

O feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio no sistema penal brasileiro: O direito penal pode ser instrumento no combate a violência de gênero? (*)¹

Femicide as a qualifying circumstance for homicide in the Brazilian penal system: Can criminal law be an instrument in combating gender violence?

El feminicidio como circunstancia calificadora del homicidio en el sistema penal brasileño: ¿Puede el derecho penal ser un instrumento para combatir la violencia de género?

Ivy de Souza Abreu²

Amanda Barboza Reis³

Karina da Silva Basilio⁴

Pablo dos Santos Costa da Mata⁵

(*) Recibido: 16/04/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Artigo científico da Faculdade Multivix, campus Cachoeiro, coordenado pela professora Dra. Ivy de Souza Abreu.
- ² Doutora em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV (Faculdade de Direito de Vitória; Capes 5); Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Especialista em Direito Público; MBA em Gestão Ambiental; Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Biodireito e Direitos Fundamentais"; Membro do BIOGEPE – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito a Saúde e Bioética da FDV; Avaliadora da Revista Opinião Jurídica do Chile (qualis A2); Avaliadora da Revista Brasileira de Políticas Públicas (qualis B1); Licenciada em Ciências Biológicas; Advogada; Bióloga; Professora universitária; autora de livros e artigos.
ivyabreu@gmail.com
- ³ Bacharel em Direito pela Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim; Pós-Graduanda em Direito do Trabalho pela faculdade Faveni.
amanda17barbosa@hotmail.com
- ⁴ Bacharel em Direito pela Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim; Pós-graduanda em Direito Público pela faculdade Faveni.
karinabasilio2011@hotmail.com
- ⁵ Graduando em Direito pela Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim.
p.costa.es@gmail.com

Sumário: Introdução. **1.** Lei Maria da Penha, Direito e Gênero. **2.** Lei Maria da Penha e a Criação de uma qualificadora para o feminicídio. **3.** A criminalização no ordenamento jurídico brasileiro e a proteção de ideologia de gênero/orientação sexual. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente artigo aborda acerca da criação da Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha e seus efeitos, que visa a proteção da mulher no âmbito familiar e, sobretudo ao princípio da igualdade. Para o alcance do objetivo apontado, é mister analisar o contexto histórico em que se instituiu a lei nº 11.340/2006 e o caminho percorrido por ela; as mudanças introduzidas no contexto das relações familiares, afetivas e homoafetivas; e a evolução e a identificação dos critérios adotados para análise da observância do princípio da igualdade e sua aplicabilidade na defesa dos direitos da mulher. Importante trazer à baila, que aspirando a conquista da igualdade, houve também a concepção de uma nova alteração na legislação penal por meio da Lei 13.104/2015, a qual incluiu uma qualificadora no crime de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal Brasileiro, sendo aquela intitulada como feminicídio. Para ser nominada como feminicídio, deve ser observado o conceito de gênero, haja vista que o principal motivo para ser classificado nessa qualificadora é a condição de ser mulher.

Palavra-chave: violência doméstica, princípio da igualdade, gênero, feminicídio, qualificadora.

Abstract: This article deals with the creation of Law 11.340/06, Maria da Penha Law and its effects, which aims at the protection of women in the family sphere and, above all, the principle of equality. In order to reach the pointed objective, it is necessary to analyze the historical context in which law nº 11.340/2006 was instituted and the path followed by it; the changes introduced in the context of the family, affective and homoafetive relationships; and the evolution and identification of the criteria adopted to analyze the observance of the principle of equality and its applicability in the defense of women's rights. It is important to bring to light, that aspiring to the conquest of equality, there was also the conception of a new alteration in the penal legislation by means of Law 13.104/2015, which included a qualifier in the crime of homicide, foreseen in art. 121 of the Brazilian Penal Code, being that entitled as femicide. To be nominated as femicide, it must be observed the concept of gender, considering that the main reason to be classified in this qualifier is the condition of being a woman.

Keyword: domestic violence, principle of equality, gender, femicide, qualifying.

