

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO INTERNACIONAL I**

**SANDRA REGINA MARTINI**

**WILSON DE JESUS BESERRA DE ALMEIDA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Sandra Regina Martini ; Wilson de Jesus Beserra de Almeida Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-431-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Responsabilidade. 3. Tributação. 4.

Processo de integração. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## DIREITO INTERNACIONAL I

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho de Direito Internacional I, abordou temas gerais do direito internacional e, particularmente, no XXVI COMPEDEI, foi desenhado a partir de temas como Saúde mental no trabalho humanitário analisando o outro pela visão do direito fraterno até a Lavagem de dinheiro e cooperação internacional e a responsabilização das instituições financeiras”.

Entre as “Drogas ilícitas e sua possível legalização no Brasil” e o “Non-Refoulement como obrigação Jus Cogens típica”, a soberania é analisada e comparada sempre no contexto isento do sentido acadêmico. Neste contexto ainda surgiram análises críticas a processos contemporâneos de integração regional como o “Parlandino” nas suas perspectivas presentes e futuras frente a frente com “O processo de integração e novas formas de regulação comum da governança na União Européia.

Os conceitos de “trabalho decente e trabalho digno” em confronto com as normas internacionais que vedam o retrocesso do direito do trabalho foram apresentados como uma esperança de que haja alguma volta aos temas e as ações que protegem os trabalhadores em um mundo que prima pela liberalização das normas e conquistas dos trabalhadores e a valorização da redução de custos de produção para que produtos e serviços baratos possam chegar a todos os cantos do planeta.

A tributação das empresas multinacionais levada a cabo pela harmonização, por um lado e, a defesa de seus interesses, por outro, foi tratada e está em harmonia, dentro do GT, com temas como Formulary Apportionment e preços de transferência no contexto do planejamento tributário.

Por fim, mas não menos importante, “ a posse de armas nucleares por estados revisionistas” esteve lado a lado com “o direito ao desenvolvimento e o papel do comércio internacional. Há então, o “Construtivismo como ferramenta de análise para explicar a reconfiguração do “Poder Sobre” da soberania estatal contemporânea” que foi analisada em contexto semelhante a outro importante tema, como seja, “Feminicídio” como mero simbolismo.

Profa. Dra. Sandra Regina Martini (UNIRITTER/UFRGS)

Prof. Dr. Wilson JB Almeida (UCB)

## **DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS: FEMINICÍDIO, UM MERO SIMBOLISMO?**

### **INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS: FEMINICIDE, A MERELY SYMBOLISM?**

**André Luiz Rapozo de Souza Teixeira <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

O artigo tem como objetivo apresentar as consequências promovidas pela adição da qualificadora do feminicídio ao tipo do homicídio. No que concerne ao Direito Comparado, realizou-se exames das legislações no âmbito latino-americano correlatas à temática. Iniciou-se da função simbólica do Direito Penal para averiguar se a alteração legislativa promovida constitui uma reafirmação das normas internacionais voltadas aos Direitos Humanos ou apenas um exemplo do Simbolismo Penal. A pesquisa tem natureza teórico-bibliográfica, adotando o método descritivo-analítico, que instruiu a análise da legislação, jurisprudência e doutrina, que nos informam os conceitos de ordem dogmática.

**Palavras-chave:** Direito internacional, Direito penal internacional, Direitos humanos, Feminicídio, Simbolismo penal

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The article aims to present the consequences promoted by the addition of the qualifier of femicide to the type of homicide. With regard to Comparative Law, there were examinations of laws in the Latin American context related to the subject. It began from the symbolic function of Criminal Law to see if the legislative amendment promoted constitutes a reaffirmation of international norms directed to Human Rights or just an example of Criminal Symbolism. The research has a theoretical-bibliographic nature, adopting the descriptive-analytical method, which instructed the analysis of legislation, jurisprudence and doctrine, which inform us the concepts of dogmatic order.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** International right, International criminal law, Human rights, Femicide, Penal symbolism

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público na Linha Tutela Penal da Ordem Econômica (UFBA). Especialista em Direito Público (UCAM). Especialista em Ciências Criminais (Faculdade Baiana de Direito). Advogado e membro do IBCCRIM.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa tem o seu foco na modernidade, na existência de uma sociedade de riscos, que com o nascedouro de novos bens jurídicos, faz emergir o Direito Penal contemporâneo.

Ademais, em nossa modernidade líquida onde as relações escorrem pelo vão dos dedos (BAUMAN, 2001, pp. 23-27), as transformações sociais, econômicas e tecnológicas vivenciadas pelo mundo nas últimas décadas vêm influenciando o sistema penal, máxime nos tempos coevos de uma sociedade de risco, conforme expressão utilizada pelo pensador alemão Beck (2010, p. 23). Essas novas realidades ensejam o surgimento de novas capitulações criminosas, como as de caráter de gênero.

Neste diapasão, e sendo o Estado aceito como um instrumento masculino de dominação, tornam-se necessárias modificações fundacionais, assim como a tomada de medidas políticas e novos direitos voltados em razão do gênero, buscando um empoderamento feminino (ALIMENA, 2010).

A condição social e jurídica do sexo feminino em vasta parte do globo era lastimosa até pouco tempo. Em suma, vários problemas ainda perduram mesmo com as ações de engajamento advindas das Nações Unidas. Contudo, múltiplos Estados vêm adotando normatizações no plano interno em detrimento do fomento à proteção feminina.

A Convenção que versou sobre a eliminação das formas de discriminação contrárias à mulher, adotada em 1979, denota um grande preocupar na continuação da mulher no polo de vítima de constrangimentos, abusos e discriminações. Nesta linha, a dita discriminação feminina compõe um obstáculo ao bem-estar social e familiar, inibindo o desenvolver das incontáveis potencialidades da mulher. A Convenção proíbe, por conseguinte, toda e qualquer forma de discriminação em desfavor da mulher, objetivando o desenvolvimento de políticas públicas direcionadas à mulher.

Foi adotada na Convenção de Belém do Pará, no dia nove do mês de junho do ano de 1994, no 24º Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, no âmbito do sistema regional de proteção dos direitos humanos, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Esse tratado foi ratificado pelo Brasil na mesma data de sua adoção, o poder legislativo nacional o aprovou através do Decreto Legislativo nº 107 de agosto do ano de 1995. O Brasil depositou a carta de ratificação em 27 de novembro de 1995, data em que a Convenção passou a vigor para o Estado.

