

CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO CONSTITUTIONALITY OF FEMINICIDE

*Erika Brenda do Nascimento Arantes¹
Patrícia Silva Cavalcante²*

RESUMO: A Lei n. 13.104/2015 instituiu o feminicídio no rol das qualificadoras do crime de homicídio, consistindo no assassinato à mulher por razões da condição de sexo feminino. Ao ser elaborada, a aludida lei beneficiou apenas uma parte da sociedade, insurgindo o questionamento acerca de sua constitucionalidade. Assim, esse artigo objetiva analisar a criação da norma, em especial sob uma óptica social e constitucional, em busca de justificativas para a criação de medidas protetivas específicas para um grupo determinado, ao tempo em que não fere a constitucionalidade normativa.

Palavras Chave: Lei 13.104/2015, violência contra mulher, medidas protetivas.

ABSTRACT: The law number 13.104/2015 instituted the femicide in the list of the qualifiers of the crime of murder, consisting of the murder of the woman for reasons of the female sex. When this law was drafted benefited only part of society, Insurgent questioning about its constitutionality. Thus, this article aims to analyze the creation of the standard, in particular from a social and constitutional point of view, in search of justifications for the creation tho specific protective measures for a given group to the time when it does not violate normative constitutionality.

Key words: Law number 13.104/2015, violence against women, Protective measures.

¹Assistente Técnica do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Graduada em Direito, pelo Instituto Luterano de Ensino Superior – ILES/ULBRA 2016/02.

²Assessora Técnica da Procuradoria Geral de Estado de Rondônia. Graduada em Direito, pelo Instituto Luterano de Ensino Superior – ILES/ULBRA 2016/02.

INTRODUÇÃO

O feminicídio, nomenclatura atribuída ao assassinato de mulher pela sua condição de gênero, foi normatizado no Brasil através da Lei n. 13.104 de 2015, que incluiu a conduta no rol das qualificadoras do crime de homicídio, bem como no rol de crimes hediondos.

Defronta-se com a tipificação de um delito na busca de tutelar uma categoria (feminina). Assim, seria possível ponderar se não haveria detrimento dos interesses da coletividade perante o benefício dado à mulher e sua condição de sexo feminino.

Diante da reflexão suscitada, almeja-se, por meio do presente artigo, responder ao seguinte questionamento: A Lei n. 13.104 de 2015 é ou não constitucional?

1. MULHER À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO

1.1 BREVE SÍNTESE DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA CIDADANIA DA MULHER

Para desenvolver esse artigo far-se-á breve síntese do contexto histórico de submissão, inferioridade, luta e posteriormente conquistas ao qual a figura da mulher está vinculada ao longo da história.

Silva (2012, p.2) preleciona que desde os primórdios do desenvolvimento social a história da mulher é marcada pelo rastro da violência constituída pela exploração e submissão através das relações de gênero efetivas e sociais da sobreposição do homem como ser superior. Ao tratar do desenvolvimento histórico da relação homem e mulher sob a óptica da cultura patriarcal, o autor entende que “somos frutos da educação diferenciada, baseada na desigualdade e na metamorfose das relações”.

Na mesma linha de raciocínio Barbosa *et al* (2011, p. 69) aduzem que na teoria da relação social, a relação homem e mulher baseia-se no antagonismo marcado pelas “práticas de dominação/opressão do masculino sobre o feminino, as quais são construídas dialeticamente dentro de um processo sócio-histórico” (sic).

Em síntese, tem-se o papel de subordinação, opressão, segregação social e principalmente a ideia da superioridade masculina em relação à

mulher ao longo do tempo em distintas sociedades.

Tal fato sofreu uma pequena modificação a partir da Revolução Francesa, em 1789, com as ideias trazida pelo iluminismo – liberdade, igualdade e fraternidade –, posto que permitiu a conquista de alguns direitos de cidadania. A partir de então, houve uma intensificação da participação feminina em todo o escopo social (ESPINDOLA; BERNARDES, 2003, p. 71).

Evidencia-se que durante um longo período o papel feminino foi voltado apenas ao lar e à família, muitas vezes tendo-lhe até mesmo essa participação extinta, ficando a mulher totalmente subordinada ao poder e mando na relação familiar e conjugal. Observado o decorrer histórico, nota-se que aos poucos a realidade social foi sendo alterada e a mulher pôde começar a lutar por seus próprios direitos.

Nesse sentido, Santos (2012, p. 220) aduz que a mulher passou a “travar as lutas necessárias pelo reconhecimento da igualdade, ganhando o espaço público e rompendo definitivamente a barreira do silêncio”.

Dessa forma, é possível vislumbrar as dificuldades que as mulheres enfrentaram para alcançar o reconhecimento de direitos e a efetiva participação social, uma vez que durante muito tempo foram reduzidas a seres nulos ou dispensáveis tanto em seio familiar como na sociedade.