Resumen: Este artículo trata de la dación de la Ley 11.340/06, Ley Maria da Penha y sus efectos, que tiene por objeto la protección de la mujer en el seno de la familia y, sobre todo, el principio de igualdad. Para alcanzar el objetivo señalado, es necesario analizar el contexto histórico en el que se instituyó la Ley nº 11.340/2006 y el camino recorrido por la misma; los cambios introducidos en el contexto de las relaciones familiares, afectivas y homoafectivas; y la evolución y la identificación de los criterios adoptados para el análisis de la observancia del principio de igualdad y su aplicabilidad en la defensa de los derechos de la mujer. Es importante

destacar, que aspirando a la conquista de la igualdad, hubo también la concepción de un cambio en la legislación penal por medio de la Ley 13.104/2015, que incluyó un calificativo en el crimen de homicidio, previsto en el art. 121 del Código Penal Brasileño, siendo el titulado de feminicidio. Para ser calificado como feminicidio, debe observarse el concepto de género, considerando que la razón principal para ser clasificado en este calificativo es la condición de ser mujer.

Palabras clave: violencia doméstica, principio de igualdad, género, feminicidio, calificación.

Introdução

Tradicionalmente, diferentes características foram atribuídas ao universo masculino e feminino. Como resultado disto, temos a formação de estereótipos que tendem a fixar estas características como representativas destes grupos. Estes estereótipos, normalmente, relacionam a figura masculina a características de poder, força, superioridade, ao passo que ao papel feminino são atribuídos a submissão, fragilidade e dependência. A violência de gênero representa o poder de dominação do homem com a submissão da mulher. Com isso, é demonstrado, na atualidade, como que os papéis são distribuídos entre homens e mulheres.

Dentro deste panorama, observa-se que os estudos de gênero surgidos na década de 1960/1970 tinham como finalidade indagar os valores culturais entre os gêneros e o papel da mulher na sociedade, instaurados com os códigos e conduta que eram impostos neste período. Assim, no século XX, surgiu a luta feminina para ter seu reconhecimento social e, em termos gerais, a busca por uma igualdade social para ambos dos sexos. Nesse ínterim, um grupo de mulheres na década de 70 fundaram os primeiros abrigos para mulheres nos Estados Unidos e ganharam fundos governamentais para mais abrigos e programas de assistência.

O Brasil, por sua vez, em caráter mais recente, apresenta a lei de proteção as mulheres, utilizando o Direito Penal como instrumento de proteção de gênero, e no ano de 2006, foi sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. O reconhecimento foi devido a uma mulher que durante anos sofreu violência física e psicológica, na convivência de seu companheiro. Maria da Penha, então, lutou durante o período de 10 (dez) anos para ter a proteção de que tanto necessitava.

A lei em questão protege as pessoas do gênero feminino, embora o debate atual, recaia sobre a inclusão dos transexuais com o nome social retificado, e ainda a cirurgia realizada com o trânsito em julgado da decisão que homologue a troca de sexo, estes tem o direito de serem incluídos, tendo em vista fisicamente se apresentem como mulher.

O artigo 121 do Código Penal, no ano de 2015, incluiu qualificadora do feminicídio, com bases nos dados no Brasil, em que a mulher necessita de proteção especial. O crime ocorre através do menosprezo das razões das condições do sexo feminino, sendo inserido, nesse aspecto o transexual.

Problema de pesquisa/ objetivos/ metodologia

A violência praticada contra a mulher, lamentavelmente, é um fato que ocorre no mundo inteiro e independente de sua classe social, grau de instrução, raça, cor, religião, etnia. Com isso leva a nos indagar, qual seria a solução cabível para a redução da violência contra a mulher, já que tem na atualidade uma lei que visa a sua proteção? Contudo, o índice de violência que ocorre no ambiente familiar, é sempre contra a mulher, por ser um gênero que demonstra mais vulnerabilidade. Muitas das vezes a violência não é somente a física, mas como também a psicológica, podendo resultar em morte, que no âmbito penal se qualifica como feminicídio.

Cabe destacar que, diferentemente da pesquisa quantitativa em que a precisão das perguntas de pesquisa, bem como a clareza das hipóteses, vem antes da coleta e da análise dos dados, nos estudos qualitativos é possível desenvolver perguntas e hipóteses antes, durante e depois da coleta e da análise dos dados (HENRIQUES e MEDEIROS, 2017)

O enfoque qualitativo vale-se também de coleta de dados, mas sem medição numérica para descobrir ou aprimorar perguntas de pesquisa no processo de interpretação (SAMPIERI; COLLADO; LUCIO, 2013, p. 33).

