis em função do grupo social a que pertencem têm reconhecido pelo sistema constitucional o direito à proteção do Estado, na forma de mecanismos eficazes de dissuasão, contra violações da sua integridade pessoal (Vejam-se, exemplificativamente, os arts. 129, inciso V – populações indígenas; 227, § 1º, II – portadores de necessidades especiais físicas, sensoriais ou mentais; 230, § 1º – idoso).”

Isto posto, em analogia a Lei Maria da Penha, podemos concluir que o tratamento diferenciado para as mulheres no âmbito do feminicídio é totalmente aceito e não infringe nenhuma regra constitucional. Na verdade está colocando em evidência uma isonomia material entre homens e mulheres, tendo em vista o número crescente e alarmante de mulheres vítimas de violência doméstica.

Não se pode afirmar ainda que com o advento da Lei 13.104/15 não ocorreram problemas na esfera do Direito, em especial do Direito Penal, mas no que

tange o princípio da igualdade e o feminicídio não existe nenhuma transgressão por parte do legislador.

4.2- PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é um dos mais importantes do nosso ordenamento, tendo em vista que é um dos braços do Estado de Direito, pois, de acordo com nossa Carta Magna nenhum indivíduo será obrigado a nada senão em virtude de lei. Tal princípio possui expressão no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal – *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

A lei é a expressão do Direito, de caráter normativo, geral e abstrata, na forma escrita, ou seja, é o dizer do Estado Democrático de Direito. Na esfera penal o Estado o princípio da legalidade versa sobre proteger o indivíduo da ação do Estado, impondo limites, na qual apenas a lei pode tipificar condutas e atribuir sanções.

O princípio da legalidade penal está expresso no artigo 5º, inciso XXXIX, CF/88 – *“não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.

Toda norma penal incriminadora deve ser interpretada restritivamente, sem analogias, de forma mais restrita possível. Sendo assim, devemos nos atentar, por exemplo, qual será o conceito de mulher utilizado pelos operadores do direito, para que não ocorra uma indevida ampliação do conteúdo da Lei 13.104/15, uma vez que existem 03 (três) critérios para definir quem podemos denominar como mulher.

4.3 PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

O princípio da taxatividade é um desdobramento do princípio da legalidade, porém não está devidamente expresso em nosso ordenamento. Trata-se de uma construção da doutrina com base no Estado Democrático de Direito.

O postulado da taxatividade exige que as leis penais, mormente as incriminadoras, sejam claras e precisas. Devem ser expressas com clareza para que a conduta humana seja perfeitamente adequada ao crime, sem que possa ocorrer qualquer confusão com outra conduta.

A norma penal não pode ser geral, pois é necessário que exista uma perfeita qualificação e assimilação da conduta humana com a figura típica.

Assim sendo, podemos perceber que a Lei do femicídio deixa um pouco a desejar no que se refere à clareza e precisão. É uma norma extremamente aberta, pois não define a violência doméstica, nem às razões de condição do sexo feminino, ou mesmo o que seria o menosprezo ou discriminação a condição de mulher.

Deste modo, existem muitas expressões que podem gerar diversos tipos de interpretação, podendo, em muitas vezes, trazer malefícios ao réu. O que não é uma das perseguições penais.

O Direito Penal não está mais sob a ótica do direito penal do inimigo, mas sim sob a ótica do garantismo penal, em que o réu também é detentor de direitos e deveres no processo penal, cabe ao magistrado conduzir um processo justo e ético, sem passar por cima das garantias inerentes ao ofensor.

4.4- PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

O princípio da lesividade é limitador do *jus puniendi*, pois de acordo com seus preceitos, para que um bem para ser tutelado pelo direito penal deve haver um perigo concreto a este bem. Tal princípio protege os bens jurídicos de toda a

arbitrariedade do Estado. Somente pode ser tipificada uma conduta que produz um perigo concreto ao bem jurídico.