Porém, através de lutas constantes foi possível a mulher ser reconhecida como pessoa de direito que é. E ainda que existam distinções entre os sexos, caminha-se para o reconhecimento efetivo de igualdade.

1.2 CONQUISTA DE DIREITOS E ESPAÇO NA SOCIEDADE

Dado o patriarcalismo arraigado em nossa sociedade e as mulheres sendo subjugadas ao longo dos anos, teve início a busca pela igualdade de direitos. Direitos estes que foram sendo conquistados gradativamente através de lutas e manifestação do inconformismo feminino.

Pode-se afirmar que tal busca teve como marco no polo mundial a Convenção da União das Nações Unidas – ONU – sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979.

A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações,

tanto no âmbito público como no privado. A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano (PIMENTEL, 2008, p. 17).

Entretanto, é relevante ressaltar que anteriormente à convenção efetivada em 1979 a Comissão de *Status* da Mulher, na ONU, já vinha progredindo na elaboração de tratados que visavam atribuir garantias aos direitos da mulher. No entanto, tais tratados não tinham força vinculante aos Estados membros, o que dificultava sua efetivação.

Outra conquista de âmbito internacional foi alcançada através da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 1994. Esta teve como escopo o reconhecimento, pelos Estados parte da convenção, de que a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade e que tal violência, permeada por todo o contexto histórico, constitui ofensa à dignidade da pessoa humana. E em 1º de agosto de 1996 o Brasil ratificou a Convenção através do Decreto n. 1973 (BRASIL, 1996).

Nota-se, dessa forma, que a luta constante por direitos garantiu às mulheres conquistas significantes de espaço na sociedade e crescimento da ideia de igualdade de direitos sem distinção de sexo.

No ordenamento pátrio convém destacar que a Constituição Federal de 1988 foi a que mais possibilitou a participação social em sua elaboração. Neste período, grande foi a movimentação das mulheres para garantirem conquistas de peso constitucional. Desse processo resultou a elaboração da *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes*, que continha as principais reivindicações femininas (PIOVESAN, 2010, p. 63).

Para nós mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito a representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, o direito à educação, à saúde, à segurança, a vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário e uma vida civil não autoritária.

Nós, mulheres, estamos conscientes que este país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, cor, classe, orientação sexual, credo político e religioso, condição física ou idade, for garantido igual tratamento e igual oportunidade de acesso às ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios assembleias e palácios[...].

Confiamos que os constituintes brasileiros, mulheres e homens, sobre os quais pesa a grande responsabilidade de refletir as aspirações de um povo sofrido e ansioso por

melhores condições de vida, incorporem as propostas desta histórica Campanha do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1986).

Tamanho foi a repercussão da movimentação feminina, que, quando na elaboração da Carta Maior, uma parte significativa das postulações feitas na carta foram incorporadas ao texto constitucional (PIOVESAN 2010, p. 64).

Acerca dos êxitos obtidos, voltamos (especificamente) para a condição das mulheres brasileiras, pode-se destacar: Proibição de discriminação em razão do sexo; Plena igualdade entre homens e mulheres; Garantia do direito à amamentação dos filhos ao seio; Salário família; Licença maternidade; Igualdade no acesso ao mercado de trabalho e na ascensão profissional; Direito à creche; Igualdade salarial entre homens e mulheres por trabalho igual; Extensão dos direitos trabalhistas e previdenciários, de forma plena, às empregadas domésticas; Direito à posse da terra para homens e mulheres; Proteção estatal à maternidade e à gestante; Igualdade de direitos previdenciários; Reconhecimento da união estável como entidade familiar; Igualdade na sociedade conjugal; Liberdade no planejamento familiar; Plena igualdade entre os filhos, não importando o vínculo matrimonial existente entre os pais (MOREIRA 2016, p. 135).

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 tem-se o marco na efetivação jurídica de direitos da mulher, pois, dentre outros, foi consagrado na Carta Maior o princípio da igualdade como Garantia fundamental do Estado. Soma-se a isso que os demais ramos jurídicos foram adequados às modificações constitucionais impostas.

Dessa maneira, a partir das mudanças no escopo constitucional, grandes foram as conquistas da mulher no ordenamento jurídico brasileiro ainda que não esteja se falando na igualdade de direitos em sua totalidade.

1.3 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A CRIAÇÃO DA LEI 11.340/2006 – LEI MARIA DA PENHA

A Organização Mundial da Saúde – OMS – define violência como

O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (KRUG, *et al*, 2002, p. 5).

Assim, a OMS traz uma definição abrangente do termo violência, aqueles que podem ser os sujeitos e as proporções em que esta pode resultar.

A convenção Belém do Pará define em seu artigo primeiro a violência contra a mulher sendo “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (BRASIL, 1996).

Ao trazer tal definição, objetivou-se mostrar a mulher como foco do ato violento e que a violência ocorre de diversas outras formas e não apenas por meio da agressão.

