



Revista Estudos Feministas

ISSN: 0104-026X

ISSN: 1806-9584

Centro de Filosofia e Ciências Humanas e Centro de
Comunicação e Expressão da Universidade Federal de
Santa Catarina

Messias, Ewerton Ricardo; Carmo, Valter Moura do; Almeida, Victória Martins de
Feminicídio: Sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana

Revista Estudos Feministas, vol. 28, núm. 1, e60946, 2020

Centro de Filosofia e Ciências Humanas e Centro de Comunicação
e Expressão da Universidade Federal de Santa Catarina

DOI: 10.1590/1806-9584-2020v28n160946

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=38163841010>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Informação Científica Redalyc

Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal

Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto

Feminicídio: Sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana

Ewerton Ricardo Messias¹  0000-0002-9175-4865

Valter Moura do Carmo¹  0000-0002-4871-0154

Victória Martins de Almeida¹  0000-0003-4600-5694

¹Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil. 17525-902. falecom@unimar.br



Resumo: Na presente pesquisa tem-se por objetivo analisar a Lei nº 13.104/2015, sua abrangência e hipóteses de aplicação, sua natureza jurídica, o sujeito ativo e o sujeito passivo, e a [in]adequação da qualificadora com o princípio constitucional da igualdade. O método utilizado foi o bibliográfico, visando, a partir do estudo de textos científicos, doutrinários e legais, ao incentivo do debate sobre a violência de gênero, objetivando a evolução cultural e a construção de uma sociedade justa, solidária e igualitária. Em conclusão, aponta-se para o simbolismo parcial exercido pela norma, a aplicabilidade da Lei às mulheres cis e trans, a constitucionalidade e natureza jurídica mista da qualificadora, com traços objetivos e subjetivos, nesta ordem, e, por fim, para os inegáveis equívocos legislativos que sugerem, mais uma vez, o simbolismo penal.

Palavras-chave: feminicídio; violência de gênero; lei nº 13.104/2015.

Femicide: An Analysis From The Perspective Of The Human Person's Dignity

Abstract: This research aims to analyse Law 13.104 / 2015, its scope and hypotheses of application, its legal structure, the perpetrator and the victim, and the [in]adequacy of the aggravation with the constitutional principle of equality. The method used was bibliographical, with a view to using the study of scientific, jurist opinion and legal texts to encourage debate on gender violence, aiming at cultural evolution and the construction of a just, supportive and equal society. In conclusion, the paper addresses the partial symbolism exercised by the Law, its applicability to cis and trans women, the constitutionality and mixed legal structure of the aggravation, covering objective and subjective aspects, in that order, and, finally, the undeniable legislative errors that, once again, suggest penal symbolism.

Keywords: Femicide; Gender Violence; Law nº 13.104/2015.

Introdução

Ainda nos dias atuais, as leis e políticas públicas não são suficientes para impedir que vidas de mulheres sejam brutalmente tiradas. Portanto, o enfrentamento a essas e outras formas de violência de gênero revela-se muito importante.

No Brasil, de 2006 a 2016 a taxa de homicídios contra mulheres cresceu em 6,4%, aumentando de 4.030 em 2006 para 4.645 mulheres assassinadas no ano de 2016 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018, p. 44, 49).

Não há, ao menos até o momento, informações quantificadas sobre feminicídio na base de dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade. Dessa forma, não há como identificar a quantidade de vítimas desse tipo específico de crime no quantitativo de homicídios ocorridos no Brasil (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018, p. 46).

Nesse cenário, observando o fenômeno recorrente de assassinatos de mulheres em ambiente doméstico, promulgou-se a Lei nº 13.104/2015. Contudo, como se poderá observar adiante, seu objetivo é alvo de discussão entre os teóricos do Direito Penal, sendo considerado por parte da doutrina como mero direito penal simbólico.

Atentando ao contexto, objetiva-se, no presente artigo, analisar a Lei nº 13.104/2015, visando à verificação de sua abrangência e hipóteses de aplicação; sua natureza jurídica; o sujeito ativo e o sujeito passivo do crime de feminicídio, e a adequação ou inadequação da qualificadora com o princípio constitucional da igualdade.

A realização da presente pesquisa justifica-se devido à importância do tema, ainda pujante na sociedade atual, em virtude da existência da contínua prática de crimes de violência doméstica e de gênero contra a mulher.

Para a obtenção dos resultados, foi utilizado o método bibliográfico, para, a partir do estudo de textos científicos, doutrinários e legais, incentivar o debate sobre a violência de gênero, visando à evolução cultural e à construção de uma sociedade justa, solidária e igualitária.

Importante salientar o desenvolvimento de pesquisa jurisprudencial, a qual foi realizada nos bancos eletrônicos de jurisprudências dos Tribunais brasileiros, revelando como parte dos julgadores posiciona-se em relação ao tema objeto da presente pesquisa.

Da qualificadora e das hipóteses de cabimento do feminicídio

A Lei nº 13.104/2015 foi promulgada em março de 2015, após anúncio realizado no Dia Internacional da Mulher e, desde então, tem sido alvo de intensos debates acerca de sua necessidade, objetivos, abrangência, natureza jurídica, constitucionalidade, bem como possíveis equívocos legislativos.

A referida Lei incluiu como qualificadora do crime de homicídio a figura do feminicídio, prevista no inciso VI, do Art. 121 do Código Penal, como o homicídio praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” e, mais adiante, nos incisos I e II, do §2º-A, do Código Penal, encarregou-se em delimitar o que se consideram “razões de condição de sexo feminino” para efeito da citada Lei, quais sejam “violência doméstica e familiar; e menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (BRASIL, 2015).

A introdução da qualificadora trouxe como consequência imediata a ampliação do rol de crimes hediondos, visto que o Art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) elenca, nesta qualidade, entre outros, o crime de homicídio praticado na modalidade qualificada (BRASIL, 1990).

Ao contrário do que muitos pensam, o feminicídio não constitui algo inédito nas legislações, haja vista que muito antes de passar a vigorar no Brasil, tal crime já existia em legislações de outros países da América Latina, tais como Costa Rica, que o inseriu em 2007, Guatemala, no ano seguinte, Chile, em 2010, Peru, 2011, e El Salvador, México e Nicarágua, em 2012 (Ana Isabel Garita VILCHEZ, 2013, p. 48). Dandara Oliveira de Paula (2018, p. 6) observa que, entre os anos de 2010 e 2015, o número de países latino-americanos que definiram feminicídio em seus códigos legais aumentou de quatro para dezenas; no entanto, há que se ampliem as ferramentas de aplicação legal, bem como as campanhas de conscientização da sociedade sobre o assunto para que resultados factíveis possam ser alcançados.

Importante expor, a título de informação, que, segundo pesquisa realizada por Julio Jacobo WAISELFISZ (2015, p. 27) e inserida no Mapa da Violência de 2015, o Brasil ocupa o vergonhoso 5º (quinto) lugar no ranking de países com mais mortes de mulheres, dentre os 83 (oitenta e três) países analisados.