De acordo com Bitencourt:

“O princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce função dupla no direito penal em um Estado Democrático de direito: a) função político-criminal – esta função tem caráter preventivo informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativos criminais; b) função interpretativa ou dogmática – esta finalidade manifesta-se “a posteriori”, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar “in concreto”, a norma penal elaborada (Bitencourt, 2008, p. 22)”.

O Princípio da Lesividade impõe que se estabeleça a necessária separação do direito de outras ideias ou concepções, como a moral e a religião. Só podem ser castigados os comportamentos que lesionem ou ameacem concretamente o direito de outras pessoas, e não, simplesmente, as ações pecaminosas ou imorais.

Com relação à Lei do Femicídio podemos esclarecer que o bem tutelado pela norma em análise, a vida, já possui a devida proteção e tutela do Estado, seja na forma do homicídio simples ou em sua modalidade qualificada. Tal previsão legal já existia, ocorrendo a subdivisão do homicídio qualificado e uma nova nomenclatura pra tal modalidade, feminicídio.

Na realidade o legislador somente nomeou essa modalidade de homicídio, em que a vítima é uma mulher que sofreu discriminação ou violência doméstica, pois a sanção aplicada a todos os homicídios qualificados são as mesmas, além de todos os homicídios qualificados pertencerem ao rol dos crimes hediondos.

No que tange às causas de aumento inseridas pela Lei 13.104/15 estas não são também nenhuma novidade no âmbito penal, tendo em vista que todas já possuíam alguma forma de previsão, como o aborto, crime tipificado no artigo 125, Código Penal, ou como circunstâncias agravantes do artigo 61, também do Código Penal.

A principal motivação para a promulgação da Lei em epígrafe foi uma resposta política para a população devido aos alarmantes números e dados estatísticos referentes à quantidade de mulheres assassinadas e a incidência da violência doméstica, tanto no cenário nacional quanto internacional.

5- SIMBOLISMO PENAL

O Direito Penal como um dos braços do ordenamento de maior severidade, tendo em vista que exerce o *jus puniendi* do Estado, bem como cerceia a liberdade do indivíduo, é a *ultima ratio*. Deve ser acionado somente quando todas as outras áreas do Direito falharem, é o último recurso.

Entretanto não é o que ocorre nos dias atuais, em que cada vez mais se usa o Direito Penal para fins políticos, para ser uma resposta rápida aos clamores populares. O Estado cada vez mais está despejando no Poder Judiciário problemas que não são de sua atribuição. Para que determinados problemas sociais tenham uma melhor solução seria pertinente à atuação empenhada dos demais Poderes de nosso governo.

Ao invés de utilizar o direito penal para atender ao povo, dever-se-ia se investir em políticas preventivas, não repressivas. Evitar que o problema aconteça é muito melhor do que corrigi-lo. O Direito atua depois que ocorreu a violação do bem jurídico ou de um direito, porém cabe ao Poder Legislativo e Executivo regular que cada vez menos tais problemas aconteçam e seja necessária a intervenção do Judiciário.

O simbolismo penal ocorre quando o Estado veicula novas leis, porém tais normas não produzem efetivamente nenhuma medida para conter o cometimento de infrações. Cria-se uma ilusão, que as autoridades competentes estão enfrentando corretamente o problema da violência.

É imperioso destacar que a função simbólica do Direito Penal, mesmo não sendo efetivamente causadora de dano, gera, quando supervalorizada, efeitos prejudiciais à sociedade.

Existem efeitos negativos da supervalorização da função simbólica do Direito Penal, como a falsa sensação de tranquilidade transmitida à população por edição de leis mais severas que tendem a “acalmar”, e com essa calma faz com que a população deixe de exigir do Estado medidas realmente efetivas contra a criminalidade.