Assim, demonstra-se que mesmo havendo todo um processo evolutivo na luta por conquistas e espaço, a mulher ainda sofre com a cultura do patriarcado, segundo a qual o homem se vê de forma superior, e, por não mais ter o domínio total sobre a mulher, se prevalece, na maioria das vezes, de uma “superioridade” biológica para reprimir e dominar o sexo feminino através da agressão por força física.

De acordo com Santiago e Coelho (2007, p. 2) “a violência contra a mulher é considerada como um problema de Estado, na medida em que o ato violento constitui uma violação dos direitos humanos”. E segundo eles, cabe ao Estado a responsabilidade em tomar providências na busca de cessar essa violação de direitos, vez que a inércia constitui violação a tratados internacionais ratificados voluntariamente pelo país.

De grande importância no combate à violência de gênero são as organizações de mulheres existentes no mundo todo, bem como os tratados, aos quais os países se vinculam, que visam à proteção primordial da igualdade e dignidade da pessoa humana. Nesse pensamento, Krug afirma que “pelos esforços dessas organizações é que a violência contra as mulheres atualmente se tornou uma questão internacional” (2002, p. 91).

O caso conhecido como “Maria da Penha” foi a primeira ocorrência da omissão judiciária do país a chegar à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em síntese, segundo o relatório anual da Comissão Internacional de Direitos Humanos (OEA, 2000), a senhora Maria da Penha Maia Fernandes peticionou em 1998 denúncia contra o Brasil diante da tolerância do país aos crimes de tentativa de homicídio e violência doméstica praticados pelo marido da denunciante. Tais atos de violência cometidos resultaram na paraplegia da vítima. O ex-marido de Penha foi julgado e tal julgamento anulado por meio de recursos fundamentados na alegação de vício no júri. Durante todo esse

trâmite judicial, que perdurou por 17 anos, o agressor esteve em liberdade e a vítima não logrou êxito no objetivo de ver efetivada a justiça.

Em análises e relatórios, foi constatada a evidente discriminação contra as mulheres agredidas e que em algumas regiões nacionais ainda se utilizavam como argumentos jurídicos a “defesa da honra” e a culpabilidade da vítima.

Ao ser solicitada manifestação do Estado diante do caso, por diversas vezes não foi apresentada resposta. Chegando a Comissão a conclusão que “o Brasil estava seguindo um padrão discriminatório com respeito a tolerância da violência doméstica contra mulheres por ineficácia da ação judicial” (OEA 2000, p.1).

Diante do caso concreto, a decisão da comissão recomendou ao Estado que “proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito e a reparação efetiva e pronta da vítima” (OEA, 2000, p. 14).

Não mais importante, porém de inquestionável relevância no avanço contra a violência à mulher, foram as recomendações específicas da Comissão direcionadas ao país na adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres. Quais sejam essas específicas:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências(sic) penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
- e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares (OEA 2000, p.14).

Assim, observa-se que as recomendações da Comissão foram especificamente para que o país atingisse uma maior efetivação, principalmente no âmbito judiciário, de proteção à mulher, vez que de nada adianta firmar compromissos internacionais de proteção e internamente permanecer estruturalmente despreparado para cumpri-los.

A partir das determinações da Corte diante do caso em concreto de violência contra a mulher e inércia do Estado, que representou inúmeros outros ocorrentes no país, houve a necessidade da criação de mecanismos para tutelar a mulher em sua integridade física, moral, psicológica, procedimental etc.

Dessa forma, teve início a tutela jurisdicional estatal com o Projeto de Lei 37, de 2006, que deu ensejo à criação da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, que em decorrência da repercussão da interferência internacional ficou popularmente denominada como “Lei Maria da Penha”.

A referida lei não teve por objetivo criminalizar condutas, mas preocupou-se em trazer em seu texto definições para as formas de violência que podem ser praticadas contra a mulher, bem como meios protetivos, preventivos, de responsabilização e assistencial àquelas.

Observou-se aqui que o Estado não criou uma lei simplesmente por preocupar-se em efetivar os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana por ele ratificados internacionalmente e constitucionalmente instituído, mas sim, apenas o fez por ter-lhe sido imposto.

Não se pode negar que o ato legislativo foi de grande importância na luta contra a violência sofrida pela mulher, e que a repercussão da norma trouxe grandes avanços no combate efetivo, mas deve ficar clara a noção de que este é apenas um pequeno passo para atingir o objetivo primordial, que é a efetivação do princípio da igualdade em sua plenitude, sem distinções social, cultural e historicamente convencionadas.

Impende frisar que mesmo transcorridos séculos, a vulnerabilidade biológica, social e cultural do sexo feminino ainda é um fator que coloca a mulher em risco. Diante de tal fato deve ser garantido o direito à tutela jurisdicional do Estado, sendo que este não pode, em hipótese alguma, se eximir de tal responsabilidade.