1. Lei Maria da Penha, direito e gênero

Historicamente, observa-se que as mulheres casadas, no decurso do período de pré-industrialização, só podiam trabalhar em função do lar. No entanto, o trabalho doméstico não tinha o mesmo valor do trabalho do seu cônjuge, que por sua vez era considerado fundamental por ser o provedor da casa. As profissões dos maridos eram dominantes e eram separadas das funções exercidas pelas esposas.

Contudo, a mulher no século XIX começou, com um processo lento, a ganhar a sua entrada no mercado de trabalho, mas isto não significa que todas as mulheres conseguiram, participar das atividades laborais. Antes, somente as viúvas e as solteiras preenchiam os requisitos exigidos pelo mercado. As mulheres casadas ainda permaneciam limitadas aos afazeres e cuidados domésticos, os quais se resumiam em cuidar dos filhos, da casa e do marido.

Trazendo este contexto para a atualidade, a mulher ainda é considerada como uma classe depreciada, apesar de ter conquistado muitos lugares diante da sociedade e no mercado de trabalho, mesmo que apresente qualificação igual ou superior a um indivíduo do gênero masculino, as mulheres não ocupam lugares de liderança ou destaque e tem remuneração inferior.

Trata-se, abaixo, de jurisprudência abordando o machismo para com a mulher, mostrando a necessidade do homem em sentir-se superior ao sexo feminino, delimitando até mesmo o local de trabalho de sua companheira, que configura também como violência doméstica, sendo agressão psicológica.

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉU PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO COM MOTIVO TORPE. MORTE DE MULHER PELO MARIDO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1 Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse. 2 Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não

queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratio essendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido. (TJ-11/11/2015)

Dentro desse panorama, em 1983, por consequência das agressões sofridas por seu marido, a mulher conhecida como Maria da Penha ficou paraplégica e, após vários anos, acionou o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), que levou o caso a época para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). (JUSBRASIL, 2019).

Houve, então, o reconhecimento do sexo feminino pelo direito penal com a criação de uma lei própria em decorrência de episódios de agressões físicas e psicológicas sofridas por Maria da Penha. Assim, no ano de 2006, foi reconhecido os direitos da mulher perante a sociedade brasileira, sancionada, então, a Lei 11.340/06, através do Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Esta lei se destina à proteção do gênero feminino no ambiente doméstico, não particularizando apenas o sexo feminino biologicamente, mas também abrangendo os heterossexuais e homossexuais. Nisto, inclui-se então os transexuais.

O transexual, segundo os psiquiatras, apresenta uma condição conhecida como dicotomia físico-psíquica, havendo divergência no psicológico e no físico. Contudo, não se confunde com o homossexual, bissexual, intersexual ou mesmo com o travesti. Estes, sentem que pertencem a outro gênero, realizando a cirurgia de mudança de sexo, e a troca de identificação no nome civil, podendo ser conhecido, muitas das vezes por nome social, o que não acontece com muitos travestis (LURIS, 2006, p.115).

A identidade do transexual perante a sociedade não é demonstrado através de seu psicológico, em termos médicos, haja vista que o corpo social exige que a mulher tem que ser biologicamente reconhecida. Contudo, o homem que deseja trocar de sexo, realiza a cirurgia de troca sexo, e portanto, também a retificação de documentos de identidade. O Recurso restrito abaixo, demonstra perante ao direito civil e a dignidade da pessoa humana, diante de tal escopo da sociedade:

A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana cláusula geral que

permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. (BRASIL, 2009)

Existem duas indagações no âmbito jurídico a serem observadas. A primeira, conservadora, que dispõe que os transexuais, geneticamente, não podem ser considerados mulher, apenas passam por uma cirurgia e possuem o órgão genital feminino. Diante desta indagação, observa-se que descarta a hipótese de proteção especial, no caso a proteção da Lei Maria da Penha. A segunda indagação, observa-se que a pessoa transmuta as suas características sexuais, após passar por cirurgia, inclusive a retificação do nome sexual, desta feita, sendo inserida na proteção especial da Lei Maria da Penha, pois esta é encarada com uma nova performance do gênero feminino (LURIS, 2006, p. 115).