Consoante a Lei nº 13.104/2015, o feminicídio consiste no homicídio praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, entendendo-se como razões da condição de sexo feminino, para fins legais e de acordo com os incisos I e II do § 2º-A, do Art. 121 do Código Penal, o crime cometido no contexto de violência doméstica e familiar, bem como o crime cometido em virtude de menosprezo ou discriminação à condição de mulher, conforme exposto acima (BRASIL, 2015).

A primeira hipótese, apesar das controvérsias doutrinárias que serão objeto de análise adiante, tem natureza objetiva, incidindo o homicídio cometido contra a mulher no contexto de violência doméstica e familiar.¹ Acerca da delimitação do que seja considerada violência doméstica e familiar contra a mulher, importante se faz a existência do contido no Art. 5º, da Lei nº 11.340/06, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, o qual, *in verbis*, prevê que:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram parentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

¹ Observa-se que o legislador se equivocou ao inserir o conectivo “e” em vez de “ou” na redação do artigo I, do § 2º-A, do Art. 121 do Código Penal, passando ao intérprete a ideia de adição das duas circunstâncias, e não de alternatividade. Isso porque nem toda violência doméstica se enquadra como familiar, e vice e versa.

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitAÇÃO.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Cumpre salientar que, em geral, os homicídios praticados contra mulheres, diferente dos homicídios praticados contra homens, ocorrem em ambiente doméstico, onde muitas vezes a vítima já vinha sofrendo calada a violência, que, lamentavelmente, cessa-se com a sua morte.

A segunda hipótese prevista na Lei nº 13.104/2015, por seu turno, é umbilicalmente ligada ao fator subjetivo e se caracteriza pela discriminação ou menosprezo à condição de mulher como motivação para a prática do crime. Nesse caso, o operador do Direito deve adentrar a análise da vontade do agente para desvendar o real motivo para a prática do crime, caracterizando a qualificadora tão somente se restar comprovado que o delito se deu em virtude de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

É válido ressaltar que o legislador não inseriu a qualificadora para ser aplicada de forma indistinta, pura e simplesmente em face do assassinato de mulheres. Pelo contrário, para a caracterização do feminicídio é necessário que o crime de homicídio (matar alguém) seja praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, nos moldes delimitados pela Lei nº 13.104/2015, que inseriu parágrafos e incisos no Art. 121 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 2015).

Ademais, insta salientar que se admite a tentativa de homicídio qualificada pelo feminicídio e, por razões óbvias, não se admite a figura culposa, pois o crime de feminicídio somente existe na modalidade dolosa, conforme previsto no Art. 121, §2º, inciso VI c.c. Art. 121, §2º-A, incisos I e II do Código Penal, dispositivos legais que silenciam acerca da possibilidade de existência deste crime na modalidade culposa, aplicando-se, portanto, o previsto no Art. 18, parágrafo único, do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940).

Natureza jurídica da qualificadora

As posições acerca da natureza jurídica da qualificadora do feminicídio são variadas. De Plácido e Silva (1997) define que a natureza, "[...] na terminologia jurídica, assinala, notadamente, a essência, a substância ou a compleição das coisas" (p. 230).

Para alguns, como Guilherme de Souza Nucci (2017), a qualificadora possui natureza inteiramente objetiva. Tal teórico do Direito Penal, ao argumentar que o feminicídio se trata de qualificadora objetiva em sua totalidade, aduz que a norma "[...] se liga ao gênero da vítima: ser mulher" (p. 46-47).

Para outros, como Rogério Sanches Cunha (2015), Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2015, p. 21), não há como se pensar em feminicídio de natureza objetiva, caracterizando a qualificadora como de natureza subjetiva em sua totalidade. Já para Luciano Anderson de Souza e Paula Pécora de Barros (2016, p. 270-271), adeptos da terceira corrente doutrinária, a qual, apesar de não ser majoritária, traz maior coerência à interpretação normativa, a natureza da qualificadora é mista, carregando traços objetivos e subjetivos, respectivamente nos incisos I e II.

Para os adeptos desta tese, seria possível a aplicação das qualificadoras previstas nos incisos I e II, do §2º, do Art. 121 do Código Penal, nos casos dos crimes cometidos nos moldes previstos nos incisos I e II, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal, em virtude das primeiras serem de ordem subjetiva e das segundas serem de ordem objetiva. Neste sentido, o posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça (STJ) está contido nos julgados abaixo, obtidos por meio de pesquisa ao banco eletrônico de jurisprudências do STJ:

1. Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do animus do agente. **Assim, não há se falar em ocorrência de bis in idem no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva.** 2. A sentença de pronúncia só deverá afastar a qualificadora do crime de homicídios e completamente dissonante das provas carreadas aos autos. Isso porque o referido momento processual deve limitar-se a um juízo de admissibilidade em que se examina a presença de indícios de autoria, afastando-se, assim, eventual usurpação de competência do Tribunal do Júri e de risco de julgamento antecipado do mérito da causa.
3. Habeas corpus denegado (Habeas Corpus nº 433.898 - RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018c) [grifo nosso].

Ainda nesse sentido, argumentou o Ministro Felix Fischer no Recurso Especial nº 1.707.113:

Considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre

que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o *animus* do agente não é objeto de análise (Recurso Especial nº 1.707.113 - MG, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 29/11/2017, DJe07/12/2017).

Na mesma toada, para os adeptos dessa tese, a aplicação das causas de diminuição de pena, previstas no §1º, do Art. 121 do Código Penal, também seria possível, em ambos os casos (incisos I e II), já que não há empecilho na convivência de qualificadoras objetivas com o privilégio, que considera aspectos subjetivos para sua aferição. Vejamos:

[...] Preambularmente, insta salientar que não pairam dúvidas ao derredor da autoria e materialidade delitiva, tampouco houve impugnação quanto à tipificação legal dada aos fatos, sendo, à vista dos autos, **incontroverta a prática, pelo réu, do crime de homicídio qualificado (feminicídio), na forma privilegiada** [...] (Recurso Especial nº 1.721.370 - BA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 23/02/2018, DJe 28/02/2018a) [grifo nosso].

Em outra linha de pensamento encontram-se as concepções de Bianchini e Gomes (2015), que lecionam que a natureza jurídica do feminicídio é subjetiva em sua totalidade. Logo, não há possibilidade do reconhecimento de qualquer privilégio: “É impossível pensar num feminicídio, que é algo abominável, reprovável, repugnante à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provação da vítima” (p. 21).