Outro efeito é a possibilidade da população acreditar que o Direito Penal não é efetivo, uma vez que fica demonstrado que, com essas medidas simbólicas, não há capacidade para resolver os problemas criminais a longo prazo. Isso impossibilita ao Direito Penal o cumprimento de sua finalidade de proteção de bens jurídicos.

6- ANÁLISE PENAL

6.1 – CONCEITO E FINALIDADE DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é uma ciência normativa, pois têm como objeto de estudo preceitos legais e as consequências jurídicas do não cumprimento dessas normas. Assim sendo, mostra-se como um conjunto de normas jurídicas que possui o escopo de determinar infrações penais e suas respectivas sanções, regulando o exercício do poder punitivo do Estado.

De acordo com Zafarroni, a expressão Direito Penal versa sobre duas coisas, a legislação penal e o sistema de interpretação dessas leis. No que se refere à interpretação dessas normas o Direito Penal possui diversas características, como valorativo, finalista, sancionador e constitutivo.

Como esse ramo do Direito é de vital importância para a sociedade em si e principalmente para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, possui a finalidade de proteção dos bens jurídicos fundamentais. Outras funções são a reguladora, uma vez que preza o interesse da sociedade em detrimento do individual; a característica ético-social, na qual se devem proteger os valores da vida social, preocupando-se com os bens jurídicos vitais para a sociedade e para o indivíduo; característica a preventiva, como consequência lógica da função ético-social, após a violação dos limites sociais estabelecidos.

Uma vez que o Direito Penal limita o poder punitivo do Estado, colocando limites a essa repressão estatal possui diversos princípios que o regulam e norteiam seu caminho.

Alguns desses princípios reguladores da ciência penal estão diretamente relacionados com a promulgação da Lei 13.104/15, o que nos permite uma análise mais profunda da referida norma sob a ótica penal, para que ao final possamos concluir sobre sua adequação ou não ao nosso ordenamento.

6.2 – PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Tal princípio constitui a efetiva limitação do poder repressivo do Estado, tendo em vista a drástica intervenção nas garantias elementares do cidadão, controlando o *ius puniendi*, concedendo o caráter de *ultima ratio* ao Direito Penal.

Extrai-se do princípio da legalidade que nenhum crime ou sanção pode existir senão pelo advento de lei, e este tem que definir com precisão e clareza a conduta proibida.

Desta forma, conclui-se que não são aceitáveis leis indeterminadas, vagas ou imprecisas, pois não garante ao cidadão que não ocorrerão arbitrariedades, uma vez que existe uma margem de interpretação para a norma, tornando tais normas inconstitucionais.

Obviamente é impossível criar leis sem nenhum grau de indeterminações para se adequar a conduta humana, todavia é essencial que se observe o grau dessas imprecisões, pois, deste modo, o magistrado pode vir a legislar, exacerbando de suas funções.

6.3 – PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Ainda na seara de limitação estatal, o princípio da intervenção mínima vem completar o princípio anterior, pois, mesmo que somente leis possam criar condutas tipificadas como crime, nada impede que se instituem leis inócuas.

Deste modo, a *ultima ratio* possui o escopo de regular o que deve ser considerado crime, já que somente pode-se criminalizar algo se for para efetivamente proteger um bem jurídico. Caso a ordem jurídica seja reestabelecida por outras vias, que não a do Direito Penal, não cabe a ele intervir.

6.4 – PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Essa máxima o Direito traz uma segurança e uma liberdade para a sociedade, uma vez que é uma regra de conflito de leis penais no tempo, pois a partir do momento que uma lei entra em vigor e até que cesse sua vigência todos os atos praticados são por ela abrangidos.

É o princípio do *tempus regit actum* – o tempo rege o ato, na qual será aplicada a lei do tempo do ato. Existem algumas peculiaridades no que se refere à lei penal no tempo e suas teorias, como por exemplo, a admissão do Direito atemporal.