No entendimento do doutrinador Rogério Greco, existe a possibilidade da mudança de sexo, porém se a decisão em trânsito em julgado abrange os direitos civis, está também deverá incluir as responsabilidades no direito penal, ou seja, se pode ser julgado, também pode ser protegida. Veja:

Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em uma mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive o penal. (GRECO, 2015, p. 530)

Os artigos 2º e 3º da Lei nº 11.340/2006 elencam direitos e garantias fundamentais que são inerentes e que devem ser assegurados a toda e qualquer mulher, todas têm o direito à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade. Ainda direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, independentemente de sua classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, sendo-lhes também asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (BRASIL, 2006)

Evidentemente, os direitos seriam inerentes a todo e qualquer ser humano, independentemente da sua orientação sexual. Todavia, não pode olvidar, historicamente, a construção dos direitos humanos que ocorreu, inicialmente, com a exclusão da mulher. Embora os tratados internacionais atuais proclamem a igualdade de todos, resta claro que, infelizmente, permanecem em compreender essa igualdade apenas sob o aspecto formal, estando longe de alcançar a igualdade real entre homens e mulheres, menos ainda em relação aos homossexuais transexuais, travestis.

O artigo 5º da Lei 11.340/06 é categórico no que tange os efeitos sobre a configuração da violência doméstica e familiar contra mulher a conduta baseada somente no gênero. Nucci, em seu entendimento, diz que a exigência da relação de gênero, vai de contra ao significado de mulher, pois violaria o princípio

constitucional de igualdade, descreve “o simples fato de a pessoa ser mulher não pode torná-la passível de proteção penal especial.” (NUCCI, 2007, p.1043).

Segundo o artigo 5º da Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher estabelece que a violência não é somente causada fisicamente, psicologicamente, patrimonial ou sexual, mas como também a omissão do âmbito familiar:

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

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

(III) - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. (BRASIL, 2019)

No contexto da violência de gênero, o homem, geralmente, se comporta e age no direito de ter o domínio sob a mulher. Por sua vez, a mulher se sente culpada por ser a figura mais frágil no relacionamento. Constata-se a partir desta análise, é considerada violência doméstica, as agressões contra mulher, bem como é menosprezo de gênero.

A prática da violência doméstica e sexual emerge nas situações em que uma ou ambas as partes envolvidas em um relacionamento não cumprem os papéis e funções de gênero imaginadas como naturais pelo parceiro. Não se comportam, portanto, de acordo com as expectativas e investimentos do parceiro, ou qualquer outro ator envolvido na relação. (TELES e MELO, 2003, p. 19).

Um exemplo típico dessa conduta seria o caso dos homens que ceifam a vida de suas companheiras, por simples motivo de ciúmes. Em todas essas condutas evidencia-se que o homem, ao agir assim, repete e reforça o pensamento cultural de “direitos sobre a mulher” - esse é o dado de fato que caracteriza a conduta baseada no gênero para os efeitos da Lei Maria da Penha - Lei 11.340/06, cuja finalidade transcende seu próprio objeto, ou seja, o de contribuir para uma aplicação mais eficaz da lei em geral, tratando da violência intrafamiliar, enfatizando sua caracterização e motivos que levam a vítima a não denunciar o agressor.

2. Lei Maria da Penha e a criação de uma qualificadora para o feminicídio

A Lei 13.104/2015 alterou o art. 121, do Código Penal, para incluir a qualificadora do feminicídio para o reconhecimento da proteção gênero, mais especificamente a mulher, por se tratar de um gênero mais vulnerável, necessitando de mais cuidado do poder Judiciário. Ademais, quando se trata do gênero feminino, não se pode igualar ao tratamento para o outro gênero, pois desta feita seria uma igualdade e não uma equidade.

O artigo 121 do Código Penal, como exposto acima, apresenta uma nova qualificadora, mostrando, assim, no Direito Penal o reconhecimento que ceifar a vida de uma mulher não se qualifica mais como motivo torpe, demonstrando um novo olhar da Justiça perante a sociedade, tão somente com vulnerabilidade que a mulher apresenta. Observa-se:

Homicídio qualificado

Art. 121. [...]

§ 2 Se o homicídio é cometido:

[...]

Feminicídio

VI – Contra a mulher por razões da condição de sexofeminino: Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

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

I – Violência doméstica e familiar;

II – Menosprezo ou discriminação a condição de mulher. (BRASIL,1940)

Conseqüentemente, desde que a lei entrou em vigor, surgiu a discussão de qual seria sua natureza: objetiva ou subjetiva. Contudo, a questão é controversa. Convém, discorrer então os requisitos para configurar o crime de feminicídio. As qualificadoras objetivas são as que dizem a respeito do crime, abordando os meios e os modos, enquanto as subjetivas se elencam ao agente, conectando-se qual foi o motivo que levou o agente a praticar o delito.