A tese de que o feminicídio é de natureza objetiva é majoritária em detrimento da tese de que seja ele de natureza subjetiva, no entanto, encontram-se julgados no sentido de que o feminicídio tem natureza subjetiva, como o julgado de lavra do Desembargador Corrêa Camargo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Nos termos da sistemática do Código Penal, **torna-se incompatível o reconhecimento do Homicídio privilegiado, de natureza subjetiva, com a qualificadora do feminicídio, de mesma natureza**, havendo, portanto, nítida contradição entre elas. Preliminar acolhida. Mérito dos recursos prejudicados (TJ-MG - APR: 10271160070725001 MG, Relator: Corrêa Camargo, Data de Julgamento: 14/03/2018b) [grifo nosso].

Concordando com essa teoria, de igual maneira não se admitiria a aplicação da qualificadora em concomitância com as demais qualificadoras da mesma natureza (subjetiva), sob pena de *bis in idem*.²

Diante da jurisprudência e da doutrina majoritária, as quais atribuem natureza objetiva ao feminicídio, tanto diante da incidência da qualificadora do inciso I quanto do inciso II, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal, conforme acima explanado, seria possível incidência das causas de diminuição de pena previstas no §1º, do Art. 121 do Código Penal, pois essas têm natureza subjetiva, sendo, portanto, compatíveis com a natureza objetiva do feminicídio.

Da mesma maneira, seria possível a aplicação do feminicídio em concomitância com as qualificadoras dos incisos I, última parte (motivo torpe), e II (motivo fútil), do §2º; do Art. 121 do Código Penal, sem que se reconhecesse a existência de *bis in idem*.

Para os adeptos da terceira corrente, como Souza e Barros (2016, p. 271), os incisos I e II, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal representam, respectivamente, traços de qualificadora de ordem objetiva e subjetiva, apesar do dado objetivo “violência doméstica e familiar” ter sido inserido equivocadamente dentro de circunstâncias de natureza subjetiva (“em razão do sexo feminino”).

No caso do inciso I, do Art. 2º-A, do Código Penal, a natureza objetiva do feminicídio incidirá da caracterização do contexto de violência doméstica e familiar. Portanto, o simples fato de o homicídio contra a mulher ter sido praticado no âmbito da unidade domiciliar, no âmbito da família ou de qualquer relação íntima de afeto, autoriza a incidência da qualificadora prevista em tal inciso.

Nessa circunstância despicienda a realização de qualquer juízo de valor sobre a real motivação, ou seja, o operador do Direito não precisará analisar a psique do agente ativo para buscar a sua real intenção (vontade), basta a ocorrência do crime no contexto de violência doméstica e familiar e a qualificadora estará caracterizada.

Dessa forma, em que pesem as controvérsias doutrinárias, é perfeitamente possível a convivência do feminicídio na hipótese de violência doméstica e familiar do inciso I, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro com a causa de diminuição de pena prevista no §1º, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, haja vista que o inciso possui clara natureza objetiva, ligada ao local de sua ocorrência, sendo possível, desta feita, que tal crime ocorra em virtude dos motivos previstos no §1º. Já com relação à aplicação da qualificadora do inciso I, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro em concomitância com as qualificadoras dos incisos I, última parte, e II,

² O *bis in idem* é um fenômeno do Direito que consiste na repetição (*bis*) de uma sanção sobre mesmo fato (*in idem*) na mesma esfera do Direito. Por exemplo, um indivíduo receber duas penas, na esfera do Direito Penal, em virtude de um mesmo fato praticado por ele. O Direito Penal é o ramo do Direito que trata sobre as condutas que, se praticadas por um indivíduo, são consideradas como crime.

do §2º, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, não há que se reconhecer eventual arguição de *bis in idem*, dadas as naturezas jurídicas diversas, uma vez que a primeira possui natureza objetiva e as últimas possuem natureza subjetiva.

No entanto, a qualificadora prevista no inciso II, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal, respeitados os entendimentos contrários, possui natureza subjetiva, visto que, para sua incidência, há que se comprovar que o agente ativo praticou o crime imbuído de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Para tanto, há que se valorar o elemento volitivo, vontade do agente ativo, para que se possa reconhecer a incidência de tal qualificadora. Nesse caso, o operador do Direito precisa realizar uma análise subjetiva na psique do agente ativo para identificar se o crime teve como força motriz (elemento volitivo) o menosprezo ou a discriminação da condição de mulher da vítima. Tal análise deve ser realizada com considerável grau de responsabilidade por parte do operador do Direito, devendo contar com o auxílio, se assim entender necessário, de profissionais de saúde mental, visando à aplicação da qualificadora do inciso II, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal, tão somente nos casos em que seja constatado que o motivo determinante do crime coincide perfeitamente com a descrição contida na norma penal, evitando, dessa forma, a banalização do uso da qualificadora.

Nessa hipótese, admitindo a natureza subjetiva do inciso II, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, não é possível a convivência do feminicídio com a causa de diminuição de pena prevista no §1º; bem como com as qualificadoras dos incisos I, última parte, e II, do §2º, todos do Art. 121 do Código Penal brasileiro.

Isso porque o feminicídio praticado na hipótese de menosprezo ou de discriminação da condição de mulher possui clara natureza subjetiva, ligada à condição de mulher. A incidência das causas de diminuição de pena do §1º, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, revela-se de impossível aplicação para os crimes qualificados pelo inciso II, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, pois não há como se conceber, quer jurídica quer socialmente, que o agente ativo possa matar uma mulher, em virtude de menosprezo ou de discriminação da sua condição de mulher, impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, pois a comprovação do elemento volitivo que caracteriza a qualificadora do inciso II, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, impede o reconhecimento, moral e legal, de incidência das citadas causas de diminuição de pena.

Especificamente no que se refere à incidência das qualificadoras dos incisos I, última parte, e II, do §2º, juntamente com a qualificadora do inciso II, do §2º-A, todos do Art. 121 do Código Penal brasileiro, verifica-se a sua inviabilidade jurídica, pois caracterizado estaria o *bis in idem*, uma vez que, matar uma mulher em virtude de menosprezar sua condição de mulher constitui um motivo torpe, ao passo que matar uma mulher em virtude de discriminá-la sua condição de mulher constitui um motivo fútil.

De qualquer forma, apesar dos posicionamentos discrepantes, é certo que qualificadoras de ordem subjetiva não convivem entre si, podendo ser aplicadas em concomitância somente com qualificadoras de natureza objetiva. De igual forma, entende-se que as causas de diminuição de pena de natureza subjetiva somente podem incidir nos casos de crimes cujas qualificadoras sejam de natureza objetiva.

Dos agentes ativo e passivo da qualificadora do feminicídio

Quanto ao sujeito passivo da qualificadora, a norma estabelece sua aplicação em razão do sexo, frise-se, feminino. Nessa toada têm-se duas principais correntes dividindo o tema. A primeira delas leciona que o termo “sexo”, utilizado no texto da qualificadora, é fator biológico, determinado pelo par de cromossomos XX, enquanto a segunda assevera se tratar de fator jurídico, determinado pela documentação do sujeito aliada à cirurgia de alteração de sexo.