O princípio da irretroatividade da lei penal vige somente no que se refere às leis mais severas. Ou seja, quando o Estado é mais duro com aquele quem delinuiu é válida a aplicação do brocardo *tempus regit actum*.

6.5 – PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Este princípio versa que somente são criminalizadas as condutas que possam gerar um perigo concreto, real e efetivo a determinado bem jurídico penalmente protegido.

Tal princípio exerce dupla função no Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, um caráter preventivo-informativo, pois se manifesta na elaboração das legislações criminais, e na antecedência destas, fornecendo substratos para a elaboração das normas penais. A outra função é a interpretativa, em que se manifesta posteriormente a legislação, na operacionalidade do Direito Penal, em que força ao intérprete legal a encontrar em cada caso a lesividade ao bem jurídico.

6.6 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Esse princípio é consagrado pelo Estado Democrático de Direito, em todos os ramos do ordenamento, mormente no constitucionalismo moderno. Na esfera penal ele se reproduz na proporcionalidade entre a sanção aplicada e a prática do delito.

Deve existir um equilíbrio entre o crime e a pena, entre o injusto penal e a pena aplicada. O princípio da proporcionalidade está diretamente ligado a colocar limites no poder punitivo do Estado.

Nenhum cidadão deve ser lesionado em seus direitos por medidas desproporcionais, afastando assim, a livre disposição do Estado, pois os direitos fundamentais dos cidadãos são indispensáveis. Não podendo o Estado punir

arbitrariamente por determinado delito, infligindo ao réu uma punição muito maior do que a lesão que o mesmo cometeu.

6.7 – NORMA PENAL

As normas penais podem ser de duas espécies, incriminadoras e permissivas, em que a primeira tem a função de definir infrações penais, sejam proibindo condutas ou impondo-as. Já a segunda espécie são as normas não incriminadoras, em que podem tornar determinada conduta lícita, afastar a culpabilidade, esclarecer determinados conceitos.

A gênese da norma jurídica penal, ou seja, a fonte do Direito Penal é em sua essência as leis, tendo em vista que somente através da lei podem-se criar condutas incriminadoras. Existem também as fontes formais do Direito Penal, sendo os costumes, a jurisprudência e a doutrina.

Todo esse procedimento é necessário para uma melhor interpretação e aplicação da lei penal, para que se expresse o verdadeiro sentido e o alcance mais preciso da norma, sendo levando em consideração sua relação jurídico-social.

A interpretação da norma sempre tem que possuir uma vinculação com o ordenamento e com seu contexto sociocultural. Estando em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Para que o Direito Penal possa estar, cada vez mais em sintonia com a sociedade criou-se várias proposições para aplicação da lei penal, como a lei penal no tempo, a lei penal, o conflito de normas, são muitos os fatores levados em consideração para que o Direito Penal seja da melhor maneira aplicado, com todas as suas funções e garantias.

6.8 – CONCEITO DE CRIME

Existem vários conceitos de crime, e foram necessárias várias teorias para se chegar ao conceito de crime que é hoje. O conceito formal crime é toda ação ou omissão proíba por lei, já o material versa que crime é ação ou omissão que vai contra valores sociais, sendo “exigido” pela sociedade que seja proibida determinado conduta.

Esse dois conceitos não são suficientes para que se proceda uma análise completa de crime e suas estruturas. Adotou-se então um conceito analítico de crime, na qual se inseriu o elemento da tipicidade, além de a conduta humana ser valorada, sendo censurável ou não. Deste modo temos hoje que crime é toda ação típica, antijurídica e culpável.

A ação, comportamento humano voluntário e consciente, cumpri uma função limitadora, delimitando, antecipadamente, condutas que merecem a atenção do Direito Penal, tendo em vista que o tipo penal descreve o conjunto de elementos do fato punível, tornando individualizada a conduta humana.