2. FEMINICÍDIO

2.1 CONCEITO

O Termo feminicídio foi utilizado pela primeira vez por Daiana Russel em 1976, ao defini-lo como a morte de mulheres pelos homens por serem mulheres. Posteriormente outras causas que provocam a morte de mulheres também passaram a ser consideradas como feminicídio, tais como abuso sexual, incesto, cirurgias plásticas, tortura entre outros (Mosquer 2015, p. 49).

Masson (2016, p.41) define o feminicídio como sendo “o homicídio doloso cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino”.

Segundo Gomes, consiste na morte violenta de mulheres por todo o mundo tendo por causa elementar a condição de gênero (2015, p. 191).

Portanto, o feminicídio é a morte violenta, não acidental e não ocasional de uma mulher em decorrência justamente da sua condição de gênero - ser mulher - em uma sociedade patriarcal, machista, sexista e misógina. É a forma mais extrema de violência praticada contra uma mulher e revela um conjunto de vulnerabilidades sofridas ao longo da vida. Quando se fala em feminicídio se chama atenção para este panorama de violências que encerram uma forma dramática, cruel e letal contra as mulheres (2015, p. 191).

Para abordar o feminicídio é indispensável que se observe a desigualdade social na condição entre os sexos feminino e masculino. Deixar de observar tal desnível de igualdade resultaria na sua desvinculação com o fenômeno em si. Para Gomes, “o feminicídio é a expressão letal, é o ápice, o limite de um conjunto de violências e vulnerabilidades a que as mulheres são expostas ao longo da vida” (2015, p. 194).

Ressalta-se que o feminicídio não decorre apenas da questão “gênero”, mas também de todo um contexto de violência e brutalidade que se destacam antes da prática do delito em si. Na maioria das vezes a vítima tem uma relação íntima ou familiar com o agressor marcado por uma trajetória já violenta (MOSQUER, 2015, p. 51).

Rueda (2013, p. 2) aduz que o feminicídio resulta da mais extrema forma de violência contra a mulher culminada por todo o contexto cultural do patriarcalismo que “afeta as mulheres de maneira generalizada e transversal, em diversos contextos e cenários”. Posiciona-se no sentido de que “estes

crimes reforçam a ideia de que as mulheres são propriedade dos homens ou objetos sexuais”.

É de fundamental relevância, na busca à proteção dos direitos humanos, o reconhecimento da existência dos casos de feminicídio e, mais ainda, a identificação destes na ocorrência de homicídio praticado contra mulheres uma vez que “identificar o fenômeno e apropriar-se do vocabulário ‘femicídio’ implica apreender um conjunto de concepções teórico-políticas, que localizam a violência de gênero, suas características e seu contexto de produção” (GOMES, 2015, p. 197).

Assim, nota-se que o feminicídio é na maioria das vezes o resultado final de uma série de violências praticadas contra a mulher que culmina na eliminação da vida por sua condição feminina.

2.2 REALIDADE BRASILEIRA QUE JUSTIFICA A TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO

A violência contra a mulher não pode ser considerada apenas a superioridade física daquele que a agride, mas sim o caráter social ao qual essas agressões estão vinculadas. Trata-se de uma questão de gênero, da ideia, já reiterada anteriormente, de superioridade do homem em relação à mulher e a cultura machista de subordinação que vem justificando, desde sempre, a violência (MOSQUER, 2015, p. 49).

Esse problema social passou a ganhar mais destaque a partir do aumento do número de denúncias de homicídio de mulheres, somado à pressão social para solução dos casos e efetivação da justiça. Assim, os estados passaram a se preocupar em dar uma resposta de intolerância à violência contra a mulher para a sociedade. (MOSQUER, 2015, p. 47).

Tanto é assim que houve a criação da Lei Maria da Penha, fato que representou um grande avanço nacional no que tange ao reconhecimento da necessidade de proteção à mulher. Entretanto, a norma não trouxe em seu escopo nenhuma tipificação incriminadora, tendo apenas como caráter primordial medidas protetivas e preventivas.

Após seis anos de vigência normativa, o Mapa da Violência de 2012, elaborado pelo Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, dedicou uma especial atenção aos homicídios praticados contra a mulher em nosso país.

Constatou-se ainda haver um grande aumento nos índices de violência e assassinatos de mulheres. De 1980 até 2010 foram computadas mais de 92 mil mortes de mulheres, sendo que desse total 43,7 mil foram apenas na última década. Observado ainda que no ano de 2010 os índices se igualaram ao mais elevado constatado em 1996 (WAISELFISZ, 2012, p. 8).

O levantamento do Mapa constatou também que cerca de 40% dos homicídios femininos ocorrem no ambiente familiar, percentagem elevadamente desproporcional quando comparada aos homicídios masculinos, que, neste cenário, é de apenas 14,3%. No que tange à violência cometida contra mulheres, esse percentual se eleva ainda mais, atingindo 71,8% de incidência de violência no âmbito familiar (WAISELFISZ, 2012, p. 10 e 18).