No entanto, antes de expor os argumentos de uma e de outra corrente doutrinária, cumpre salientar que, inicialmente, o projeto formulado pelo Senado Federal, mais precisamente pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – Violência Contra a Mulher no Brasil, contava com a expressão “gênero”, que foi suprimida na Câmara dos Deputados por meio da Emenda de Redação nº 1 ao Projeto de Lei nº 8.305/2014, cedendo espaço à expressão “condições do sexo feminino”.³

Entretanto, como bem adverte Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2015), apesar da alteração ter sido intitulada como Emenda de Redação, restou claro que seu objetivo consistiu em restringir a abrangência do projeto sem que o mesmo fosse devolvido à Casa de origem para nova análise, não configurando, portanto, mera Emenda de Redação.

Em verdade, a alteração no projeto se deu com o objetivo de incluir somente mulheres *cis*⁴ no polo passivo da qualificadora, excluindo, em virtude da expressão “sexo”, a aplicação às

³ Informação retirada do endereço eletrônico da Câmara dos Deputados.

⁴ Mulheres que têm sexo biológico e identidade de gênero feminino.

mulheres *trans*⁵ (CASTILHO, 2015, p. 4). Contudo, como mencionado acima, a concepção do termo “sexo” não é unânime na doutrina.

Adentrando a primeira teoria, que se caracteriza pelo conservadorismo representado pelo binarismo sexual, tem-se que sexo, por mais polêmica que seja a discussão, é dado biológico, dividido em feminino e masculino e, ainda, em casos raros, intersexuais ou hermafroditas, que nascem com duas genitálias, feminina e masculina, porém uma predominante.

Para essa corrente, o texto legal é límpido no sentido de abranger somente mulheres *cis* e afastar a aplicação às mulheres transexuais (*trans*). Sob essa ótica, Francisco Dirceu Barros (2015) assevera:

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

Para tal corrente doutrinária, a extensão da aplicação da qualificadora do Art. 121, §2º, inciso VI c.c. §2º-A, inciso II, do Código Penal brasileiro, às mulheres *trans* ofenderiam os princípios basilares inerentes ao direito penal, consistentes na estrita legalidade, taxatividade e vedação à analogia *in malam partem*⁶ e, por tal motivo, sua extensão seria meramente impossível, uma vez que, em brevíssima síntese, a conduta praticada pelo agente deve se enquadrar perfeitamente à conduta tipificada como crime, inibindo a aplicação de analogia em prejuízo do réu. Além disso, a tipificação deve se apresentar de forma clara e precisa, de modo a não gerar dúvidas sobre a caracterização da infração penal. Sobre tal temática, dissertam Souza e Barros (2016), afirmando que:

A lei deve, portanto, definir com precisão a conduta proibida, e para isso as expressões não podem ser imprecisas ou ambíguas. A partir desse corolário, aduz-se o princípio da taxatividade, no qual o legislador deve determinar explicitamente as condutas subsumidas no tipo penal, assim como o princípio da proibição da analogia *in malam partem* (p. 270).

De outro giro têm-se os defensores da segunda corrente doutrinária, que segue uma tendência interpretativa que se adapta melhor à realidade em que a sociedade vive nos dias atuais. De acordo com esse entendimento, a mulher *trans* pode figurar no polo passivo do feminicídio, desde que presentes dois requisitos, quais sejam a mudança de sexo e a alteração jurídica nos registros civis, de forma a atender ao elemento essencial do tipo penal previsto no Art. 121, §2º, inciso VI c.c. §2º-A, inciso II do Código Penal brasileiro, qual seja a condição do sexo feminino, compreendida, entre outras coisas, como menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015).

Seguindo essa linha de pensamento, pode-se citar o caso pioneiro da denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra um indivíduo que assassinou sua companheira, uma mulher *trans*, na cidade de São Paulo. Na peça de acusação, o Promotor de Justiça Flávio Farinazzo Lenza (2016) justificou:

Inegavelmente, a vítima se comportava como mulher, até mesmo com nome social de conhecimento notório, mantendo relação amorosa com um homem, utilizando vestes e cabelos femininos, além de já ter realizado procedimentos cirúrgicos para adequação do corpo, como a manipulação de silicone nos seios (p. 159).

Nessa esteira, Souza e Barros (2016) pontuam sobre a necessidade e possibilidade da extensão da qualificadora às mulheres *trans*:

É inegável a necessidade da Lei do Feminicídio ser aplicada para as mulheres transexuais, vez que foi criada para reduzir o alto índice de violência contra a mulher, do qual também sofrem as “mulheres *cis*” (mulheres que têm identidade de gênero e sexo biológico feminino), assim como as “mulheres *trans*” (mulheres com sexo biológico masculino e identidade de gênero feminina), as quais podem igualmente figurar como sujeitos passivos, ao serem vitimadas pela reprodução do modelo de violência machista (p. 269).

Seguindo a mesma lógica, homens transexuais que realizaram a mudança cirúrgica de sexo, de feminino para masculino, e realizaram a alteração jurídica nos registros civis, do gênero feminino para o masculino, não seriam abrangidos pela norma. Entende-se que essa última corrente doutrinária melhor representa os objetivos *in these* da norma, e protege também as mulheres *trans*, que igualmente suportam os dissabores da discriminação e violência doméstica.

Contudo, em que pese o posicionamento citado, admite-se que uma interpretação literal da Lei poderia apontar para a sua não aplicação às mulheres *trans*, com base nos princípios da estrita legalidade, da taxatividade e da vedação à analogia *in malam partem*.

⁵ Mulheres que têm sexo biológico alterado de masculino para feminino por meio de intervenção cirúrgica e identidade de gênero alterada de masculina para feminina por meio de alteração jurídica nos registros civis.

⁶ A vedação da analogia *in malam partem* significa a proibição da utilização de uma interpretação analógica em prejuízo do acusado.

No entanto, em um Estado Democrático de Direito, tais princípios não possuem contornos absolutos, sendo que devem ser interpretados em conjunto com os fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre eles o fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no Art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988; e com os direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida digna e à inviolabilidade da honra, da vida privada e da imagem da pessoa humana, previstos, respectivamente, no Art. 5º, *caput* e inciso X da Constituição Federal de 1988. Flávio Henrique Franco Oliveira (2014) explica que:

A valorização da pessoa humana se exprime juridicamente pelo princípio constitucional fundamental da sua dignidade, o qual assegura o mínimo respeito ao ser humano. O ser digno e a personalidade possuem um vínculo inquebrantável, e estes consistem em atributos situados como direitos primeiros do ser humano (p. 103).