É importante discorrer as circunstâncias que motivaram a criação da qualificadora, pois, para configurar feminicídio, não basta apenas ser caracterizada como mulher, mas a morte tem que ocorrer pelo fato das razões do sexo feminino, que foram elencadas no § 2 - A do art. 121 do Código Penal: violência doméstica e familiar contra a mulher menospreza a condição de mulher e discriminação a condição de mulher.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. JUIZADO ESPECIAL E DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER VERSUS VARA CRIMINAL COMUM DE SOBRADINHO. ESTUPRO CONTRA FILHA NO AMBITO FAMILIAR DOMÉSTICO. FATO ANTERIOR À LEI MARIA DA PENHA. JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA CAUTELAR PARA INSTRUIR REVISÃO CRIMINAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. 1 RÉU CONDENADO POR INFRINGIR O ARTIGO 214 COMBINADO COM 225, § 1º, INCISO II, E 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009, POR ABUSOS SEXUAIS PRATICADOS CONTRA A PRÓPRIA FILHA, CONFIGURANDO ESTUPRO E ATENTADO AO PUDOR. A DEFESA REQUEREU JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA TENDENTE PARA INSTRUIR REVISÃO CRIMINAL, MAS O JUÍZO CRIMINAL COMUM DECLINOU DA COMPETÊNCIA PARA O JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DA MESMA CIRCUNSCRIÇÃO, POR SE TRATAR DE CRIME PRATICADO NO ÂMBITO FAMILIAR DOMÉSTICO. 2 CONFORME PRECEDENTE DA EGRÉGIA CÂMARA CRIMINAL, A LEI 11.340/2006 É NORMA JURÍDICA DE NATUREZA MISTA QUE CONTÉM REGRAS DE DIREITO MATERIAL MAIS GRAVOSAS. ASSIM, A COMPETÊNCIA PARA JULGAR FATOS QUE CLASSIFICADOS COMO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER OCORRIDOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA É DA VARA CRIMINAL, SOB PENA DE OFENDER O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. 3 NÃO SE TRATANDO DE APURAR FATO NOVO, MAS DE REAPRECIAR CRIME JÁ TRANSITADO EM JULGADO, VERIFICA-SE A PREVENÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO PARA O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. 4 CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO E PROVIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO. (TJ-DF, 2012)

A qualificadora do feminicídio também apresenta a natureza subjetiva, tendo em vista que a motivação do crime, em especial, deve ser cometida contra mulher por razões da condição do sexo feminino. Embora a conceituação da violência

doméstica e familiar tenha caráter objetivo, não afasta assim a qualificadora como subjetiva. (LURIS, 2006, p.115)

É sabido e evidente que as mulheres vêm sendo vítimas de ataques de violência e de assassinatos há muito tempo. Dados estatísticos indicam que todos os dias, aproximadamente, 12 mulheres perdem a vida no Brasil. De acordo com pesquisas realizadas pelo G1, em 2017 houve um aumento de 6,5% em relação aos homicídios dolosos do ano de 2016, sem levar em consideração o grande número de subnotificações que são apuradas pelas autoridades, admitindo que os dados são mais alarmantes e assustadores que se pode supor. (G1.com, 2016/2017)

Tomando como material de estudo a realidade do feminicídio no Espírito Santo, segundo os dados da Secretaria Estadual de Segurança Pública (SESP, 2019), o mês de janeiro 2019 foi considerado o pior dos últimos três anos para mulheres capixabas. Isto devido ao mais alto índice de feminicídio registrado no mês desde 2016 no Espírito Santo, quando este tipo de crime passou a ser contabilizado no estado.

De acordo com os dados da SESP (2017; 2018), em 2017 e 2018 foram registrados quatro casos de feminicídio durante o mês de janeiro, enquanto no mesmo período do ano e 2019 seis mulheres foram vítimas de feminicídio. No ano de 2018, noventa e três mulheres foram assassinadas somente no estado do Espírito Santo. Dessas 93 vítimas, trinta e três foram casos de feminicídio, o que quer dizer que mais de um terço das mulheres mortas no último ano morreram apenas pelo fato de serem mulheres.