Acerca da violência doméstica, através de informações obtidas a partir de dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) do Ministério da Saúde, registraram-se 70.285 mil atendimentos relativos à violência doméstica de mulheres, representando 65,4% do total de atendimentos.

Tem que ser considerado que os quantitativos registrados pelo SINAN representam só a ponta do iceberg das violências cotidianas que efetivamente acontecem: as que, por sua gravidade, demandam atendimento do SUS. Embaixo dessa ponta visível, um enorme número de violências cotidianas nunca alcança a luz pública (WAISELFISZ, 2012, p. 18).

Observado o contexto vítima/agressor, os dados mostram que na fase adulta, entre os 20 até 60 anos, o maior responsável pela agressão contra a mulher é o cônjuge ou namorado (WAISELFISZ, 2012, p. 20).

Comparado em um contexto mundial, o Brasil ocupa a sétima posição no índice de homicídios femininos de uma lista com 84 países, segundo dados fornecidos pela Organização Mundial da Saúde no período de 2006 a 2010 (WAISELFISZ, 2012, p. 16).

Em conclusão, o Mapa da Violência de 2012 registrou que:

[...] se no ano seguinte à promulgação da Lei Maria da Penha, em setembro de 2006, tanto o número quanto as taxas de homicídio de mulheres apresentou uma visível queda, já a **partir de 2008 a espiral de violência retoma os patamares anteriores, indicando claramente que nossas políticas ainda são insuficientes para reverter a situação.**

Não nos resta dúvida que elaboração de estratégias mais efetivas de prevenção e

redução dessa violência contra a mulher vai depender da disponibilidade de dados confiáveis e válidos das condições e circunstâncias de produção dessas agressões (WAISELFISZ 2012, p. 26) (grifou-se).

Em 2015 novamente do Mapa da Violência teve como foco o homicídio contra a mulher. Neste, já havia sido sancionada a lei regulamentadora do feminicídio, no entanto os dados constantes são de atualização até o ano de 2013.

As taxas de homicídio no país, que no ano de 2010 eram de 4,6 por 100 mil mulheres, sofreram uma elevação para 4,8 por 100 mil mulheres. Quando observadas as taxas de forma individual nos estados, tem-se uma variação muito maior desde a criação da Lei Maria da Penha até o ano comparativo final (WAISELFISZ, 2015, p. 11-17).

Em 2010 o país ocupava a 7ª posição; já em 2013 passou a ocupar a 5ª posição no índice de homicídios femininos comparado ao polo internacional (WAISELFISZ 2015, p. 28).

Diante da comprovada escala crescente nas taxas de homicídios e violência contra a mulher o Mapa da Violência em 2015 concluiu que:

Não é um fato novo a preocupação da sociedade brasileira com as diversas formas de violência que afligem a população. Embora não seja recente, a questão atual centra-se nas proporções inéditas que o fenômeno vem assumindo. Ano após ano, observamos, com mistura de temor e indignação, que o País vem quebrando suas próprias marcas, numa espiral de violência sem precedentes. Isto fica evidente não só nas impactantes estatísticas periodicamente divulgadas sobre as variadas formas que as violências assumem na nossa vida cotidiana, mas também nas pesquisas de opinião que diversas instituições realizam; [...]. Em última instância, essa crescente diversificação expressa tentativas coletivas de dar forma a sentimentos difusos, de descontentamento e impotência, diante da atual situação e da falta de perspectivas de vislumbrar uma luz no final do túnel.

Assim, conforme demonstra o Mapa da Violência de 2012, bem como o de 2015, mesmo após a criação da mencionada lei, os índices de violência contra a mulher que resultam em homicídios continuam sendo um fator de grande preocupação que merece discussão e visibilidade.

2.3 CRIAÇÃO DA LEI 13.104, DE 2015

Diante da necessidade da criação de mecanismos de defesa mais coercitivos a corroborar a atuação do Estado na luta contra a violência sofrida pela mulher, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado 292 de 2013,

que por sua vez objetivou alterar o Código Penal inserindo a qualificadora do feminicídio – assassinato de mulheres pela condição de serem mulheres – ao crime de homicídio.

Tal projeto teve como justificativa o alto índice de assassinatos de mulheres no país e as circunstâncias que ensejam a prática desses crimes.

Entre 1980 e 2010, dobrou o índice de assassinatos de mulheres no país [...] Esse número coloca o Brasil na sétima colocação mundial em assassinatos de mulheres, figurando, assim, dentre os países mais violentos do mundo nesse aspecto.

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse [...]; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher [...]; como destruição da identidade da mulher [...] como aviltamento da dignidade da mulher [...] (PL 292, 2013, p. 2).