Nesse mérito, a interpretação jurídica deve ser conduzida pela dignidade da pessoa humana, com fundamento no Art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, de maneira a contemplar os direitos fundamentais à vida digna de ser vivida, à inviolabilidade da honra, da vida privada e da imagem da pessoa humana, previstos, respectivamente, no Art. 5º, *caput* e inciso X da Constituição Federal de 1988, de forma a incluir a mulher transexual como agente passivo da qualificadora.

Vida digna é aquela vivida com dignidade, sendo a dignidade entendida como um fim material, um objetivo, “[...] que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens (saúde, segurança, meio ambiente ecologicamente equilibrado, educação, entre outros) [...] que fazem com que a vida seja ‘digna’ de ser vivida” (Joaquín Herrera FLORES, 2009, p. 37).

Dados empíricos reforçam a necessidade de tal tipo de interpretação. Dentre eles podem-se citar os dados referentes à expectativa de vida das mulheres transexuais, que é de apenas 35 (trinta e cinco) anos de vida, ao passo que a média nacional é de 75 (setenta e cinco) anos de vida, ou seja, mais do que o dobro daquela, segundo matéria publicada pelo site G1 (2017).

Cabe ressaltar que existem outras teorias que circundam o tema, entre elas as que defendem que somente a averbação jurídica como mulher bastaria para que a vítima pudesse figurar no polo passivo da qualificadora e as que afirmam que se deveria considerar somente o gênero a que a vítima pertence.

Entretanto, tais teorias se apresentam inviáveis em termos de aplicabilidade, pelos motivos acima expostos. Ademais, o tema abrange inúmeras hipóteses que devem ser tratadas uma a uma, e merecem, para tanto, estudo próprio e apartado.

Apenas a título de informação, quanto à aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), é pacífica a extensão de sua aplicação às mulheres transexuais, porém, neste caso, vale lembrar que a Lei não prevê crimes, com exceção do Art. 24-A inserido recentemente, e sim confere medidas protetivas, não havendo, portanto, óbice à sua aplicação. Neste sentido, o Enunciado FONAVID nº 46 (2017) prevê que a lei Maria da Penha se aplica às mulheres *trans*, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006.

Por derradeiro, quanto ao sujeito ativo do crime, a lei nada previu, tratando-se, portanto, de crime comum, ou seja, que qualquer sujeito pode cometer, desde que, por óbvio, pratique o homicídio em virtude de razões de condição de sexo feminino, em consonância com o dispositivo legal.

A qualificadora do feminicídio: sua constitucionalidade e eventuais incongruências

Parte da doutrina classifica o feminicídio como mero direito penal simbólico criado no intuito de satisfazer aos clamores populares e não propriamente para reprimir a incidência do crime, tratando-se a repressão de forma subsidiária ao simbolismo exercido pela inserção da norma no ordenamento jurídico. Carmo e Messias (2017) explicam que:

Há que se concordar com a afirmação da existência de indistinção entre as expressões sistema jurídico e ordenamento jurídico, podendo ir além, ao reconhecer a indistinção entre essas e a expressão Direito, vez que se revelam, todos, como um sistema composto pelo direito positivo, pela Ciência do Direito e pela linguagem social que compõem a norma jurídica, a qual se projeta sobre a região material das condutas humanas, disciplinando-as nas suas relações de intersubjetividade, tendo por objeto a realidade social (p. 195).

Acerca do simbolismo, Paulo de Souza Queiroz (2005) assevera que:

Sustenta-se que a função simbólica é aquela pela qual não se objetiva, através do instrumental punitivo do Estado, a resolução efetiva de conflitos de interesses sociais. O objetivo da pena e do Direito Penal para a visão simbólica é apenas a produção na opinião pública de uma impressão de tranquilidade gerada por um legislador diligente e supostamente consciente dos problemas gerados pela criminalidade (p. 52).

Os críticos sustentam que o homicídio praticado em razão do sexo incidiria na qualificadora de motivo torpe ou mesmo fútil, prevista, respectivamente, no Art. 121, § 2º, inciso I, última parte, e II do Código Penal, acarretando, *in these*, a desnecessidade da Lei nº 13.104/2015, argumentação que se revela coerente quando se pensa no feminicídio praticado em razão do menosprezo ou discriminação à condição de mulher, que, como exposto no item 2, se entende tratar de questão subjetiva, a qual se qualifica em virtude da motivação do agente que, no caso, enquadrar-se-ia na torpeza ou na futilidade.

Por outro lado, desdobrando o argumento, outra parte da doutrina sustenta que, embora o fato indique extrema torpeza, o entendimento jurisprudencial e doutrinário, apesar de majoritário, não se revelava unânime, motivo pelo qual havia a necessidade de tornar a aplicação mais objetiva, delimitando sua incidência de forma clara. Nesse sentido dispõem Bianchini e Gomes (2015):

A rigor, o Feminicídio já poderia (e, em alguns casos, já era) classificado como crime hediondo (homicídio por motivo torpe, fútil, etc.). Afinal, não há como negar torpeza na ação de matar uma mulher por discriminação de gênero (matar uma mulher porque usa minissaia ou porque não limpou corretamente a casa ou porque deixou queimar o feijão ou porque quer se separar ou porque depois de separada encontrou outro namorado, etc.). Mas esse entendimento não era uniforme. Daí a pertinência da nova lei, para dizer que todas essas situações configuram indiscutivelmente crime hediondo (p. 18).

No caso do Art. 121, §2º-A, inciso II, há que se reconhecer o simbolismo exercido pela norma, já que a qualificadora é somente de ordem subjetiva, caracterizada, em suma, pela motivação (torpe ou fútil) do agente, o que, portanto, se reconhecida, incidiria, por óbvio, em uma das qualificadoras relativas à motivação, previstas no Art. 121, §2º, inciso I, última parte, e inciso II do Código Penal. Nessa ótica, a qualificadora desempenha o papel de demonstrar que o Estado se preocupa com a violência contra a mulher, revelando o seu papel simbólico.

Contudo, cabe lembrar que a qualificadora não se restringe ao dado subjetivo presente no inciso II, que caracterizaria, sem sombra de dúvidas, a torpeza ou a futilidade.

A norma vai adiante e também qualifica o homicídio praticado no cenário de violência doméstica e familiar, determinando a incidência da qualificadora de forma objetiva e clara, fazendo com que um homicídio praticado no contexto de violência doméstica e familiar, que anteriormente poderia ser taxado como um homicídio simples, caso não se enquadrasse em nenhuma das qualificadoras, agora seja, de forma objetiva, reconhecido como homicídio qualificado, pelo fato de ter sido cometido nesse cenário.

A caracterização límpida da qualificadora é importante para garantir maior segurança em sua aplicação, trazendo mais certeza na punição mais rigorosa ao criminoso e, por esse motivo, faz-se necessária e coerente.

No tocante à constitucionalidade do feminicídio, muito se questiona se a qualificadora afronta o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres, que prevê que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, nos termos do Art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Insta ressaltar, primeiramente, que a inserção do feminicídio, de modo geral, evidenciou a existência da violência de gênero sofrida por muitas mulheres, *cis* ou *trans*, em decorrência, simplesmente, da condição de mulher.