Em momento posterior, o legislador pátrio iniciou o combate à violência contra as mulheres com a edição da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340 de 2006. Seu valor emana do contexto e motivo de sua redação, colocando a Sra. Maria da Penha como símbolo da luta da mulher contra a violência doméstica e familiar, embora já tenha sido vítima de duas tentativas de homicídio em razão da sua condição feminina, ambas perpetradas pelo seu então companheiro, foi somente no caminhar do ano de 1983, com a deflagração de projéteis enquanto dormia, uma tentativa de eletrocussão e outras inúmeras agressões, que culminaram com o seu estado de paraplegia.

O agressor, valendo-se dos previstos recursos processuais penais, mesmo com a sua condenação proferida pelo Tribunal do Júri, manteve-se liberto, o que fez entidades como o Centro para Justiça e o Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher apresentarem uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que resultou, em 2001, na edição do Relatório nº 54/01 e das recomendações pela Comissão para que o Estado brasileiro adotasse medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais, para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; simplificasse os procedimentos judiciais penais a fim de se que possa ter reduzido o tempo do trâmite processual penal; o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, onde podemos em tempos atuais, elencar a Justiça Restaurativa<sup>1</sup>, além de aumentar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher.

A Lei nº 11.340 de 2006 conduziu um modificar na compreensão sobre a violência contra às mulheres, depreende-se que não se pode tratá-la de maneira disjunta, como um problema que versa tão somente nos invólucros da justiça criminal, prevendo a possibilidade de implantação de adequadas medidas de caráter preventivo e sócio educacionais, buscando coibir a violência e a discriminação baseadas no gênero, a Lei Maria da Penha pode ser considerada uma modificação de paradigmas (ALIMENA, 2010).

Se faz adequado enfatizar que mesmo com os avanços no combate à violência familiar e doméstica contra a mulher, as capitulações legislativas editadas não foram satisfatórias para abolir a discriminação e violência contra elas praticadas.

No contemporâneo contexto brasileiro, o exercício da dialética sobre os problemas ligados ao controle social criminal, entre os quais, destaca-se a violência doméstica e familiar contra o sexo feminino e a violação dos direitos humanos, integram estes, a pauta da ordem do dia no Poder Legislativo.

Ante o exposto, o presente trabalho tem como objetivo fundamental o estudo do instituto da Lei brasileira que adicionou a qualificadora do feminicídio à capitulação Penal do homicídio doloso, com o objetivo apresentar e debater as suas decorrências no âmbito legal e dogmático, além de realizar exames das legislações no contexto latino-americano correlatas à temática e também da função simbólica do Direito Penal.

Em complemento, e para uma melhor compreensão, partiremos da premissa que nossos órgãos sensoriais podem nos enganar, empregaremos para tanto, o método cartesiano, que será uma das fontes principais metodológicas da pesquisa, consistindo-o no ceticismo metodológico, pois, só se pode dizer que existe aquilo que possa ser provado (DESCARTES, 2001, p. 39).

---

<sup>1</sup> Entende-se que a Justiça Restaurativa acaba por se impor como uma alternativa em relação ao modelo penal tradicional, e diante de tal fato, traz consigo a materialização de um paradigma que se contrapõe a um modelo de justiça consolidado, que se pauta no modelo punitivo/retributivo.

Outrossim, o método utilizado para a realização do trabalho será o descritivo-analítico, com uma abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema. Os procedimentos técnicos empregados para coleta de dados serão a pesquisa bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e a documental.

O levantamento bibliográfico fornecerá as bases teóricas e doutrinária a partir de livros e textos de autores referenciados, tanto nacionais como estrangeiros. Ainda no que se refere ao enquadramento bibliográfico, utilizar-se-á da fundamentação dos autores sobre determinado assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico.

A fonte primeira da pesquisa será a bibliográfica, que instruiu a análise da legislação constitucional, infraconstitucional e estrangeira, bem como a doutrina e a jurisprudência que nos informam os conceitos de ordem dogmática.

## **1 FEMINICÍDIO**

O conjunto normativo brasileiro sustentou, em seu núcleo duro, essência puramente patriarcal, alçando o homem como cerne e a mulher como assessorio e objeto de proteção (PEGORER, 2013, p. 67). A condição sexual é uma das principais variáveis que implicam na vida social e pessoal dos indivíduos. Como é simples de compreender, o estado de pertencer ao sexo masculino ou feminino, afeta substancialmente as opções que o ser humano pode realizar em sua vida e na sua ocupação habitual, assim como os meios de controle informal a que é submetida. Entretanto, a variável que se correlaciona de forma mais concreta com a criminalidade é o sexo (SERRANO MAÍLLO, 2013).

Não se pode confundir a expressão feminicídio da femicídio. Esta consiste na ação de matar uma mulher, enquanto aquela é a supressão da vida humana de uma mulher por razões de condição de sexo feminino, isto é, exige uma motivação especial.

Através da Lei nº 13.104, de 10 de março de 2015 que o Código Penal pátrio versou sobre feminicídio, que pode ser entendido como uma qualificadora do crime de homicídio motivado pelo ódio contra as mulheres em sua condição, assinalado por conjunturas específicas em que o pertencimento do ser humano ao sexo feminino é o cerne da prática do tipo capitulado.

Incluídos entre essas circunstâncias estão os homicídios em circunstância de violência familiar, doméstica e a discriminação e ou menosprezo à condição de mulher. Os delitos que individualizam a qualificadora do feminicídio concernem, no viés simbólico, ao aniquilamento da identidade da vítima e de sua condição feminina.

Notoriamente conhecido como “crime fétido”, vem a ser uma demonstração que vai muito além da abrangência daquilo denominado por misoginia, originando um ambiente pavoroso para a mulher, gerando perseguição e até a sua morte. Abarcam agressões físicas e também da mente, a exemplo da surra, escravidão, estupro, enalço sexual, mutilação das genitálias, intervenções

ginecológicas sem propósito, impedimento do aborto lícito e de métodos contraceptivos, esterilização, e outros atos intencionais que têm potencialidade de causar a morte da mulher (BARROS, 2015).