Sancionada a Lei 13.104, de 9 de março de 2015, foi alterado não apenas o artigo 121 do Código Penal, mas também a Lei de Crimes Hediondos, acrescentando o feminicídio ao rol taxativo do artigo 1º, I, da lei, que passaram a vigorar acrescidos da seguinte redação:

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

“Homicídio simples

Art. 121.

Homicídio qualificado

§ 2º.....

Feminicídio

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

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

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

§ 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.” (NR)

Art. 2ºO art. 1º da Lei nº8.072, 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)” (BRASIL, 2015).

Dessa forma, em 2015 o Brasil passou a fazer parte do rol de países da América Latina que reconheceram penalmente em seus ordenamentos jurídicos a conduta tipificada como feminicídio e efetivamente buscar tutelar a integridade da mulher.

3. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.104/2015

Chega-se aqui à problemática núcleo do presente artigo. Observa-se que para finalmente tratar da constitucionalidade da Lei 13.104/2015 – que, conforme já esclarecido, adicionou ao rol de qualificadoras do crime de homicídio a especificação do feminicídio – foi necessário discorrer primeiramente sobre uma série de matérias que esclarecem a criação da norma.

Assim, indaga-se, diante de todo aqui exposto, a Lei 13.104/2015 é ou não constitucional? Vejamos.

Primeiramente, é relevante pontuar que desde a entrada em vigor da norma não foi, até o momento, suscitado qualquer questionamento acerca da sua constitucionalidade por meio do controle concentrado de constitucionalidade – aquele de competência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, através das ações específicas de cabimento.

No entanto, de forma analógica, pode ser observado que quando criada a Lei n. 11.340, de 2006, denominada como Lei Maria da Penha – que trouxe mecanismos de proteção e prevenção à violência contra a mulher – foi fortemente questionada a constitucionalidade, principalmente nos dispositivos que davam aos procedimentos penais tratamento mais rigoroso dando origem à Ação Direta de Constitucionalidade n. 19.

Em justificativa de voto, que decretou procedente o pedido de declaração de constitucionalidade dos dispositivos, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio relatou que:

Ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, utiliza-se o legislador de meio adequado e necessário visando fomentar o fim traçado pelo artigo 226, § 8º, da Carta Federal.

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação (BRASIL, ADC 19, p. 14).

Ao justificar a necessidade da criação da lei-objeto deste artigo, através do Projeto de Lei 292/2013, também foi utilizado como argumento a ânsia em “enfrentar todo tipo de discriminação de gênero e de garantir que todos, [...] gozem plenamente de seus direitos humanos” (BRASIL, PL 292, 2013, p. 2).

Nota-se que ambas as normas tiveram como objetivo comum trazer maior proteção ao sexo feminino, dada a discrepante desigualdade de gênero presente em nossa sociedade.

Tópico primário aqui tratado se fez na constatação da histórica submissão feminina perante uma sociedade machista e que ensejou em desigualdades de direitos ao longo do tempo.

Observou-se um grande progresso na busca pela igualdade jurídica entre os sexos, no entanto no seio da sociedade a mulher ainda está claramente desprotegida. Tal conclusão parte dos dados apresentados que mostram, através de relatórios e mapas de violência, o elevado índice de violência e assassinatos contra a mulher, principalmente no âmbito familiar.

Assim, ao objetivar a criação de mecanismos próprios de proteção à mulher, o legislador nada mais almeja do que efetivar os princípios fundamentais consagrados na Carta Maior, por ele suscitados.

O princípio da igualdade, constitucionalmente fundamentado, se faz normatizado em seu sentido material e lecionado por Pedro Lenza (2014, p.1075): “deve-se buscar a igualdade substancial, tendo por premissa que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

José Afonso da Silva ao discorrer sobre o princípio da isonomia dedicou um ponto específico para tratar do princípio da igualdade entre homens e mulheres. Ficando assim demonstrada que essa desigualdade enraizada na sociedade não passa despercebida e é ponto relevante de discussão. Em suas palavras,

Essa igualdade já se contém na norma geral da igualdade perante a lei. Já está também contemplada em todas as normas constitucionais que vedam discriminação de sexo (arts. 3º, IV e 7º XXX). Mas não é sem consequência que o Constituinte decidiu destacar, em um inciso específico (art. 5º, I), que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*. Era dispensável acrescentar a cláusula final, porque, ao estabelecer a norma, por si, já estava dito que seria “nos termos desta Constituição”. Isso é de somenos importância. Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens* de um lado e *mulheres* de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional (2014, p. 219) (grifo do autor).

Observa-se aqui o posicionamento doutrinário acerca da efetivação do princípio da igualdade, diante de uma desigualdade historicamente verificada.

Dessa forma, ao argumentar a necessidade de efetivação do princípio da igualdade pode-se aduzir que também se encontra presente o objetivo de consumação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pois, se “a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento” (SILVA 1998, p. 90), – conforme sustentado em título anterior – como poderia o Estado eximir-se da sua obrigação de tutela diante de demonstrada violação em face ao direito de proteção que cabe à mulher?

