

Em primeiro lugar, o legislador ordinário está obrigado a prever a criminalização dos(as) autores(as) de atentados dolosos contra a vida. Em segundo, aplicáveis os mesmos argumentos que foram desenvolvidos para se declarar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

Em debates anteriores acerca da reforma do Código Penal, sobre a proposta de incluir no § 2.º do art. 121 a qualificadora “*por preconceito de raça, cor, etnia, sexo ou orientação sexual, condição física ou social, religião ou origem*”, **Ney Moura Telles** refutou a crítica de que seriam todos motivos torpes, sendo desnecessária a sua explicitação na norma. Afirmou que a explicitação é uma exigência imposta pela necessidade de conferir melhor e maior proteção às minorias dentro da sociedade.

Não se trata de ampliação do Direito Penal e de recurso a efeito meramente simbólico, mas do aperfeiçoamento e atualização da norma penal para incidir em condutas que antes eram acolhidas ou justificadas pela sociedade, embora sempre causadoras de dano a bem jurídico tradicionalmente sob proteção da lei penal, isto é, o direito à vida. Por isso, pouco adequado o argumento da Senadora **Gleisi Hoffmann** de “*anseio pelo agravamento da punição penal*”.

O aperfeiçoamento visa destacar do conjunto de homicídios praticados no Brasil aqueles em que as vítimas são mulheres e a motivação decorre da condição feminina, de modo a permitir a produção de estatísticas e políticas de enfrentamento.

Elemento fundamental do tipo é a motivação da conduta, consistente em “razões da condição de sexo feminino”, expressão objeto de conceituação legal no § 2.º. A expressão substituiu, a título de emenda de redação, a anterior “razões de gênero”. Todavia, na aplicação da Lei 13.104 não se poderá fugir totalmente do conceito de gênero, uma vez que a “condição de sexo feminino” é uma construção social tal como o papel social atribuído às mulheres na sociedade e que constitui o chamado gênero feminino.

O aumento maior da pena no feminicídio (1/3 até metade), em relação aos demais homicídios qualificados (1/3), no que diz respeito à idade e deficiência da vítima, à condição de gravidez ou do período pós-parto e ainda à presença de ascendente e descendente na cena do crime enseja ao questionamento de sua constitucionalidade.

É justificável a maior causa de aumento relativa à condição de gravidez ou do período pós-parto, dada a maior reprovabilidade do injusto e porque próprias da condição biológica da mulher. O mesmo não se pode dizer das demais causas. Nesse aspecto, o dispositivo é inconstitucional, por violação ao princípio da igualdade, porém prescindível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Basta conferir interpretação conforme à Constituição, ou seja limitar a causa de aumento a 1/3 quando a vítima for mulher menor de 14 ou maior de 60 anos ou deficiente. O problema só existe na causa de aumento pelo fato de o crime ser praticado na presença de ascendente ou descendente da vítima. A reprovação deveria ser a mesma sendo homem a vítima.

O objetivo de dar visibilidade ao grande número de mulheres mortas por serem mulheres pode não ser alcançado, a menos que alterações sejam

feitas também na lei processual penal. É que as qualificadoras se classificam por motivos, meios de execução e conexão teleológica ou consequential com outro crime. Inclui-se a qualificadora do feminicídio no primeiro grupo, junto ao homicídio por motivo torpe e por motivo fútil.

Se o homicídio de uma mulher não for enquadrado na qualificadora do feminicídio poderá sê-lo nas demais hipóteses. Também poderá ocorrer que o homicídio se enquadre concomitantemente na qualificadora do feminicídio e em alguma(s) das demais. Nesse caso uma das circunstâncias será utilizada para qualificar o crime e a(s) outra(s) será(ão) levada(s) em consideração como circunstância(s) agravante(s), na fixação da pena.

Essas possibilidades, bastante comuns, poderão enfraquecer o objetivo de evitar as desclassificações do homicídio qualificado para homicídio simples, em face do não reconhecimento da alegação de ciúmes como motivo fútil ou torpe ou mesmo para homicídio privilegiado e absolvição por legítima defesa da honra. É provável que polícia e ministério público prefiram enquadrar o fato de imediato nas demais hipóteses de homicídio qualificado por entenderem mais difícil demonstrar as “razões de condição de sexo feminino”.

Por fim, a inclusão do feminicídio no rol dos crimes hediondos. Não poderia ser diferente, tal como nas demais hipóteses de homicídio qualificado. Antes, os assassinatos de mulheres praticados por homens já eram considerados hediondos se enquadrados em uma das qualificadoras do art. 121. Assim, não é apropriado dizer que “agora, matar uma mulher é crime hediondo”.

A análise técnico-jurídica e da operacionalidade do sistema de justiça mostra que a Lei 13.104 não exacerba o poder punitivo. Identificar homicídios de mulheres decorrentes de violência doméstica e familiar ou de menosprezo e discriminação à condição das mulheres é importante para a implementação da política de enfrentamento à violência criada pela Lei Maria da Penha. A não identificação gera prejuízos para mulheres que sofreram tentativas de homicídio, para as quais se poderiam oferecer medidas protetivas e a assistência integral necessária para interromper a espiral de violência.