## 2 A AMÉRICA LATINA E O HOMICÍDIO DE MULHERES

O fenômeno da capitulação do feminicídio na América Latina é recente. Por distintos instrumentos, quinze países desta região do continente americano instituíram meios de reduzir e punir esse recorte de conduta humana não desejável, seja capitulando criminalmente o feminicídio ou femicídio, através de reformas de códigos criminais, ou ainda, constituindo circunstâncias agravantes para o homicídio de mulheres em detrimento do gênero.

Já no ano de 2007<sup>2</sup>, a nação da Costa Rica foi pioneira na criminalização do feminicídio em sua legislação penal. O Estado de El Salvador por intermédio da Lei especial integral para uma vida livre de violência para as mulheres, Lei nº 520 do ano de 2010, estabeleceu similar sanção a da Lei Costarriquenha.

Na América do Sul, por sua vez, aclaramos a temática assinalando o Código Penal boliviano, que em seu artigo 252 dispõe:

ARTICULO 252. Asesinato – Será sancionado con la pena de presidio de treinta años, sin derecho a indulto el que matare:  
1º A sus descendientes o cónyuge, o conviviente, sabiendo que lo son.

Análoga capitulação é verificada no Código Penal argentino, que em seu artigo 80 normatiza:

ARTÍCULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:  
1º A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.

A legislação Criminal do Estado do Chile tipificou em seu art. 390 expressamente o femicídio e não o feminicídio, como desdobramento do crime de homicídio:

Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, o cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.

Já a letra Penal Peruana capitulou o crime de parricídio:

Artículo 107. Parricidio: El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

---

<sup>2</sup> Interpretação das informações contidas no texto sobre a qualificadora do feminicídio nas legislações da América Latina. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/legislacoes-da-america-latina-que-penalizam-o-femicidio/>. Acesso em 23 de março de 2017.

O Código Penal do Estado do Peru, em disposição translúcida do seu artigo 107, disciplina de modo autônomo o crime de Parricídio, ilícito este, onde a vítima pode ser o cônjuge, sem exigência de uma motivação especial quanto à condição de ser mulher, não configurando o feminicídio, tampouco o femicídio. O mesmo livro de conduta não elencou o feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio.

Em linhas gerais, as legislações criminais da América do Sul citadas, somente elencam o cônjuge como vítima, não exigindo motivação especial e tampouco que seja do sexo feminino, afastando os conceitos de feminicídio e femicídio.

De forma antagônica e inovadora no tocante ao cerne da temática ora ventilada, e tratando efetivamente do feminicídio no contexto Sul-americano, temos o exemplo do Código Penal da Colômbia, que assim o dispõe:

CAPÍTULO II.  
DEL HOMICIDIO

Artículo 103. Homicidio. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005] El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.

Artículo 104. Circunstancias de agravación. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. [Modificado por el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008] En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan em un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

[...]

11. [Adicionado por el artículo 26 de la ley 1257 de 2008] Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer. [...]

A Colômbia fez o seu Código Penal se tornar um exemplo de redação particularizada a respeito da temática, em total conformidade com a definição de feminicídio, pois explicita o fim especial a que se destina o agir do sujeito que pratica o núcleo do tipo, quando exige que o crime seja perpetrado pelo simples fato de a vítima ser uma mulher.

A interpretação que mais se aproxima da perfeição, trata da expressão “pelo fato de ser mulher” por sua compatibilidade com a definição do feminicídio, conceituada como o homicídio em detrimento de conflitos de gênero, ou seja, pelo fato da vítima pertencer ao sexo feminino. O sentido e alcance da lei visam garantir uma eficaz investigação e a punição dos atos violentos empreendidos contra mulheres por motivo de gênero e discriminação, caso restem estes comprovados.

### **3 ANÁLISE DA LEI Nº 13.104/2015: CONTROVÉRSIAS E QUALIFICAÇÃO**

O crime de feminicídio não é um tipo autônomo, trata-se de capitulação penal derivada e com um desígnio especial em seu núcleo. Um questionamento sobre a edição da Lei nº 13.104/2015 versa sobre em que momento o feminicídio passou a qualificar o homicídio, tendo em vista que se o crime de

homicídio anterior a edição da referida lei, sendo praticado contra mulher por razões da sua condição de sexo feminino já se amoldaria às qualificadoras de motivo torpe, respectivamente no art. 121, §2º, I ou fútil no art. 121, §2º, II.

O motivo torpe, como previsto na exposição de motivos do Código Penal brasileiro, é o que suscita aversão ou repugnância geral. Luiz Regis Prado o define: “como sendo o motivo abjeto, indigno e desprezível, que repugna ao mais elementar sentimento ético. O motivo torpe causa proeminente repulsa, sobretudo pela ausência de sensibilidade moral do executor” (PRADO, 2010, p. 85).

A motivação fútil, exposta e comentada anteriormente, é a que pela sua ínfima gravidade, não ensejaria *animus* suficiente para a prática do ato ilícito. As situações que qualificam o homicídio, previstas no §2º do artigo 121 do CP, são dispostas em quatro grupos: qualificadoras que se relacionam com as motivações do crime em si, nos incisos I e II, referentes aos meios empregados na execução no inciso III, aos modos de execução no inciso IV e aos fins que se propõem, no inciso V.

A qualificadora adicionada pelo inciso VI, refere-se aos motivos do crime e também à qualidade da vítima. Ela já restaria fincada no disposto pelo inciso I, como exemplo de motivo torpe, o que, via de regra, tornaria desnecessária a normatização do inciso VI.

A motivação tida como específica, por sua vez, não é nova, ponderando que, em razão de tratados internacionais, o legislador brasileiro inseriu por meio da Lei nº 13.104/2015 o §9º no artigo 129 do CP. A redação do inciso VI normatiza:

Femicídio:

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Frisa-se, que nem sempre o homicídio doloso em que a mulher é vítima, será tipificado como femicídio. A capitulada qualificadora, como já descrito em momentos anteriores é um homicídio doloso contra a mulher em detrimento de sua condição de sexo feminino, onde, somente poderá figurar no polo passivo, a mulher, sem previsão da modalidade culposa. O julgamento desse tipo penal é de competência do Tribunal do Júri.