Além disso, a implantação da qualificadora revelou certa preocupação Estatal com a violência suportada pelas mulheres, reconhecendo que o Estado, por meio de seus mecanismos próprios, deve atuar nesses casos, já que a violência de gênero é um problema que carece de atenção estatal. Luana Bandeira de Mello Amaral, Thiago Brasileiro de Vasconcelos, Fabiane Elpídio de Sá, Andrea Soares Rocha da Silva e Raimunda Hermelinda Maia Macena (2016) explicam que: “Apesar das políticas de proteção e apoio à mulher para diminuição da violência, esta ainda apresenta números elevados e atinge mulheres em diferentes contextos de vulnerabilidade” (p. 534).

Há quem defenda que a inclusão da Lei nº 13.104/2015 é algo discriminatório e paternalista, que reforça o estereótipo de “sexo frágil” conferido às mulheres, porém as maiores críticas giram em torno da constitucionalidade da Lei.

Os críticos afirmam que a norma é inconstitucional por ferir o já citado princípio da igualdade, pois, para os adeptos dessa corrente doutrinária, a Lei dá mais relevância à vida da mulher em detrimento da vida do homem. Nesse sentido, pontua Euro Bento Maciel Filho (2014):

Para que fique bem claro, não se está aqui afirmando que a inclusão do “feminicídio” no Código Penal seria um exagero, porém, em termos bem objetivos, é evidente que o novo tipo penal é, sem dúvida, “discriminatório”.

[...]

Em termos mais claros, nota-se que o legislador criou um *discrimen* entre homens e mulheres. De fato, o homem, ainda que venha a ser vítima de “violência doméstica”, não terá a mesma proteção legal que ora se pretende ver conferida à mulher [grifo do autor].

A discussão acerca da constitucionalidade da norma também ocorreu, sob o mesmo argumento, na Guatemala e no México, os quais inseriram a figura do feminicídio, respectivamente, nos anos de 2008 e 2012. Importante salientar que nesses países prevaleceu a constitucionalidade da Lei.

Apesar das críticas, no Brasil também prevalece a tese da constitucionalidade da Lei nº 13.104/2015, haja vista que em situações dispares pode o legislador impor diferenciação no tratamento, visando, justamente, ao alcance da paridade. Nesse sentido, afirma Luiz Alberto David Araújo (2006):

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas (p. 134).

Trata-se da aplicação material do princípio da igualdade, entendido no sentido de equidade, o qual encontra sua realização na máxima de que se devem tratar os iguais na medida de sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade, pois “[...] não há como desequiparar pessoas em situações quando nelas não se encontram fatores desiguais” (Celso Antônio Bandeira de MELLO, 2012, p. 35 [grifo do autor]).

No âmbito da presente pesquisa, a criação da Lei nº 13.104/2015 revela que tal diferença material é latente, conforme o exposto nos itens anteriores.

Assim, a Lei nº 13.104/2015 revela-se constitucional, vez que se alinha ao princípio da igualdade, previsto no *caput*, do Art. 5º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), pois existe uma “correlação lógica” entre a conduta, qual seja o homicídio praticado contra mulheres no contexto da violência doméstica e familiar; ou em razão de menosprezo ou discriminação à condição de mulher; e a norma tomada em conta e o regramento de qualificadora que se lhe deu, sendo esta “correlação lógica”, como dito, compatível com o princípio da igualdade (MELLO, 2012, p. 17), pois a diferença relacionada à compleição física entre homens e mulheres coloca as mulheres em situação de vulnerabilidade diante de seus algozes.

A fixação de tratamento diferenciado, também conhecida como discriminação positiva ou ação afirmativa, está presente em nossa legislação em diferentes situações, entre elas, as cotas para afrodescendentes, as cotas para deficientes físicos e as cotas para pessoas hipossuficientes ingressarem, por exemplo, em universidades, como é o caso do Programa Universidade para Todos (ProUni). Sandro César Sell (2002) explica que as ações afirmativas são:

[...] uma série de medidas destinadas a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo), ou sociológicas (como etnia e religião), que marcam a identidade de certos grupos na sociedade (p. 25).

No âmbito internacional, pode-se citar a Convenção nº 89, de 1948, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957, revigorado pelo Decreto nº 95.461, de 11 de dezembro de 1987, que proibia o trabalho noturno das mulheres, exceto daquelas que ocupavam postos diretivos ou de caráter técnico, mulheres que trabalhavam em serviço de saúde, higiene e bem-estar e que, normalmente, não desenvolviam trabalho manual, conforme interpretação sistemática dos Arts. 3º e 8º, da Convenção nº 89/1948.

Também se pode citar a Convenção nº 100, de 1948, igualmente ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957, revigorado pelo Decreto nº 95.461, de 11 de dezembro de 1987, a qual trata sobre a “[...] Igualdade de Remuneração para a mão-de-obra Masculina e a mão-de-obra Feminina por um Trabalho de Igual Valor” (BRASIL, 1957).

Todas essas ações afirmativas foram propostas a fim de igualar as oportunidades dos indivíduos, de modo que, apesar do tratamento diferenciado, o objetivo, em suma, é conferir igualdade material, justificando a diferenciação.

A Lei nº 13.104/2015 trouxe consigo também algumas incongruências, principalmente no que se refere ao Art. 121, §7º, incisos I, II e III, do Código Penal. Tal Lei introduziu as causas de aumento de pena relativas ao feminicídio, prevendo um aumento de pena entre 1/3 (um terço) a 1/2 (metade) se o crime for praticado durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; ou na presença de descendente ou de ascendente da vítima (BRASIL, 1940).

Todas as causas de aumento de pena acima citadas justificam-se em face da maior repugnância do fato, revelando grau de reprovabilidade ainda mais elevado e, justamente por este motivo, são alvo de inúmeras críticas, as quais apontam um possível equívoco legislativo. Nesse sentido, Gamil Föppel El Hireche e Rudá Santos Figueiredo (2015) tecem críticas ao tema:

Vê-se que o inciso II replica disposição que, anteriormente, já majorava a pena de homicídios dolosos. Quanto ao inciso III, se observa o caráter seletivo e violador da isonomia da nova

legislação: um homicídio praticado contra a mulher, em contexto de violência doméstica e em condições de menosprezo de gênero, na presença do cônjuge ou companheiro, não majora o crime.

Quanto ao inciso I, vê-se que viola o princípio da proporcionalidade ao veicular um aumento de pena injustificada em relação a pessoas do sexo feminino que se encontrem nos três meses após o parto. Razoabilidade alguma há nisso, além do que o período (três meses e não seis meses ou um ano) foi arbitrariamente escolhido.