Desde que a Lei entrou em vigência, esta prevê penalidades mais graves para homicídios que se encaixam na definição de feminicídio, ou seja, crimes praticados envolvendo violência doméstica e familiar, e até mesmo o menosprezo ou discriminação contra mulher. Contudo, o que faz a qualificadora ser considerada feminicídio, é exatamente a motivação para causar o delito, se tornando mais reprovável, exigindo a punição para tal fato. A principal consequência deste raciocínio, é que uma vez comprovada a qualificadora do feminicídio, não se pode ensejar o motivo torpe.

Nesta linha, é importante destacar no presente artigo que, em março do ano de 2019, foi registrado em São Paulo o primeiro caso de feminicídio com uma mulher transexual. Durante o primeiro quadrimestre do ano de 2019, foram registrados 54% de casos de feminicídio. Em abril, deste ano, foram registrados 54 (cinquenta e quatro) mulheres vítimas do crime.

Portanto, é de considerar que as quando o homem se transmuta para uma figura feminina, e como já dito, retifica seus documentos, é direito deste ser integrado tanto no direito civil, quanto no direito penal, isto é, observando a lei da proteção as mulheres, Maria da Penha, e a do feminicídio, que é a consequência de pertencer ao gênero masculino. É de suma importância destacar que, o Superior Tribunal de Justiça, apresenta jurisprudências recentes jugando os casos de feminicídio. Veja:

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO MINISTERIAL. LEI MARIA DA PENHA. PLEITO DE MEDIDA PROTETIVA. VÍTIMA TRANSEXUAL. DECISÃO COMBATIDA QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PEDIDO DE REFORMA da sentença mediante retorno dos autos à Comarca de Origem, para reabertura processual e respectivo julgamento do feito. POSSIBILIDADE. AGRESSÕES PERPETRADAS CONTRA VÍTIMA DO GÊNERO FEMININO DENTRO DE

UMA relação íntima de afeto. CASO EM APREÇO QUE ATRAI A INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/06. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-BA: 12/11/2018)

3. A “criminalização” do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro e a proteção da ideologia de gênero/ orientação sexual

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para que fique caracterizada a violência doméstica familiar contra a mulher, o sujeito ativo (agressor) independe de sua orientação sexual podendo ser um homem (união heterossexual), ou outra mulher (união homoafetiva), desde que caracterize o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência com ou sem coabitação.

O art. 5º da Lei nº 11.340/2006, em seu parágrafo único prevê que as relações pessoais que reconhecem a violência doméstica contra a mulher “independentemente de orientação sexual”. Isto posto, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros de identidade feminina estão amparados pela Lei Maria da Penha, quando a violência for praticada entre pessoas que possuam relações domésticas, familiares e íntimas de afeto. Nesse sentido, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece as uniões homoafetivas como entidade familiar (STF, 2011).

Assim, de acordo com o julgado do STF ficará também resguardado pela Lei Maria da Penha mulheres que venham a sofrer violência doméstica de suas parceiras, uma vez que o art. 5º, parágrafo único da referida lei é bem claro ao destacar que independe de sua orientação sexual. Portanto, a Lei nº13.104/2015, tipifica o crime de homicídio doloso contra a mulher (biológica ou ideológica), por condição de sexo feminino, ou seja, quando for baseada no gênero, além de incluir o Feminicídio no rol dos crimes hediondos trazidos pela Lei 8.072/90. Isto impede que o acusado seja solto mediante pagamento de fiança.

Além disso, a nova lei prevê o aumento de pena (um terço até a metade) quando o feminicídio for praticado: durante a gestação; nos três meses posteriores ao parto; contra indivíduos menores de quatorze anos; maiores de sessenta anos; portadoras de deficiência; na presença de descendentes e/ou ascendentes da vítima (BRASIL, 2019).

Em relação aos doutrinadores, existe uma parte minoritária que defende que a Lei Maria da Penha não deveria amparar mulheres em união homoafetivas, pois se o sujeito ativo for outra mulher subentende-se que não ficará caracterizado superioridade de forças entre ambas, já que nesse caso, a violência seria praticada por pessoas aparentemente iguais, o que não justificaria a aplicação de tal lei, uma vez que a mesma foi criada para resguardar o gênero feminino apenas quando estiver diante de uma situação de vulnerabilidade.