A qualificadora, para que ocorra a sua perfectibilização, exige, além do dolo genérico, o *animus necandi*, um dolo específico, que segundo Damásio de Jesus (2015):

É a vontade de praticar o fato e produzir um fim especial (específico). Assim no homicídio, é suficiente o dolo genérico, uma vez que o tipo do art. 121 *caput*, não menciona nenhuma finalidade especial do sujeito; ele só quer somente matar a vítima, não matá-la para alguma coisa.

O verdadeiro especial fim de agir, ou seja, o elemento subjetivo e específico do tipo, que está para além do simples dolo, caracteriza o denominado crime de intenção. O jurista Fernando Capez (2012) descreve o delito de intenção: “como aquele em que o agente quer e persegue um resultado que não necessita ser alcançado de fato para a consumação do crime”, isto é, um fim especial de agir.

O legislador Penal pátrio, considerou as qualidades da vítima no crime de homicídio como causa de aumento de pena, conforme o disciplinado no artigo 121 §4º, parte final, em que a idade da vítima acresce em 1/3 a pena pela prática do homicídio doloso.

O inciso VI do §2.º do artigo 121 do CP não exige somente que o crime seja cometido contra a mulher, devendo a motivação do crime se fundar na condição do sexo feminino. O legislador nacional definiu quando as razões de condição do sexo feminino estarão presentes, utilizando uma interpretação fidedigna a realidade:

§ 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.

Guerra (2013) explana que a noção de gênero pode ser compreendida como uma construção sociocultural do masculino versus o feminino, isto é, são atribuídos lugares diversos para os homens e para as mulheres em uma sociedade, estabelecendo direitos e deveres, com estrutura diversificada e hierarquizada.

O legislador, em momento de lucidez, definiu claramente o que se considera razões de condição do sexo feminino, onde no inciso I, capitulou quando o crime envolveria violência doméstica e familiar.

O conceito de violência doméstica e familiar a ser utilizado é o previsto no artigo 5º da Lei Maria da Penha, que apresenta em seu bojo a autêntica interpretação do legislador sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, sem prejuízo do emprego da interpretação sistemática, que consiste, segundo Carlos Maximiliano (2011, p. 104): “No processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”.

Já o inciso II apresenta um conceito subjetivo, estabelecendo um elemento normativo do tipo, onde no entendimento de Bittencourt (2014, p. 350):

[...] São aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um juízo de valor.

No configurar da violência doméstica e familiar contra mulher, se torna indispensável que a vítima se encontre em hipossuficiência econômica ou física, em estado de vulnerabilidade, por fim, que a transgressão criminal tenha como escopo a opressão à mulher (LIMA, 2017, p 976), uma vez que o feminicídio se dirige a tutela da situação de vulnerabilidade feminina.

Adicionaram-se três novas causas de aumento de pena exclusivamente para o feminicídio com o advento da Lei nº 13.104/2015:

§ 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.

As mencionadas causas ou motivos de aumento de pena serão aplicadas desde que tenham ingressado no domínio do conhecimento do sujeito ativo do delito. Antes da normatização da causa de aumento prevista no inciso I do §7º, existindo homicídio doloso qualificado em detrimento da condição de sexo feminino, apenas poderia ser tipificado no prisma do motivo torpe, já na situação onde a vítima estivesse grávida, incidiria a regra do concurso formal entre os tipos do homicídio e o do aborto. Dada a nova redação do §7º inciso I, o sujeito ativo poderá ter sua conduta aperfeiçoada como homicídio doloso qualificado pelo feminicídio, com a sua pena agravada em razão do princípio da especialidade.

Frise-se que não devem incidir as agravantes do artigo 61, II alíneas h e f do CP, sob pena de incorrer em *bis in idem*. De igual modo, não incide o motivo de aumento previsto no §4º do artigo 121 em sua parte final.

Demanda uma interpretação restritiva a aplicação do inciso VI, tendo em vista o seu caráter restritivo de direitos. Na ocasião do homicídio de um transexual, é notório, que o mote não se deu em razão da condição de sexo feminino, todavia por intolerância ou discriminação, sendo cabível a abrangência por motivo torpe.

Em outro viés, fazendo uso do critério biológico, o transexual não será considerado pertencente ao sexo feminino, salvo quando submetido à cirurgia de transgenitalismo. Contudo, pelo juízo crítico do Direito e em razão da mudança judicial do prenome e do gênero, será considerado pertencente ao sexo feminino. Nesse sentido elucida professora Alimena (2010, p. 81): “Para participar como vítima do rito judicial previsto na Lei Maria da Penha, a princípio, o sexo que consta no registro civil do indivíduo deve ser o feminino, o que possibilitaria a proteção de alguns transexuais”.

A dialética elucubra além do que a mera questão de ser mulher, passando a ser uma demanda de gênero e opção sexual. De toda maneira, por versarmos sobre matéria do Direito Penal e sobre norma incriminadora, é terminantemente proibido recorrer à analogia em *malam partem*.

Derradeiramente, o legislador atento à necessidade de alteração da Lei nº 8.072/1990, Lei dos Crimes Hediondos, adicionou o inciso VI ao artigo 1º, I do respectivo diploma legal.

#### **4 DIREITO PENAL SIMBÓLICO**

Realizado o exame das modificações normativas advindas da Lei nº 13.104/2015, volve-se ao exercício da dialética que concerne na necessidade de inclusão do feminicídio no ordenamento jurídico pátrio. Nesse diapasão, faz-se necessária a análise da compreensão do Simbolismo Penal ou Direito Penal Simbólico e dos seus desdobramentos dogmáticos acerca da novel qualificadora.

A compreensão do sistema emergencial exige, além das indagações que não se consegue analisar por maneiras convencionais da forma como seria analisado pelos princípios da jurisprudência, que necessariamente impõem respostas essenciais para visualizar seu funcionamento como um todo, o exame dos mecanismos legais que frutificam nesse ambiente cultural, político e normativo (CHOUKR, 2009 p. 209).

O Direito Penal Simbólico ou Simbolismo Penal é um fenômeno que surge do anseio de urgência que o Estado evidencia quando da aplicação não devida do Direito Penal, incorporada às poucas políticas de prevenção ao crime, mostra implicações e efeitos eleitorais indesejáveis, a exemplo do crime e todo o quadro social em que comumente se inserem estes dois elementos.