6.9 – APLICAÇÃO DA PENA

Com o advento do garantismo penal, instituído por Ferrajoli, a aplicação da pena torna-se extremamente delicada, pois é necessário que adote medidas que assegurem as garantias inerentes ao réu no decorrer do processo penal e na sanção imposta.

Sendo assim, há hoje a individualização das penas – consagrada em nossa Carta Magna no artigo 5º, XLVI - inaugurando uma diferenciação na pena cominada. Para que exista esta diferenciação entre a pena cominada é necessário que se analise as circunstâncias do crime, condições acessórias que circundam o fato principal, não integrando a figura típica.

As circunstâncias do crime se diferenciam das elementares do tipo, pois aquelas, caso se excluam, não descaracteriza o crime. Caso seja uma elementar do tipo sua hipotética exclusão leva a descaracterização do fato como crime ou a outro tipo criminal.

Existem as circunstâncias judiciais; as circunstâncias legais – atenuantes e agravantes; causas de aumento e de diminuição e as qualificadoras. Tudo isso se leva em consideração na hora da aplicação da pena, bem como na dosimetria da pena, em que se expressa a individualização da pena, adequando a pena à personalidade do agente.

6.10 – NON BIS IN IDEM

Esse vernáculo é um princípio consagrado no Direito Penal, mesmo não possuindo previsão expressamente, e atua, especialmente, no momento da aplicação da pena. Consolidando um direito penal preocupado com a dignidade da pessoa Humana, ocupando-se da punição de um fato delituoso e não de uma vingança, prevalecendo um Direito Penal do fato.

O princípio em análise estabelece, primeiramente, que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração penal. Mas é mais que isso, desenvolveu-se o gradativo aumento da sua importância. Atualmente, uma das suas mais relevantes funções é a de delimitar a dosimetria (cálculo) da pena, realizada pelo juiz.

É certo que não se admite, por exemplo, o reconhecimento de uma circunstância agravante que funcione como elemento constitutivo, como qualificadora ou como causa de aumento do delito. Não é aceitável, neste sentido, o reconhecimento da agravante "com emprego de fogo" para o crime de incêndio (artigo 250, CP); Do mesmo modo, não se tolera que o homicídio qualificado pelo "motivo fútil" (artigo 121, § 2º, II) sofra a agravação genérica do artigo 61, II, "a", do CP; ou que o crime contra a liberdade sexual praticado contra descendente, que já sofre majoração da pena por força do artigo 226, II, seja, pelo mesmo fato, genericamente agravado (artigo 61, II, "e", do CP).

7- FEMINICÍDIO E O DIREITO PENAL

O feminicídio é uma norma penal que incutiu mais uma qualificadora no crime de homicídio. É uma qualificadora de cunho subjetivo, que versa sobre as motivações do agente, o que o levou a cometer o crime e não o modo ou meio que o mesmo foi cometido, ou seja, a comprovação da qualificadora do feminicídio não poderá ser realizada por laudo técnico ou perícia.

Como qualquer norma penal incriminadora a Lei 13.104/15 está sujeita as regulações do Direito Penal, e, caso haja alguma anomalia na execução do crime, está sujeito do mesmo modo que as outras normas penais aos erros, como erro na execução, erro quanto à pessoa, entre outros.

O erro quanto à execução do crime, *aberratio ictus*, é aquele que por acidente ou erro o agente atinge pessoa diversa da que se pretendia, porém responde como se tivesse acertado seu alvo, sendo consideradas as qualidades da mulher que se pretendia atingir.

O *aberratio criminis* ocorre quando sobrevém resultado diverso do pretendido, respondendo o agente por culpa, caso haja previsão legal, ou ainda ocorra mais de um resultado aplica-se a regra do concurso formal.