As dúvidas e indagações residem no seguinte questionamento: se tais circunstâncias têm maior grau de censurabilidade, por que se aplicam somente à qualificadora do feminicídio e não a todas as hipóteses de homicídio? Nessa lógica, o fato de o feminicídio ter sido praticado na presença de descendente ou de ascendente da vítima deveria ser aplicado ao homicídio de modo geral, haja vista que um caso é tão reprovável quanto o outro.

O mesmo se aplica às demais causas de aumento de pena previstas no Art. 121, §7º, e seus incisos do Código Penal.

Esse equívoco legislativo, também chamado de incongruência legislativa, levanta a questão do direito penal simbólico para os defensores dessa teoria. Isso porque, em termos populares, observa-se um peso e duas medidas, já que circunstâncias que em qualquer caso representariam um maior grau de reprovabilidade acabaram por ocupar espaço somente no caso do crime de feminicídio.

Considerações finais

Atualmente, as mulheres alcançaram uma enorme gama de direitos; no entanto, há ainda uma grande diferença entre homens e mulheres, diferença esta que fulmina de morte o direito fundamental à igualdade material, qual seja a diferença relacionada à compleição física, que no mais das vezes coloca as mulheres em situação de vulnerabilidade diante de seus algozes.

Essa desigualdade e a constatação do aumento do número de homicídios contra mulheres, cometidos principalmente por homens no ambiente domiciliar e familiar, ou motivados simplesmente pelo menosprezo ou pela discriminação à condição de mulher, levaram o legislador a editar a Lei nº 13.104/2015 e, com ela, o termo feminicídio foi inserido no ordenamento jurídico pátrio para identificar, justamente, os homicídios de mulheres cometidos em virtude, simplesmente, da condição de sexo feminino, entendendo-se como razões da condição de sexo feminino, para fins legais e conforme os incisos I e II do § 2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, o crime cometido no contexto de violência doméstica e familiar, bem como o crime cometido em virtude de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Segundo a pesquisa realizada, a corrente doutrinária que entende que a qualificadora do feminicídio possui natureza mista, em que pese não ser a corrente majoritária, revela-se como a que confere maior coerência à interpretação normativa atual.

A hipótese prevista no inciso I, do § 2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, apesar das controvérsias doutrinárias existentes, as quais foram abordadas no âmbito da presente pesquisa, tem natureza objetiva, incidindo ao homicídio cometido contra a mulher no contexto de violência doméstica e familiar.

Em que pesem as controvérsias doutrinárias, é perfeitamente possível a convivência do feminicídio na hipótese de violência doméstica e familiar do inciso I, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro; com a causa de diminuição de pena prevista no §1º, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, haja vista que aquele inciso possui clara natureza objetiva, ligada ao local de sua ocorrência, sendo possível, desta feita, que tal crime ocorra em virtude dos motivos previstos no §1º.

Com relação à aplicação da qualificadora do inciso I, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro em concomitância com as qualificadoras dos incisos I, última parte, e II, do §2º, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, não há que se reconhecer eventual arguição de bis in idem, dadas as naturezas jurídicas diversas, uma vez que a primeira possui natureza objetiva e as últimas possuem natureza subjetiva.

A hipótese prevista no inciso II, do § 2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, por seu turno, é umbilicalmente ligada ao fator subjetivo e se caracteriza pela discriminação ou menosprezo à condição de mulher como motivação para a prática do crime.

Neste caso, para a caracterização do feminicídio, é necessário que o crime de homicídio (matar alguém) seja praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, nos moldes delimitados pela Lei nº 13.104/2015, que inseriu parágrafos e incisos no Art. 121 do Código Penal brasileiro.

Para tanto, há que se valorar a vontade do agente ativo, para que se possa reconhecer a incidência de tal qualificadora. Nessa hipótese, admitindo a natureza subjetiva do inciso II, do §2º-A, do Art. 121 do Código Penal brasileiro, não é possível sua convivência com a causa de diminuição de pena prevista no §1º; bem como com as qualificadoras dos incisos I, última parte,

e II, do §2º, todos do Art. 121 do Código Penal brasileiro. Isso porque o feminicídio praticado na hipótese de menosprezo ou de discriminação da condição de mulher afasta, por incompatibilidade fática, a incidência das causas de diminuição de pena do §1º, do Art. 121 do Código Penal brasileiro.

Da mesma forma revela-se de impossível a incidência das qualificadoras dos incisos I, última parte, e II, do §2º, para os crimes qualificados pelo inciso II, do §2º-A, todos do Art. 121 do Código Penal brasileiro, já que todos possuem natureza subjetiva, de forma que tal incidência revelaria a existência de *bis in idem*, pois matar uma mulher em virtude de menosprezo à sua condição de mulher constitui um motivo torpe, e matar uma mulher em virtude de discriminá-la sua condição de mulher constitui um motivo fútil.

No que se refere ao agente passivo do feminicídio, diante de uma interpretação pós-moderna, tendo a Constituição Federal de 1988 como ponto focal e inicial da atividade interpretativa, irradiando suas regras e princípios sobre todo o ordenamento jurídico, entende-se que a qualificadora do feminicídio tem como agente passivo tanto as mulheres *cis*, quanto as mulheres *trans*, estas últimas desde que tenham realizado o processo cirúrgico de mudança de sexo e a alteração jurídica nos registros civis, de forma a atender tanto à questão do sexo quanto à questão do gênero no que diz respeito à incidência da norma penal objeto da presente pesquisa.

A respeito do simbolismo que poderia representar a qualificadora do feminicídio, no caso do Art. 121, §2º-A, inciso II, há que se reconhecer o simbolismo exercido pela norma, já que a qualificadora é somente de ordem subjetiva, caracterizada, em suma, pela motivação (torpe ou fútil) do agente, o que, portanto, se reconhecida, incidiria, por óbvio, em uma das qualificadoras relativas à motivação, previstas no Art. 121, §2º, inciso I, última parte, e inciso II do Código Penal. Nessa ótica, a qualificadora desempenha o papel de demonstrar que o Estado se preocupa com a violência contra a mulher, revelando o seu papel simbólico.

Contudo, a norma vai adiante e também qualifica o homicídio praticado no cenário de violência doméstica e familiar, determinando a incidência da qualificadora de forma objetiva e clara, fazendo com que um homicídio praticado no contexto de violência doméstica e familiar, que anteriormente poderia ser taxado como um homicídio simples, caso não se enquadrasse em nenhuma das qualificadoras, agora seja, de forma objetiva, reconhecido como homicídio qualificado, pelo fato de ter sido cometido nesse cenário.

No que tange à constitucionalidade, entende-se que a Lei nº 13.104/2015 se revela constitucional, uma vez que se alinha ao princípio da igualdade, previsto no *caput*, do Art. 5º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Por fim, cabe ressaltar que, apesar das conquistas importantíssimas alcançadas pelas mulheres, ainda há um longo caminho a ser percorrido para a erradicação da cultura de violência contra a mulher, e isso só será possível por meio da educação e conscientização acerca do tema, de modo a eliminar costumes machistas e misóginos, de forma a difundir uma cultura de respeito e igualdade de gênero.