Esse simbolismo emerge toda vez que são editadas leis como forma de responder ao clamor social. A edição de normas, sem o juízo crítico necessário e garantidor de sua efetiva aplicação e coerência, deturpa a verdadeira função do Direito Penal, produzindo o descrito Simbolismo Penal.

Denota-se, assim, a construção de um microssistema punitivista, que no entendimento do Professor MELLO, Sebastian (2004, p. 111):

[...] E, como se trata de uma tentativa de esgotar a matéria num universo sistêmico próprio, o microssistema amiúde traz no seu bojo a incriminação de condutas supostamente configurando as mais graves formas de violação dos bens jurídicos por ele tutelados, mas que, na verdade, têm uma função meramente simbólica, como se a instituição de crimes e penas lhes conferisse uma importância diferenciada.

A qualificadora do feminicídio induz a uma percepção não verdadeira de que antes da modificação legislativa, o crime de homicídio de mulheres por questões de gênero não havia capitulação no Código Penal, tornando o sexo feminino desprotegido, o que em suma, não é verdade, elencamos a preexistente qualificadora por motivo torpe para corroborar com tal linha.

Em referida linha teleológica, é que a função simbólica do Direito Penal, explicada pelo jurista Zaffaroni (2011, p. 107), se aplica ao feminicídio, uma vez que o legislador rotulou de maneira expressa essa tese no Código Penal, com escopo de criar uma sensação de que a mulher, deste ponto em diante, restaria protegida da eventual conduta típica.

No limiar do pensamento de Queiroz (1999, p. 09) o Direito Penal Simbólico cumpre, obviamente, posta missão no contexto da sistemática criminal, cristalinamente não solucionando os problemas sociais da criminalidade, mas se dirigindo para o um certo acalmar:

[...] digo simbólico porque a mim me parece claro que o legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica. Quer-se, enfim, por meio de uma repressão puramente retórica, produzir, na opinião pública, uma só impressão tranquilizadora de um legislador atento decidido.

O controle social cede ao sistema repressivo penal a sua função, provocando um simulacro de que a solução desse grave problema se dará por meio da capitulação do feminicídio e da sua inserção no rol dos crimes capitulados como hediondos.

Determinadas propriedades podem retratar esse prisma distorcido do Direito Penal: o seu emprego numa visão promocional, pela qual ele é aceito como o primeiro instrumento de regulação social; a transformação do sistema criminal em um mero instrumento de política de governo e a densa influência exercida pela mídia na utilização do Direito Penal em forma de aparelho voltado ao controle social.

É crível, assim, assegurar que o Simbolismo Penal, via de regra, se apresenta por meio de propostas que buscam se aproveitar do medo e da sensação de insegurança. Nesse diapásão, o propósito ou despropósito do legislador não é a real proteção dos bens jurídicos atingidos pelas condutas deletérias, mas, uma maneira de atender erroneamente aos anseios de uma população, narrando o que ela deseja ouvir, fazendo o que ela ambiciona que se faça, mesmo que para isso não haja qualquer efeito positivo na diminuição da criminalidade.

O Direito Penal, enviesado pelo simbolismo, faz o uso indevido do recurso do medo e da sensação de insegurança, além de não criar e ou aperfeiçoar normas que verdadeiramente tutelem os bens jurídicos avaliados como essenciais para a vida na *pólis*. O legislador se preocupa, tão somente, em fabricar uma atmosfera inverídica, assim como um mar de tranquilidade, gerando a falsa sensação de que a criminalidade se mostra controlada.

Neste contexto, o empenho do legislador brasileiro para alterar a letra da norma, transparece buscar amparo em uma crença da eficácia simbólica que essa qualificadora pode causar nos possíveis agressores, de forma que a mudança legislativa em testilha, ao notabilizar aspectos punitivos, se aproximou de outros países em relação à eficácia do simbolismo penal.

Em um contexto amplo, não é possível afirmar que houve um debate público sobre o movimento reformista e de transparente contorno emergencial. Nem mesmo a própria astúcia da gênese desse microsistema provocou a atenção necessária por parte dos doutrinadores penalistas.

De modo claro e evidenciado nos capítulos pretéritos, o feminicídio sempre foi crime qualificado pelo motivo torpe. Advém que o legislador, por uma mera questão de simbolismo e por buscar disciplinar toda e qualquer matéria, haja vista entender que o que não restar expressamente detalhado em Lei Penal não tem o seu devido resguardo, capitulou condutas como típicas, transparecendo está atento aos problemas sociais, elaborando leis meramente identificativas, isto é, identifica um problema social naquela coletividade e positiva a suposta solução para aquele problema específico.

Aparece neste contexto uma Lei reativa como consequência da Lei identificativa, como se a Lei fosse sozinha colocar um ponto final no problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Torna-se óbvia a constatação de que a violência contra a mulher precisa ser combatida. Entretanto, somente a elaboração de normas nesse sentido não eliminarão o problema da criminalidade social. De fato, é perceptível que após a edição da Lei Maria da Penha, houve uma diminuição da violência contra o sexo feminino, contudo, a temática deve ser enfrentada com fiscalização e medidas preventivas e protetivas, reafirmando o necessário princípio da dignidade da pessoa humana.

É imperativo destacar que a escolha do legislador por reformas pontuais, a exemplo da Lei nº 13.104/2015, pode não satisfazer as necessidades da sociedade, entretanto, se realizadas em plena conformidade com a CF e com as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, são válidas e correlativas.

O plural de desejos e anseios das mulheres que se encontram em situação de violência são demasiadamente variáveis e díspares, o que faz ser esperada a incompatibilidade de uma forma de resposta situada unicamente na aplicação da sanção criminal.

O multicitado Simbolismo Penal pode ser superado enquanto realidade normativa, desde que se apresente como parâmetro a ordem constitucional e supranacional, nas quais se funda o ordenamento jurídico pátrio.

## **5 DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS**

Colocada em exame a temática da inclusão do feminicídio no ordenamento jurídico pátrio e diante de um olhar crítico sobre o Simbolismo Penal, se torna imperioso verificar no tocante à modificação legislativa em estima, se o seu nascedouro advém dos compromissos internacionais avocados pelo Estado brasileiro frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e se os relatórios e a jurisprudência da Comissão Interamericana não assinalam para uma real necessidade dos Estados adotarem medidas na esfera legislativa, buscando enfrentar o problema da discriminação fundada em questões de gênero.