Importante aqui citar trecho de posicionamento exarado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo perante caso concreto em que a defesa arguia inconstitucionalidade da norma.

Em atenção à necessidade de maior proteção à mulher, historicamente vítima de violência - perpetrada por diversas formas - por parte dos homens, o Brasil editou o Decreto n. 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.

Na toada da aludida Convenção e a fim de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, foi publicada a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha -, estabelecendo medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar e afirmando que a violência contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

A fim de incrementar essa proteção assumida internacionalmente pelo Estado brasileiro, bem como intensificar a repressão e prevenção aos crimes de violência contra a mulher, violência de gênero, foi publicada a Lei n.13.104 de 09 de março de

2015, criando nova circunstância qualificadora para o delito de homicídio, quando cometido (TJ-SP - RSE: 00033867920158260368 SP 0003386-79.2015.8.26.0368, Relator: Augusto de Siqueira, Data de Julgamento: 01/09/2016, 13ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 20/09/2016) (TJ – SÃO PAULO, 2016).

Por meio de tal julgado, pode ser observado que o posicionamento do judiciário está em consonância com o objetivo principal trazido pela norma incriminadora.

Em uma percepção doutrinária, acerca da norma, Masson (2016) e Grego (2016) posicionam-se objetivamente pelo reconhecimento da constitucionalidade do feminicídio. Ambos lecionam que não há violação ao princípio da igualdade.

O legislador, ao criar a figura do feminicídio, seguiu a tendência mundial e estabeleceu uma ação afirmativa em prol das mulheres, historicamente submetidas ao domínio e à imposição dos homens, daí decorrendo abusos, sofrimentos e humilhação das mais variadas espécies. A propósito, o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou ao examinar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, cujos fundamentos são idênticos aos da qualificadora em estudo (MASSON 2016, p. 48).

Assim, diante todo o exposto, chega-se a conclusão de que a Lei 13.104 de 9 de março de 2015 é constitucional.

Caso já houvesse um posicionamento Superior a cerca de tal problemática não restariam objeções.

Mesmo não havendo ainda uma decisão por meio do controle concentrado, todo o contexto que embasa a criação da norma: as desigualdades historicamente permeadas na sociedade, a necessidade de proteção à mulher, a obrigação do Estado em efetivar os princípios por ele constitucionalmente fundamentados, bem como o posicionamento do judiciário e doutrinário, permitem tal afirmativa.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objeto principal abordar a constitucionalidade da Lei n.13.104, de 2015 que instituiu o feminicídio no rol das qualificadoras do crime de homicídio e reconhecendo taxativamente a hediondez da conduta.

Insta observar que o feminicídio consiste no assassinato da mulher pelo fato da sua condição feminina.

A indagação principal que sustenta tratar da constitucionalidade da Lei se faz no sentido de que: seria constitucional uma norma criada para beneficiar um grupo específico – neste caso a mulher – uma vez que o Estado, em seus fundamentos constitucionais, sustenta que todos devem ser tratados de forma igualitária, não permitindo a distinção entre os sexos?

Para responder tal questionamento foi necessário primeiramente fazer uma análise histórica da participação social e efetivação jurídica dos direitos da mulher.

Constatou-se então, algo que é notório mesmo quando não se busca grande aprofundamento no tema: a história da mulher é marcada pela submissão e desconsideração, em muitos casos, da sua personalidade jurídica. Por meio de muitas lutas, que ganharam visibilidade mundial, o sexo feminino conseguiu gradativamente ter seu espaço reconhecido e alcançar o status de pessoa de direito e contar com a tutela do Estado. No entanto restou demonstrado que, mesmo havendo grande evolução, ainda há uma cultura patriarcal arraigada na sociedade, dificultando que se chegue a um nível pleno de igualdade entre homens e mulheres.

Observou-se que o índice de violência contra a mulher, bem como as taxas de homicídio (feminicídios, no caso) tem atingido grau cada vez mais elevados e tal violência encontra-se primordialmente vinculada às relações familiares afetivas. Ainda há uma ideia de domínio do homem perante a mulher.

Para se falar em inconstitucionalidade de uma norma, restou demonstrado que esta deve estar em desacordo com a Carta Maior do país, ou seja, deve haver violação dos preceitos ali normatizados.

Ao criar a Lei n. 13.104, de 2015 o legislador buscou a efetivação dos princípios fundamentais da Constituição. Por meio da referida lei, assegura-se como fundamento princípios como a dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado a responsabilidade de garantir o mínimo existencial necessário, bem como o princípio da igualdade, consagrado por um prisma substancial, que garante o tratamento desigual nas medidas de sua desigualdade.

Assim, criar uma Lei que garante punição mais severa aos atos extremos de violência contra a mulher se justifica, constitucionalmente, pela necessidade de erradicar a disparidade histórica, entre homens e mulheres, existente na sociedade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA. M. A. C; MATOS. F. R. N; SANTOS. A. P. F; ALMEIDA. A. M. B. **Mulheres e patriarcado: relações de dependência e submissão nas casas de farinha do agreste alagoano.** Revista Sociais e Humanas; n. 2; vol. 24; páginas 65-87; Santa Maria: julho/dez 2011. Disponível em: <http://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/2850/2855>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, 5 out 1988.

_____. Decreto n. 1.973 de 1 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana Belém do Pará. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, 1 ago 1996.

_____. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes. Organização dos Estados Americanos. Relatório n. 54/01. Brasil, 2000. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>.

_____. Lei Nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha.** Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>.

_____. **Projeto de Lei do Senado N 292 de 2013.** Brasília, DF: Senado Federal disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=133307&tp=1>>.

_____. **Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 19.** Supremo Tribunal Federal. DJE 29/04/2014 - ATA Nº 56/2014. DJE nº 80, divulgado em 28/04/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.sp?numero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

_____. Lei Nº 13.104 de 9 de março de 2015. **Lei que acrescenta o Femicídio ao Código Penal e à Lei de Crimes Hediondos.** Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/L13104.htm>.

ESPINDOLA, L. R. P; BERNARDES, B. **Direitos das mulheres: uma busca constante pela (des) construção de conceitos e valores.** Revista eletrônica Vidya. 23 vol. 39 n. páginas 69-80. Santa Maria: 2003. Disponível em: <<http://periodicos.unifra.br/index.php/VIDYA/issue/view/54>>. Acesso em: 24/08/2016 às 18h.

GOMES, I. S. Femicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o Direito Penal. **Periódicos do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero & Direito.** 4 vol. 1 n. p. 188-218. Universidade Federal da Paraíba, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/24472>>.

KRUG, E. G; (*et al*). Relatório mundial sobre violência e saúde. **Organização Mundial da Saúde.** Genebra, 2002.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado.** 18 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, C. **Direito penal esquematizado.** Parte especial (arts. 121 a 212). 2 vol. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.** Carta das Mulheres Brasileiras ao Constituinte. Brasília, 1986. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituinte-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf>.

MOREIRA, L. A. Direito e gênero: a contribuição feminista para a formação política das mulheres no processo de (re) democratização brasileiro. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito.** 5 v. 1 n. p. 217-255. Paraíba, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/viewFile/25010/15303>>.

MOSQUER, B. **Femicídio: Violência de Gênero.** Monografia 18. rev. 78 f. Biblioteca digital da Universidade Regional do nordeste do Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/3453>>.

PIMENTEL, S. **Comitê sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres. Brasília: 2008. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/cedaw.pdf>>.

PIOVESAN, F. Direitos humanos, civis e políticos: a conquista da cidadania feminina. **Projeto ONU mulheres: O progresso das mulheres no Brasil** p. 58-88. Disponível em: <http://onumulheres.org.br/wp-content/themes/vibecom_onu/pdfs/progresso.pdf>.

RUEDA, R. R. O Femicídio na União Europeia e América Latina. **Assembleia parlamentar Euro-Latino-Americana. – EuroLat**, 2013. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/committees/social/meetings/2013_07_16-17_vilnius/working_doc/ep/940344pt.pdf>.

SANTIAGO, R. A.; COELHO, M. T. A. D. A violência contra a mulher: antecedentes históricos. **Seminário Estudantil de Produção Acadêmica**. 11 v. 1 n. Salvador, 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/313>>.

SANTOS, S. P. **As teorias feministas e a evolução das relações de gênero na sociedade**. Publicatio UEPG- Ciências sociais aplicadas. 20 vol. 2 n. páginas 213-223. Ponta Grossa: 2012. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/sociais/issue/view/346/showToc>>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito. Relator: Augusto de Siqueira. Data de Julgamento: 01/09/2016. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386519536/recurso-em-sentido-estrito-rse-33867920158260368-sp-0003386-7920158260368/inteiro-teor-386519570>>.

SILVA, J. A. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. 212 p. 89-94. Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>>.

_____; C. **A desigualdade imposta pelos papéis de homem e mulher: uma possibilidade de construção da igualdade de gênero**. Revista eletrônica online: Direito em foco. 5ª ed. unisepe: março 2012. Disponível em: <<http://www.unifia.edu.br/projetorevista/artigos/direitoemfoco.html>>.

WAISELFISZ, J. J. Mapa da violência 2012. Atualização: homicídios de mulheres no Brasil. **Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos**. Flacso Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/MapaViolencia2012atualizacaoagosto_HomicidiosMulheres.pdf>.

_____, J. J. Mapa da violência 2015. Homicídios de mulheres no Brasil. **Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos**. Flacso Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/11/MapaViolencia_2015_homicidiodemulheres.pdf>.