Referências

AMARAL, Luana Bandeira de Mello; VASCONCELOS, Thiago Brasileiro de; SÁ, Fabiane Elpídio de; SILVA, Andrea Soares Rocha da; MACENA, Raimunda Hermelinda Maia. "Violência doméstica e a Lei Maria da Penha: perfil das agressões sofridas por mulheres abrigadas em unidade social de proteção". *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 24, n. 2, maio/ago. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v24n2/1805-9584-ref-24-02-00521.pdf>. Acesso em 28/12/2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Direito Constitucional: Princípio da Isonomia e a Constatação da Discriminação Positiva*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROS, Francisco Dirceu. "Feminicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais". *Jusbrasil*, 11/03/2015. Disponível em <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>. Acesso em 17/12/2018.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. "Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015". *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 16, n. 91, p. 9-22, abr./maio 2015.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. *Decreto nº 41.721*, de 25 de junho de 1957. Disponível em http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_089.html. Acesso em 26/12/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em 09/10/2018.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em 12/12/2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Emenda de Redação nº 1/2015 ao Projeto de Lei nº 8.305/2014. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegrar;jsessionid=E3ACDDCDAC327D471ED90EAB990E814D.proposicoesWebExterno2?codteor=1305298&filename=ERD+1/2015+%3D%3E+PL+8305/2014. Acesso em 17/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.707.113 - MG. Rel. Ministro Felix Fischer. Julgado em 29/11/2017, DJe 07/12/2017. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78914082&num_registro=201702828950&data=20171207. Acesso em 19/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.721.370 - BA. Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 23/02/2018, DJe 28/02/2018a. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=80725916&num_registro=201800210218&data=20180228. Acesso em 19/12/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 10271160070725001 - MG. Rel. Desembargador Corrêa Camargo. Julgado em 14/03/2018, DJe 21/03/2018b. Disponível em <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559704979/apelacao-criminal-apr-10271160070725001-mg>. Acesso em 19/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 433.898 - RS. Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018c. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705682&num_registro=201800126370&data=20180511&formato=PDF. Acesso em 19/12/2018.

CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. “Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito”. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 189-205, set./dez. 2017.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. “Sobre o feminicídio”. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 23, n. 270, p. 4-5, maio 2015. Disponível em http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/ELAWIECKO_IBCCRIM270_feminicidiomaio2015.pdf. Acesso em 29/12/2018.

CUNHA, Rogério Sanches. “Lei do Feminicídio: breves comentários”. Jusbrasil, 11/03/2015. Disponível em <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>. Acesso em 18/12/2018.

FLORES, Joaquín Herrera. A reinvenção dos direitos humanos. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONAVID. *Enunciado FONAVID nº 46. Fórum Nacional de Juízas e Juízes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*, 2017. Disponível em <http://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em 18/12/2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da Violência*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018.

G1. *Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo*. Disponível em <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2017/04/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-travestis-e-transexuais-no-mundo-diz-pesquisa.html>. Acesso em 17/12/2018.

HIRECHE, Gamil Föppel El; FIGUEIREDO, Rudá Santos. "Feminicídio é medida simbólica com várias inconstitucionalidades". *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, mar. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-mar-23/feminicidio-medida-simbolica-varias-inconstitucionalidades>. Acesso em 18/12/2018.

LORZA, Flávio Farinazzo. Denúncia Crime realizada nos autos do Processo Digital nº 0001798-78.2016.8.26.0052. Distribuído junto à 3º Vara do Júri do Foro Central Criminal da Comarca de São Paulo, 2016. p. 158-161. Disponível em <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/denunciacfeminicidiotranssexual.pdf>. Acesso em 17/12/2018.

MACIEL FILHO, Euro Bento. "Princípio da Igualdade: Não há como justificar a previsão legal do feminicídio". *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, dez. 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-dez-28/euro-maciel-filho-nao-justificar-previsao-feminicidio>. Acesso em 18/12/2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Parte Especial)

OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco. "Dignidade da pessoa humana como fator de desenvolvimento da personalidade". *Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 14, n. 23, p. 103-126, nov. 2014.

PAULA, Dandara Oliveira de. "Human Rights and Violence Against Women: Campo Algodonero Case". *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n. 3, set./dez. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v26n3/1806-9584-ref-26-03-e58582.pdf>. Acesso em 27/12/2018.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SELL, Sandro César. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. III. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora de. "Questões controversas com relação à Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015)". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 111, p. 263-279, jan./dez. 2016. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133512/129524>. Acesso em 29/12/2018.

VILCHEZ, Ana Isabel Garita. *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y El Caribe*. Panamá: Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a La Violencia contra las Mujeres, 2013.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso Brasil, 2015.

Ewerton Ricardo Messias (ewerton_messias@hotmail.com) é professor nos cursos de Graduação em Direito e Administração da Universidade de Marília – UNIMAR. Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR.

Valter Moura do Carmo (vmcarmo@unimar.br) é Professor Assistente da UNIMAR, onde leciona nos cursos de Graduação em Direito e Medicina, sendo Professor Permanente do Programa

de Pós-Graduação em Direito. Doutor em Direito pela UFSC. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Diretor de relações institucionais do CONPEDI.

Victoria Martins de Almeida (victoria-vma@hotmail.com) é bacharel em Direito pela UNIMAR.

COMO CITAR ESSE ARTIGO DE ACORDO COM AS NORMAS DA REVISTA

MESSIAS, Ewerton Ricardo; CARMO, Valter Moura do; ALMEIDA, Victória Martins de. "Feminicídio: Sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana". *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n. 1, e60946, 2020.

CONTRIBUIÇÃO DE AUTORIA

Ewerton Ricardo Messias: Concepção, orientação na coleta de dados, análise de dados, orientação e elaboração do manuscrito, redação, discussão de resultados.

Valter Moura do Carmo: Análise de dados, elaboração do manuscrito, redação, discussão de resultados.

Victoria Martins de Almeida: Coleta orientada de dados, elaboração orientada do manuscrito, redação, discussão orientada de resultados.

FINANCIAMENTO

Não se aplica.

CONSENTIMENTO DE USO DE IMAGEM

Não se aplica.

APROVAÇÃO DE COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA

Não se aplica.

CONFLITO DE INTERESSES

Não se aplica.

LICENÇA DE USO

Este artigo está licenciado sob a Licença Creative Commons CC-BY Internacional. Com essa licença você pode compartilhar, adaptar, criar para qualquer fim, desde que atribua a autoria da obra.

HISTÓRICO

Recebido em 05/01/2019
Reapresentado em 01/07/2019
Aprovado em 16/09/2019