Outrossim, é imperioso destacar que o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ano de 1992, tendo sido promulgada internamente pelo Decreto nº 678 no mesmo ano. A CADH foi posta no ordenamento jurídico brasileiro antes da aprovação da Emenda Constitucional nº 45 do ano de 2004, que adicionou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, cuja redação nos informa: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Legislativa, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Em outra perspectiva de raciocínio, já com um olhar constitucional, na data de 3 de dezembro de 2008, o STF, no julgamento do RE nº 349.703/RS, demonstrou o entendimento de que, desde a adesão do Estado brasileiro, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à CADH, ambos remetendo ao ano de 1992, não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, tendo em vista o caráter especial desses normativos internacionais acerca dos direitos humanos lhes reservar lugar peculiar no ordenamento jurídico, estando hierarquicamente sob a Constituição, porém sobre a legislação infraconstitucional.

Posto isso, circunda o debate sobre três possíveis posições hierárquicas desses tratados, como anota Novelino (2012, p. 472):

Os tratados internacionais passaram a ter três hierarquias distintas: os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5º, §3º); os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário (CF, art. 47), terão status supralegal, situando-se abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária; os tratados e convenções internacionais que não versem sobre direitos humanos ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária.

Hodiernamente, somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York no ano de 2007, ratificado através do Decreto Legislativo nº 186 do ano 2008 e posteriormente promulgado pelo Decreto nº 6.949 do ano de 2009, foi submetido ao procedimento estabelecido pelo art. 5º, §3º. Diante o exposto, orientando-se pelo precedente instituído pelo STF, somente o referido diploma internacional teria equivalência à emenda constitucional.

Por outro modo de ver, a doutrina de Sarlet (2012, p. 81) já se posicionava, no sentido de que a novidade apresentada pelo §3º, do art. 5º, não se expõe como novel conquista para os tratados internacionais sobre direitos humanos. Entende, em verdade, que a Emenda constitucional nº 45 cunhou um procedimento formal mais rígido para que os tratados de direitos humanos pudessem ser inseridos no ordenamento jurídico com hierarquia constitucional, mantendo ainda a equivocada visão de natureza supralegal dada aos diplomas internacionais.

Acastelam os juristas do Direito Internacional que os tratados ou acordos internacionais que versem sobre os direitos humanos ratificados pelo Brasil são incorporados de modo imediato e com *status* constitucional por força do art. 5º, §2º, da CF/88, previsto desde a redação original, posto que, esse dispositivo ensina que “as garantias e os direitos manifestados nesta CF não afastam outros que emanem do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos acordos internacionais em que o Estado brasileiro faça parte”. Não bastasse isso, conforme o artigo 4º, II, da CF, a República brasileira nas suas relações internacionais, rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Portanto, a exigência formal de aprovação dos tratados por quórum qualificado, ou seja, em turno duplo e realizado nas duas Casas Legislativas, somente inovou ao criar duas figuras de tratados sobre direitos humanos, nas palavras de Piovesan (2013, p. 145):

[...] Vale dizer, com o advento do §3º, do art. 5º, surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2º, do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

Outrossim, se compreende que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua internalização anterior à previsão contida no §3º do art. 5º, foi absolutamente incorporada pela ordem constitucional brasileira, por força do art. 5º, §2º, captando *status* constitucional e inserta no bloco de constitucionalidade. Entende-se, que qualquer compreensão restritiva sobre a hierarquia constitucional

dos tratados internacionais não submetidos ao procedimento formal de aprovação pelo Congresso Nacional implica em ofensa à força normativa da Constituição e em patente violação ao princípio da vedação ao retrocesso.

Para reafirmar o argumento apresentado, Brega Filho (2013, p. 107):

Percebe-se, portanto, que a força normativa da constituição exige do intérprete um compromisso com a concretização de direitos estabelecidos em uma Constituição, sob pena de se estar descumprindo a ordem constitucional e também se enfraquecendo a sua força normativa. Conclui-se, portanto, que toda e qualquer interpretação da constituição deve ter como objetivo a concretização dos direitos nela assegurados.

No emblemático Episódio *Damião Ximenes Lopes*, o juiz brasileiro, em voto separado A. A. Cançado Trindade, teceu críticas ao §3º quando da primeira condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

[...] mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.<sup>3</sup>

Ramos (2014, p. 281) não mede esforços na busca para que o §3º não seja entendido como inconstitucional:

Agora, entendemos ser inegável o estatuto diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos, em face do disposto especialmente no art. 1º, *caput*, e inciso III (estabelecimento do Estado Democrático de Direito e consagração da dignidade humana como fundamento da República), e ainda em face do art. 5º, §2º. Assim, os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional. Contudo, para que o rito especial do art. 5º, §3º, não seja considerado um retrocesso e mantendo a premissa (todos os tratados de direitos humanos são equiparados a normas constitucionais), temos que o uso do rito especial do art. 5º, §3º, faz nascer a exigência de idêntico *quórum* para sua denúncia, caso essa seja permitida pelo próprio tratado.

Posta a questão hierárquica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, verifica-se que a proteção dos direitos humanos nela prevista é coadjuvante e complementar da que oferece o Direito interno dos seus Estados Partes. Respectiva proteção significa que não se retira dos Estados a competência primária de amparar e resguardar os direitos e garantias das pessoas sujeitas à sua égide jurisdicional, entretanto, nos casos de falta de asilo ou de proteção aquém da necessária, poderá o sistema interamericano agir, concorrendo para o objetivo comum de proteger determinado direito que o Estado não garantiu (MAZZUOLI, 2011, p. 21).

Na primeira parte do Capítulo I, os dois primeiros artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, preveem a obrigação dos Estados participantes de respeitarem os direitos nela contido e o dever de adotar as necessárias medidas de Direito Interno para tornar efetivos os direitos e liberdades mencionados no art. 1º.

---

<sup>3</sup> Trecho do julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Voto Separado do Juiz A. A. Cançado Trindade, §§30-31.

A premissa destacada pode ser aplicada à Convenção de Belém do Pará. Que em sua parte preambular, destaca as obrigações que os Estados que dela fazem parte assumiram. A mencionada Convenção em seu art. 7º, apresenta as medidas e os deveres que os Estados participantes se comprometem a adotar, como:

[...] agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher e incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher entre outra de igual natureza.

De acordo com os dados apresentados pela CIDH ocorrida em outubro do ano de 2007:

Entre 1990 y 2007, más de 900 mujeres chilenas fallecieron por causa de homicidio, gran mayoría víctimas de sus parejas o ex parejas. En Bahamas el feminicidio representó el 42% del total de los asesinatos en el año 2000, el 44% en 2001 y el 53% en 2002; en Costa Rica, llegó al 61% del total de homicidios de mujeres; en El Salvador, la mitad de los casos de violencia reportados por la prensa en 2005 acabaron en homicidios; en Puerto Rico, 31 mujeres fueron asesinadas como resultado de la violencia doméstica en el año 2004; y en Uruguay una mujer muere cada nueve días como resultado de la violencia doméstica. En todos los casos, mueren más mujeres a manos de sus parejas que a causa de la intervención de desconocidos. Estas cifras suscitan el rechazo generalizado de la población como lo demuestra la encuesta del Latinobarómetro 2006, en que el 90% de las personas encuestadas considera la violencia intrafamiliar como un grave problema (Lagos, 2007).

Neste diapasão, positiva mudança se deu em razão da percepção de que a violência de gênero e o reconhecimento do feminicídio como um crime que já não se atenua quando verificada a relação de proximidade entre o agressor e a vítima. Caminhando assim para uma forma específica e agravada de crime contra o sexo feminino, justamente por ser perpetrado por maridos, ex-maridos, companheiros, ex-companheiros e ou namorados.

A legislação criminal pátria, através da Lei nº 11.106 do ano de 2005, mostrou enorme avanço no cerne da temática ao revogar o inciso VII, do artigo 109, do Código Penal, que previa como causa da extinção da punibilidade o casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes.

No âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se destaca o Caso *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, ocasião em que o Estado do México foi responsabilizado pela Corte pelas violações de direitos humanos em detrimento do desaparecimento e morte violenta de mulheres por questões de gênero.

No caso ocorrido na cidade de Juárez, uma trabalhadora de 20 anos, uma estudante de 17 anos e uma empregada doméstica de 15 anos, desapareceram entre os meses de setembro e outubro do ano de 2001, onde os seus corpos somente foram encontrados no mês seguinte e com sinais de violência sexual, concluindo-se após perícias que as três mulheres estiveram privadas de sua liberdade. Apesar dos recursos interpostos pelos familiares, não foram responsabilizados nem sequer investigados os algozes.

Em sentença proferida, a Corte reconheceu que o Estado do México, foi omissivo ao não prevenir a violência perpetrada contra as mulheres em razão de sua condição de gênero.<sup>4</sup> Tendo concluído que o Estado mexicano não demonstrou a adoção de normas ou implementou as medidas necessárias, conforme o artigo 2º da Convenção Americana em conjunto com o artigo 7º c da Convenção de Belém do Pará, que permitiriam às autoridades oferecerem uma resposta imediata e eficaz diante das denúncias de desaparecimento, assim como prevenir adequadamente a violência contra a mulher. Também foi verificado que não foram implantadas normas ou medidas/treinamentos para que os funcionários responsáveis pelo recebimento das denúncias tivessem a capacidade e a sensibilidade para entenderem a gravidade do fenômeno da violência contra a mulher.

Compreende-se, de tal modo, que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui consistentes precedentes no que alude à temática da violência contra as mulheres, além de assinalar para a necessidade de que os Estados adotem as medidas legislativas internas necessárias visando prevenir a violência aqui delineada.

O relatório apresentado pelo Ministério da Justiça brasileiro, através do Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça<sup>5</sup>, revelou as principais causas de homicídios perpetrados contra mulheres no Brasil, fazendo emergir fatos que se perfectibilizam com o conceito do crime de feminicídio. Fatos estes, que exigem uma atuação proativa do Legislador nacional. O relatório, dentre suas conclusões, discorre sobre a temática do Direito Penal Simbólico:

Por um conjunto de características que compõem o senso comum e os discursos de justificação do direito criminal, cristalizou-se um modelo de pensamento que relaciona diretamente o grau de reprovabilidade de determinadas condutas e a estima social em relação ao objeto de proteção à gravidade da sanção penal. Se do ponto de vista da dissuasão pairam muitas dúvidas sobre a eficácia da criminalização de determinado comportamento, a criminalização, nesse contexto, vem exercendo um papel simbólico relevante na comunicação de que determinada conduta é reprovável. É esse enquadramento dos discursos sobre o crime e a pena, sedimentado em um contexto punitivista como a sociedade brasileira, que ajuda a explicar a estratégia de criminalização de condutas ou agravamento de penas quando se trata de sinalizar para a importância de determinada questão. É essa a aposta feita pelos movimentos sociais – como o movimento negro, feminista, LGBTI – quando demandam a criminalização de comportamentos como forma de obter reconhecimento de suas causas.

A capitulação em âmbito criminal da qualificadora de feminicídio, a partir de um olhar tanto do Direito Comparado como dos Direitos Humanos, revela que a criminalização da conduta atende aos compromissos internacionais pactuados pelo Brasil e se compatibiliza com a preocupação da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana no que envolve a temática.

Apesar das constantes críticas e a verificável inflação do Direito Penal representada no coevo recorte pelo Simbolismo Penal, trata-se este último, de medida necessária e adequada com fins de

---

<sup>4</sup> Interpretação do julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, § 282.

<sup>5</sup> Análise das informações contidas no relatório sobre feminicídio. Disponível em: [http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao\\_feminicidio.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_feminicidio.pdf). Acessado em 29/03/2017.

prevenir o homicídio perpetrado contra as mulheres, em detrimento da condição de sexo feminino, nas situações que envolvam violência doméstica, familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Destaca-se que a arguição de inconstitucionalidade do dispositivo penal em testilha, em razão de eventual violação da isonomia, é afastada, pois, como já enfrentada pelo STF, na ADC nº 19, com relatoria do Ministro Marco Aurélio, em ocasião do questionamento da Lei Maria da Penha:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares.

Na problemática ventilada, a inserção do feminicídio como qualificadora do art. 121 do CP, se notabiliza como medida necessária ao atual cenário jurídico brasileiro, onde, mesmo sendo alvo de críticas, ambiciona trabalhar como instrumento de prevenção no combate à violência contra a mulher em detrimento de sua condição de sexo feminino.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Desde o final do século XIX, lutas femininas por melhores condições de vida ocorrem nos EUA e na Europa, o que fez surgir o dia internacional das mulheres, celebrado no oitavo dia do mês de março. Ainda hoje, as lutas ocorrem, e de maneira não tão diversa. Em um atual contexto latino-americano, inúmeros são os delitos perpetrados nos invólucros familiares, desde crimes contra a honra até o homicídio por questões de gênero.

A premente impossibilidade de defesa da vítima de violência por ser mulher, retrata a sua vulnerabilidade e torna a existência das denominadas cifras ocultas uma realidade não quista. Ademais, a agressão que essas mulheres sofrem não é contingenciada somente ao interior dos seus lares, a simples condição de pertencimento ao sexo feminino origina a motivação dessa brutalidade, fato este, que ensejou a atenção do legislador pátrio, onde, primeiramente com a edição da Lei Maria da Penha, e, contemporaneamente, com a inclusão da qualificadora do feminicídio, se buscou atenuar essa impactante realidade.

A corroborar o exposto e ainda no contexto do Direito Comparado circunscrito à América Latina, destacamos o inicialmente elencado Código Penal Colombiano por seu exemplo de redação delineada e em total harmonia com a definição de feminicídio, uma vez que explicita o fim especial de agir do sujeito ativo, quando a letra da Lei exige que o crime seja cometido pelo simples fato de a vítima ser mulher.

Ainda no que tangencia o Simbolismo Penal e o Direito Criminal brasileiro, a alteração legislativa dada pela Lei nº 13.104/2015, não se afasta do primeiro. Este simbolismo é inerente a toda e qualquer criação de leis voltadas para atenderem clamores sociais. É nesse viés que a qualificadora do feminicídio conduz a uma infiel perspectiva social de que antes da sua aludida criação, o homicídio de mulheres por questões de gênero era órfão de capitulação no Código Penal, entretanto, a já existente forma de qualificar por motivo torpe, supria a arguida omissão legislativa.

Portanto, a função simbólica do Direito Penal, sustentada por Zaffaroni (2011, p. 107), aperfeiçoa-se à qualificadora denominada feminicídio, visto que o legislador nacional a capitulou expressamente no Código Penal sem que houvesse qualquer alteração na pena abstrata pela prática do homicídio qualificado, com o cristalino escopo de provocar a sensação de que a mulher a partir da vigência da novel Lei, estaria nos braços da proteção Estatal.

Ainda no que concerne ao Simbolismo Penal, é possível correlacionar a sua aplicação nas esferas legislativas ao fenômeno da inflação dos tipos penais, que abrange os mais variados bens jurídicos e se traveste de legitimidade diante de um momentâneo clamor social por aquilo que a maior parte da população entende por justiça.

Em um olhar epistemológico, a crítica ao Simbolismo Penal torna-se contestável quando avaliadas as relações que se estabelecem entre o sujeito do delito, vítima e o objeto de estudo do Direito Penal. Em complemento ao raciocínio e a corroborar com o mesmo, os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro sobre a proteção e efetivação dos direitos humanos, protegendo e condenando qualquer forma de discriminação à mulher, justificam a utilização do assinalado Simbolismo. Calçando assim, perfeitamente como uma luva em nossas elucubrações acima, a máxima de que os fins justificam os meios.

Ante o exposto, o microssistema Penal criado com a inclusão da qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio, se revela como medida necessária no contexto jurídico brasileiro contemporâneo, e que, mesmo diante de fundadas e contrárias críticas, ambiciona laborar como instrumento preventivo e de combate a violência contra à mulher em razão de sua condição de sexo feminino, reafirmando para tanto, a função preventiva geral negativa da pena, além de cumprir a República brasileira, com as obrigações internacionais pactuadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIMENA, Carla Marrone. **A tentativa do impossível**: Feminismos e criminologias. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

BARROS, Francisco Dirceu. **Estudo completo do Femicídio**. Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-femicidio>. Acesso em: 23 de março de 2017.

BAUMAN, Zygmunt, **Modernidade Líquida**, Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade**. 34ª ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1- 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 349703, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675.

BRASIL. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm). Acesso em 02: de abril. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.106**, de 28 de março de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm). Acesso em: 02 de abril. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 02 de abril. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.104**, de 09 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm). Acesso em: 02 de abril. 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. **Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil** in Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. N. 19 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2013, p. 107.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume I, parte geral**. 16ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**: Avaliação nos 20 anos de Vigência da Constituição de 1988. In Processo Penal e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe**. Outubro de 2007.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Anual 2000. Relatório nº 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil**. 4 de abril de 2001.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentencia de 16 de

noviembre de 2009. Série C No. 205.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Voto Separado do Juiz A. A. Cançado Trindade. Sentencia de 4 de julio de 2006. Série C No. 149.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

**FEMINICÍDIO**. Disponível em: [http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao\\_femicidio.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_femicidio.pdf). Acesso em: 29 mar. 2017.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, parte geral**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

**LEGISLAÇÕES** da América Latina que penalizam o feminicídio. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/legislacoes-da-america-latina-que-penalizam-o-femicidio/>. Acesso em: 23 de mar. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador, BA: Editora Juspodium, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Os sistemas de proteção dos direitos humanos**. Valerio Mazzuoli; coordenação Alice Biachini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso de Albuquerque. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal in TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microssistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEGORER, Mayara Alice Souza. **De Amélia a Maria da Penha: a evolução da legislação penal e das construções jurídicas na proteção dos direitos sexuais da mulher**. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. N. 19 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2013. ISSN 1676-2800.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 14ª ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal, volume 2: parte especial**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 74, p. 09, jan. 1999.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. – 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. ver. Atual. Porto

Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso & PRADO, Luiz Regis. **Curso de criminologia**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume 1 – parte geral**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.