A resistência que se observa na aplicação e na implementação da Lei Maria da Penha tende a persistir no feminicídio. Para quebrá-la, medidas legislativas no âmbito do processo penal, por exemplo, e medidas administrativas devem ser pensadas, aliadas a uma contínua sensibilização do sistema de justiça para a desigualdade de gênero.

**Ela Wiecko V. de Castilho**

Vice-Procuradora Geral da República.

Coordenadora do Comitê Gestor de Raça e Gênero  
no âmbito da Procuradoria-Geral da República.

Mestre e doutora em Direito e professora da  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

## DIREITO PENAL EM DEBATE

# Um copo meio cheio

*Marta Machado e Fernanda Matsuda*

No dia 9 de março foi sancionada a lei que modifica o Código Penal brasileiro para incluir o feminicídio entre as hipóteses de homicídio qualificado. A proposta de tipificação do feminicídio resultou dos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da violência doméstica contra a mulher, encerrada em julho de 2013. Ao longo de mais de um ano, a equipe da CPMI realizou audiências públicas, ouviu autoridades, especialistas e representantes dos movimentos de mulheres e conheceu os serviços públicos que compõem a rede de atendimento a mulheres em situação de violência em 15 Estados do País.<sup>(1)</sup> O texto legislativo recentemente aprovado é produto de um processo intenso

de discussão e negociação envolvendo grupos institucionais e não institucionais. Entretanto, o projeto recebeu duas alterações que não fizeram justiça à qualidade da discussão prévia. A primeira diz respeito à supressão, no momento da assinatura, da expressão “*gênero*” e sua substituição por “*condição de sexo feminino*”. A segunda consiste na inclusão da causa de aumento de pena. O projeto inicial e todo o debate subsequente se basearam na previsão do feminicídio como uma modalidade de homicídio qualificado. Empiricamente se constatam que os assassinatos de mulheres são enquadrados dessa forma, pela existência de uma ou mais qualificadoras, entre as quais prevalecem o

motivo torpe (inc. I), o motivo fútil (inc. II) e/ou o uso de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da ofendida (inc. IV). A proposta, por conseguinte, ao não trazer o aumento de pena, colocava mais ênfase na adequação da resposta do sistema de justiça criminal (com atenção para a desigualdade de gênero) do que na maior punição para os autores do crime de feminicídio.

Dados do Mapa da Violência evidenciam um aumento desproporcional entre as mortes por causas violentas de homens e de mulheres. A taxa de assassinatos de mulheres cresceu 17,2% na última década, o dobro da elevação da taxa de homicídios masculinos que, no mesmo período, foi de 8,1%.<sup>(2)</sup> Não obstante a eloquência desses números, muito pouco se sabe por que e em que circunstâncias essas mulheres estão morrendo – são vítimas da criminalidade “comum”? Ou o fato de serem mulheres é determinante para o desfecho trágico de suas vidas? A literatura internacional indica uma tendência de aumento da violência contra a mulher à medida que ganham mais autonomia, buscam romper situações de submissão ou quebrar papéis tradicionais que a sociedade patriarcal lhes impõe. Contudo, a falta de uma categoria que dê nome ao fenômeno o invisibiliza. Para atacar um problema com políticas públicas adequadas é preciso diagnosticá-lo e nomeá-lo e a criação de uma categoria jurídica própria pode ser um passo importante nesse sentido.

Distinguir o feminicídio do homicídio joga luz na questão de gênero presente não apenas nas circunstâncias do conflito, mas também no processamento dos casos pelos tribunais. Os resultados da pesquisa “A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil”<sup>(3)</sup> mostram que o sistema de justiça criminal contribui para a persistência da desigualdade entre homens e mulheres no País. A dinâmica de funcionamento dos Tribunais do Júri é na maior parte dos casos pautada pelo machismo, sendo recorrentes argumentos que reforçam a naturalização da violência e a culpabilização da mulher. Identificou-se, nos discursos dos(as) profissionais do sistema, o recurso sistemático à construção arquetípica das figuras feminina e masculina, corroborando expectativas que recaem sobre os papéis desempenhados por homens e mulheres na sociedade. Constroem-se nos processos ora a imagem da boa mãe e esposa, que foi vítima da ação de um homem que é patologizado, agressivo e, não raro, faz uso abusivo de álcool ou drogas, ora a imagem da mulher indócil, cujo comportamento (em muitos dos casos a manifestação da vontade de terminar o relacionamento) provocou a agressão do bom marido e trabalhador. Não se pode afirmar que é regra o reconhecimento dos direitos das mulheres nos processos judiciais analisados: trata-se mormente da reprodução de posições tradicionais, que limita a liberdade da mulher, coloca em questão as formas de exercício de sua sexualidade e justifica a violência machista. O uso da categoria feminicídio, ao colocar o gênero em evidência, tem também o potencial de trazer a disputa feminista para o campo dos operadores do direito e problematizar a inércia machista da operação do sistema de justiça.