Segue-se essa mesma linha de raciocínio quanto ao erro quanto a pessoa – artigo 20, § 3º do Código Penal - não isentando de pena. Todavia, não se incluem na hipótese as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

O mesmo ocorre quando ao erro sobre o nexo causal. É a hipótese do chamado dolo geral. Ocorre quando o agente, imaginando já ter matado a mulher no contexto de violência doméstica e familiar, ou motivado pelo menosprezo ou discriminação, pratica nova conduta, que vem a ser causa efetiva da consumação.

Quanto à competência para processar e julgar o Feminicídio esta vai depender da organização do judiciário de cada estado-membro. Já que em alguns lugares há na Lei de Organização Judiciária previsão para julgar esses crimes em contexto de violência doméstica, a Vara de Violência Doméstica.

Deste modo a Vara de Violência Doméstica passa a instruir o feito até a fase de Pronúncia e depois faz o seu encaminhamento para Vara do Tribunal do Júri. Entendimento este aceito pelo Supremo Tribunal Federal.

Posição do STF:

*Segundo o STF, a Lei de Organização Judiciária poderá prever que a 1ª fase do procedimento do Júri seja realizada na Vara de Violência Doméstica, em caso de crimes dolosos contra a vida praticados no contexto de violência doméstica. Não haverá usurpação da competência constitucional do júri. Apenas o julgamento propriamente dito é que, obrigatoriamente, deverá ser feito no Tribunal do Júri (**Conferir:** STF. 2ª Turma. HC 102150/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 27/5/2014. Info 748).*

Como qualificadora de cunho subjetivo, o feminicídio, por óbvio, não pode ser cumulada ao privilégio, ou seja, é impossível existir um feminicídio qualificado-privilegiado, entendimento dominante por parte da doutrina e jurisprudência. Outro desdobramento é que as qualificadoras de cunho subjetivo não se comunicam entre os agentes (coautores e partícipes).

Além da qualificadora a lei objeto do trabalho incutiu majorantes, são três:

§ 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 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Tais causas de aumento, na hora de sua aplicação, maior atenção por parte do magistrado, uma vez que não será possível a aplicação das agravantes genéricas do artigo 61, inciso II, alíneas “e” e “h” do Código Penal, sob pena do acusado ser punido duas vezes pelo mesmo fato, nem sofrer duas penas pelo mesmo crime, afrontando assim o princípio do *non bis in idem*.

In verbis, as agravantes genéricas:

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

No que diz respeito à primeira causa de aumento de pena, que diz respeito ao crime cometido coma mulher grávido ou após três meses posteriores ao

parto, a atenção do juiz deve ser em relação ao crime previsto no artigo 125 do CP, que é o crime de aborto provocado por terceiro. Deve-se nesse momento se levar em consideração o dolo do agente, bem como as teorias de concurso formal e material do crime, para se chegar à conclusão de que a pena deve ser exasperada ou somada. Cuidando também para que não ocorra afronta ao princípio do *non bis in idem*.

Por ser lei penal incriminadora, a Lei 13.104/15 somente atingirá crimes ocorridos após sua promulgação, ou seja, após o dia 09/03/2015, não possuindo efeitos retroativos, pois somente a leis penais *in bona partem* possuem caráter retroativo.

8- CONCLUSÃO

Por todo exposto neste trabalho, diversas são as conclusões e considerações que podemos tomar a respeito à Lei 13.104/15, a chamada Lei do Femicídio.

Inicialmente não se pode negar o assombroso estado em que se encontra a mulher em nossa sociedade, cada vez mais mulheres são vítimas de violência doméstica, bem como são assassinadas por seus companheiros, humilhadas, lesionadas.

Infelizmente essa violência contra a mulher é um fator que vem crescendo, os números e pesquisas nos demonstram isso. O Brasil está entre os principais países no âmbito internacional, no que diz respeito a agressão contra a mulher, seja ela de qualquer forma.

Nos dias atuais, com a dignidade da pessoa humana com evidência mundial, a luta por igualdade de gêneros, o respeito ao próximo acima de tudo, com tolerância para com as diferenças entre as pessoas, é mais que necessário que se combatam tais práticas contra as mulheres.

Faz parte do dever do Estado proteger aqueles que precisam de cuidados, adotar medidas para coibir atrocidades. Em especial para aqueles que aos olhos da sociedade são diferentes de alguma forma, estes precisam de um tratamento especial, para ao fim ser alcançada a tão sonhada igualdade.

Todavia, a melhor forma de coibir essa violência e qualquer outra, são as chamadas medidas preventivas, políticas públicas que visam evitar a ocorrência do delito, que o Direito venha a atuar para prevenir o bem de ser lesionado, e não atuar após o dano.

Em especial o Direito Penal, que atua essencialmente após a violação de um bem jurídico fundamental, pois todas as outras medidas, políticas foram insuficientes. Porém, atualmente o Direito Penal tem sido a primeira medida, deixando esquecido seu caráter de *ultima ratio*.

O Direito Penal está sendo usado como símbolo político, pois, ao invés de investir em medidas de prevenção com resultados de longo prazo, o Estado, através de criminalização de condutas, vem respondendo aos anseios populares, somente pensando em medida de repressão, não de prevenção.

É exatamente isso que ocorreu com a lei em análise, pois ela é uma resposta rápida, sem maior efetividade para se chegar à solução do problema da violência contra a mulher. O governo dá ao povo uma solução simbólica que atrai aceitação popular.

Assim sendo, cria leis que fogem à melhor técnica do ordenamento, e fazer isso com a legislação penal é um absurdo, tendo em vista que o Direito Penal lida com bens jurídicos fundamentais, de vital importância para a sociedade e para o indivíduo.

No que se refere às afrontas constitucionais e penais em relação à norma em questão, podemos perceber que realmente é necessário um maior protecionismo as mulheres, sendo que é um grupo desigual em relação aos homens, tendo em vista toda uma sociedade patriarcal e machista.

Não ocorreu, com a promulgação da lei em epígrafe, afronta ao princípio da isonomia, do mesmo modo que ocorreu com a Lei Maria da Penha, o que já foi reconhecido até pelo STF. A meu ver o problema referente ao princípio da igualdade está relacionado ao fato de que a lei não versa sobre os homossexuais, os transexuais e os travestis, que infelizmente também sofrem violência doméstica, deixando essa tarefa para a doutrina e jurisprudência.

Caberão aos magistrados e demais operadores do direito a aplicação da lei do feminicídio e suas consequências, a interpretação do juiz determinará se a norma violará ou não os preceitos penais, no que se refere ao processo e na aplicação da pena.

Somente a prática dirá se a lei trará mais benefícios ou malefícios, sua interpretação deverá ocorrer em consonância com o momento em que a sociedade vive, bem como com os ditames constitucionais e penais.

Ainda é muito cedo para se avaliar seu impacto no mundo jurídico, é necessária a ocorrência de casos para se formar uma opinião a respeito da norma em análise. Realmente, se não se tomar cuidado, e aplicá-la levemente, muitos serão os prejuízos causados, tanto para o réu quanto para o ordenamento. Porém isso é uma preocupação que todo magistrado e qualquer operador do Direito deve ter, em especial, com as normas incriminadoras.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. Tradução de Torrieri Guimarães. 7 ed. São Paulo: MARTIN CLARET, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal. Parte Geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal. Parte Especial 2. Dos Crimes Contra a Pessoa. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Tradução de Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1997.

JR, Aury Lopes. Manual de Direito Processual Penal. 9 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

HIRECHE, Gamil Föppel. El. FIGUEREDO, Rudá Santos. Homicídio Contra a Mulher – Femicídio é medida simbólica com várias inconstitucionalidades. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/femicidio-medida-simbolica-varias-inconstitucionalidades> >. Acesso em junho de 2015.

FILHO, Euro Bento Maciel. Princípio da Igualdade – Não há como justificar a previsão legal do feminicídio. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-28/euro-maciel-filho-nao-justificar-previsao-femicidio> >. Acesso em junho de 2015.

FILHO, Luís Francisco Carvalho. Igualdade Jurídica – Lei que cria feminicídio é “desastre técnico” e foge da lógica penal. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-14/luis-carvalho-filho-lei-cria-femicidio-desastre-tecnico> >. Acesso em junho de 2015.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Projeto Inconstitucional – Femicídio é retrocesso na busca pela igualdade e no combate à discriminação. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-26/leonardo-yarochewsky-femicidio-retrocesso-busca-igualdade> >. Acesso em junho de 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Penal. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição Federal. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

IMPETUS, Editora. Femicídio – Comentários sobre a lei 13.104 de 09 de março de 2015. Disponível em: < <http://www.impetus.com.br/artigo/866/femicidio---comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015> >. Acesso em agosto de 2015.

IMPETUS, Editora. Estudo Completo do Femicídio. Disponível em: < <http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-femicidio> > Acesso em agosto de 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Femicídio: mais um capítulo do Direito Penal Simbólico agora mesclado com o Politicamente Correto. Disponível em: <http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/159300199/femicidio-mais-um-capitulo-do-direito-penal-simbolico-agora-mesclado-com-o-politicamente-correto> >. Acesso em outubro de 2015.

BARROS, Francisco Dirceu. Femicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em: < <http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/femicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais> >. Acesso em outubro de 2015.

GRECO, Rogério. Femicídio Comentários sobre a Lei 13.104, de 09 de março de 2015. Disponível em: < <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906> >. Acesso em outubro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Disponível em: < <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/07/ADC19STF09022012.pdf> >. Acesso em novembro de 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ANALISTAS JUDICIÁRIOS DA UNIÃO. Princípio Constitucional da Igualdade. Disponível em: < <http://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade> >. Acesso em outubro de 2015.

PEREIRA, Luciana Freitas. O princípio da legalidade na Constituição Federal: análise comparada dos princípios da reserva legal, legalidade ampla e legalidade estrita. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7125/O-principio-da-legalidade-na-Constituicao-Federal-analise-comparada-dos-principios-da-reserva-legal-legalidade-ampla-e-legalidade-estrita> >. Acesso em outubro de 2015.

COMPROMISSO E ATITUDE. Legislações na América Latina que penalizam o Femicídio. Disponível em: < <http://www.compromissoeatitude.org.br/legislacoes-da-america-latina-que-penalizam-o-femicidio/> >. Acesso em janeiro de 2016.

VELOSO, Priscila Jeniêr. Femicídio: o outro lado de uma mesma moeda. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/38048/femicidio-o-outro-lado-de-uma-mesma-moeda> >. Acesso em janeiro de 2016.

SIMIONATO, Gírlene Nascimento. MICHILES, Ronaldo. Femicídio: uma realidade brasileira. Disponível em: < <ftp://revista.ciesa.br/R2/dir02.pdf> >. Acesso em Janeiro de 2016.

OAB CONSELHO FEDERAL. Artigo: Femicídio e o PL 8305/14. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/noticia/28130/artigo-femicidio-e-o-pl-8305-14> >. Acesso em janeiro de 2016.

LACERDA, Isadora Almeida. Lei do Femicídio e a Proteção das Mulheres em Situação de Violência. Disponível em: < http://www.puc-rio.br/Pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Isadora_Almeida_Lacerda.pdf >. Acesso em Janeiro de 2016.

WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2012- Atualização: Homicídio de Mulheres no Brasil. Disponível em: < http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf >. Acesso em janeiro de 2016.

CNJ. Aumento da pena para feminicídio dá maior proteção à mulher, avalia a conselheira. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77282-aumento-da-pena-para-feminicidio-da-maior-protecao-a-mulher-avalia-conselheira> >. Acesso em janeiro de 2016.