Desta feita, é necessário destacar que a luta contra violência de gênero é árdua, e visto que os transexuais, mesmo com o reconhecimento que fisicamente são mulheres, não têm a mesma proteção, por se tratar de diferenças maneiras que se tornou mulher. Ademais, verifica-se que doutrinas defendem que as mulheres transexuais, deveriam entrar na qualificadora do feminicídio.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE

PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA. 1 O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil. 2 O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher. 3 Não há analogia in malam partem ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese. 4 Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha. (TJ-DF 05/04/2018).

Considerações finais

Dado o estudo realizado, após todo esse levantamento histórico e conceitual do construto legal sobre o tema abordado e, sabendo que muitas mulheres se mantêm em relacionamentos abusivos, de violência doméstica (que podem, conseqüentemente terminar em feminicídio), por questões financeiras, por terem tido sua liberdade de trabalhar tolhida pelo (a) companheiro(a); seja por se encontrarem desempregadas ou subempregadas; seja ainda por dependência afetiva ao(à) seu(sua) agressor(a), traçando as seguintes conclusões sobre o tema abordado.

A primeira é que, quando determinada lei favorece e dá uma assistência as mulheres vítimas de violência doméstica, significa estar dando credibilidade a elas e buscando a justiça célere e eficaz na concretização de seu direito à vida, à dignidade e segurança. Dessa forma, considerando as estatísticas da violência doméstica e feminicídio no país e, mais especificamente, no Espírito Santo, concluindo que as experiências de violência nas relações íntimas são vastamente diferenciadas na forma, intensidade, na frequência, nos contextos, significados e nos impactos que produzem, e podem ser vistos de modos diferentes segundo a abordagem dos doutrinadores (mais ou menos conservadora), principalmente no que se refere aos relacionamentos homoafetivos.

Assim, conclui-se necessário discutir o tema da proteção e da autonomia da mulher, independentemente de sua condição biológica, a partir desse julgado e de seus argumentos, considerando as novas definições de família e de identidade e papel social de gênero, abrangendo, principalmente, o contexto dos direitos humanos e das relações homoafetivas, que é um construto muito recente e, ainda, muito controverso entre os doutrinadores.

Esta discussão, portanto, configura-se como algo de grande importância no entendimento da Lei Maria da Penha e dos direitos da mulher, uma vez que a violência de gênero é uma grave violação dos direitos humanos, pois se trata de conduta contra a vida (direito constitucional de todo ser humano), realizada nas relações de afetividade hierarquizadas entre os sexos (no caso de relações heterossexuais), e/ou de poder psicológico/emocional em que o elemento de

identidade de gênero masculino submete, subjuga e impede ao outro de identidade feminino, atentando contra sua vida por motivação afetiva (com ou sem a necessidade de coabitarem). Assim, mudanças que ocorrem na legislação contribuem para as novas realidades sociais na qual o judiciário se depara diariamente e, precisa se adequar, no sentido de garantir os direitos das mulheres (biologicamente falando) e dos transexuais.

Referências

- AZEVEDO, Maria Amélia. Mulheres espancadas: a violência denunciada. São Paulo: Cortez, 1985.
- BUTLER, J. Problemas de gênero. Feminismo como subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003.
- CUNHA, Rogério Sanches. Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo / Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto.--3.ed.rev.atual.e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FOLHA VITÓRIA, Redação. Caderno ESPECIAL MULHER, “Espírito Santo bate recorde de feminicídios no início de 2019”, 07 de março de 2019.<https://www.folhavoria.com.br/policia/noticia/03/2019/a-violencia-espírito-santo-bate-recorde-de-feminicidios-no-início-de-2019>. Acesso 02 em outubro de 2019.
- GRECO, R. Feminicídio: comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. 2015. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentariosobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>>. Acesso em: 10 outubro de 2019
- LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal comentada: volume único/ Renato Brasileiro de Lima – 6. ed. rev., atual. E ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. 2007. Leis penais e processuais penais comentadas. 2ª ed. São Paulo: RT. PRADO, Luiz Regis. 2008. Curso de direito penal brasileiro. 7ª ed. São Paulo: RT.
- <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca.Transexuais+lei+maria+da+penha> Acesso em 02 novembro de 2019.
- Superior Tribunal de Justiça.
https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp.newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=transexual+. Acesso 02 em novembro de 2019.
- VELASCO, Clara. CAESAR, Gabriela. REIS, Thiago. Cresce o número de mulheres vítimas de homicídio no Brasil; dados de feminicídio são subnotificados. **G1.com.globo**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vítimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml>>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.