Mas diante desse cenário em que desponta a importância da disputa política no campo da aplicação das leis, cabe indagar se o Direito Penal é a ferramenta adequada para a visibilização e prevenção da violência de gênero. É próprio do Direito Penal a redução do problema a um ato, com posições definidas de autor e vítima. As narrativas produzidas nesse campo, dessa forma, tendem a enxergar o ato violento como um episódio isolado na trajetória do casal e, ainda, completamente apartado do contexto estrutural da violência de gênero. Nesse sentido, a própria forma de operar do Direito Penal não favorece a transformação dessa realidade, que exige uma abordagem à altura da complexidade do fenômeno. A aposta na pena (mais uma vez de prisão) ao agressor tampouco parece ser uma boa estratégia preventiva. Na maioria dos casos analisados pela pesquisa o sistema de justiça apenas interveio quando a mulher já estava morta. A prisão do agressor a essa altura é mais um capítulo da história de violência.

Ao considerar a eficácia da criminalização, a dimensão da dissuasão é facilmente posta em xeque. Há de admitir, todavia, que, em uma sociedade marcadamente punitivista como a brasileira, criar um crime se tornou uma das estratégias mais relevantes para comunicar a reprovabilidade da conduta, a valorização do direito ou a importância da causa. É a aposta nessa função simbólica que vem impulsionando demandas por tipificação e por agravamento de penas, inclusive por movimentos sociais. Se essa estratégia é compreensível nesse contexto de uma sociedade punitivista, parece-nos importante manter a crítica ao modelo punitivo como um todo. Não só considerar todo o conjunto dos

problemas sociais trazidos pela prisão e os déficits de funcionamento desse sistema já tão inflado, mas manter no campo de visão as limitações das respostas por ele oferecidas.

Nesse sentido, ainda que se considere importante a comunicação promovida pela tipificação do feminicídio, ela deve ser vista como um elemento no bojo de um conjunto de estratégias de ação. Não pode estar descolada do movimento mais amplo de reconhecimento social do problema da violência doméstica contra as mulheres, que ganhou forte impulso com a Lei Maria da Penha em 2006. Para além do conteúdo criminalizante, a lei traz um amplo e consistente programa de proteção às mulheres e de enfrentamento estrutural da violência, por meio de políticas públicas específicas e integrais. Profissionais do direito que atuam na área consideram as medidas protetivas de urgência previstas na lei o seu diferencial no que diz respeito ao rompimento do ciclo de violência e no potencial de prevenção do assassinato de mulheres. Permanecem até agora, entretanto, os desafios para sua implantação. Pesquisa recente do Ipea<sup>(4)</sup> concluiu que a Lei Maria da Penha teve um impacto significativo sobre as estatísticas de assassinatos de mulheres dentro de residências, que tiveram um decréscimo de notáveis 10%. Aponta, ainda, as diferenças no grau de institucionalização dos serviços descritos na lei, inclusive com marcadores desiguais nas regiões no País. A ampliação e o aprimoramento da rede de atendimento às mulheres em situação de violência (em especial dos centros de referência), o estabelecimento de delegacias especializadas de atendimento à mulher com equipes adequadas e que funcionem também durante à noite e aos finais de semana, a aplicação e a fiscalização das medidas protetivas de urgência, a implantação dos Juizados de Violência Doméstica com competência criminal e cível e dotados de equipes multidisciplinares, a instalação das Casas da Mulher Brasileira, entre outras, são medidas que devem ser adotadas em direção à garantia dos direitos das mulheres.

Criar um tipo penal sem olhar para todas essas questões significa negligenciar o que há de mais promissor na política de enfrentamento à violência. De outro lado, parece-nos urgente unir esforços em torno da conscientização e sensibilização dos(as) operadores(as) do direito, cujas representações são moldadas dentro da lógica machista que envolve toda a sociedade. E nesse sentido, a intensa discussão suscitada pela aprovação da tipificação do feminicídio pode ter efeitos positivos na postura desses(as) profissionais.

## Notas

- (1) O relatório final da CPMI encontra-se disponível em: <[http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI\\_RelatorioFinal\\_julho2013.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf)>. Acesso em: 9 mar. 2015.
- (2) Mapa da Violência 2013.
- (3) A pesquisa, realizada pelas autoras do texto e equipe no âmbito do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena (FGV Direito SP) com financiamento da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), realizou o estudo qualitativo de processos judiciais referentes ao homicídio tentado e consumado de mulheres que tramitaram nos Tribunais do Júri de Bahia, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná e São Paulo.
- (4) Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=24610](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610)>. Acesso em: 9 mar. 2015.

**Marta Machado**

Professora da FGV Direito SP.  
Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre  
o Crime e a Pena da mesma instituição.

**Fernanda Matsuda**

Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena.