

INCLUSÃO DA QUALIFICADORA “FEMINICÍDIO” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NECESSIDADE OU POPULISMO PENAL?

*Leandro Rodrigues Doroteu
Amanda Nayane Santos de Andrade*

Resumo: O presente trabalho tem por objeto investigar os fatores determinantes para inclusão do “feminicídio” no ordenamento jurídico brasileiro, previsto na Lei 13.104, de 09 de março de 2015. Com prisma de medida política, voltada à erradicação da violência contra a mulher, o “feminicídio” é apresentado como o homicídio de mulher por razão da condição do sexo feminino, isto é, menosprezo, discriminação ou violência doméstica. Neste sentido, busca-se comprovar que a Lei do Feminicídio adota a política da repressão sem prevenção, cuja finalidade está precipuamente em aumentar a pena, qualificando-o, e em restringir os benefícios da execução da pena, o enquadrando como crime hediondo, tratando-se de uma solução imediata e ilusória. Nesse diapasão, toda medida que não aborde a impunidade e que permaneça omissa quanto à aplicação da legislação precedente, como àquelas que estabelecem medidas protetivas, tende à adoção do populismo penal, que visa o expansionismo do Direito Penal, utilizando-o como instrumento capaz de educar a sociedade e restabelecer a ordem, sendo emanado de uma atuação meramente simbólica. Posto isso, para uma melhor abordagem será utilizado o método indutivo, sendo o tema abordado analisado através de doutrinas, jurisprudências e de leis.

Palavras-chave: Feminicídio; Homicídio; Populismo penal; Direito penal simbólico.

***Abstract:** This study's purpose is to investigate the determinants for inclusion of "femicide" in the Brazilian legal system, expected in Law 13.104 of March 9th 2015. With the political prism measure aimed at eradicating violence against women, the "femicide" is presented as murder for the reason of being female; in the context of contempt, discrimination or domestic violence. In this sense, it seeks to prove that the Femicide Act adopts the repression without prevention, whose purpose is primarily to increase the penalty, qualifying it and restricting the benefits of the sentence, and framing it as a hideous crime. In the case of an immediate and illusory solution, because every measure in this sense that does not address impunity and is missing in the application of existing laws, for example the Law nº 11.340/2006, tends to the direction of criminal populism policies. The law aims to expand criminal law, using it as an instrument to educate society and restore order. That said the inductive method will be used for a better approach, analyzing the chosen subject by using doctrines, jurisprudence and laws.*

Keywords: Femicide; Murder; Penal populism; Symbolic criminal law.

Introdução

Uma sociedade igualitária livre de quaisquer formas de discriminação figura dentre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Note-se, porém, que as mulheres ainda são submetidas a um cenário patriarcal de violência física, moral e sexual motivada, sobretudo, pela discriminação, menosprezo e violência doméstica, por razão da condição do gênero.

Ocorre que esse panorama de violência também apresenta índices altos quando se trata da privação do direito à vida. Com base nisso o poder público incluiu no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015, a medida política denominada “feminicídio”, isto é, morte de mulher em razão da condição do sexo feminino, ou seja, ocasionada pela misoginia, discriminação ou violência doméstica e familiar.

Neste sentido, propõe-se uma análise minuciosa da Lei do Feminicídio, com a problemática voltada para o enfoque realista de fatores propícios a torná-la simbólica, como a impunidade e a falta de implementação de políticas públicas, que recaiam sobre a prevenção do crime, observando-se na novel lei resquícios do populismo penal, defensor da falácia imediatista de enrijecimento da pena e de sua execução como fator na redução de assassinatos de mulheres.

Desse modo, busca-se contextualizar e investigar a correlação da Lei do Feminicídio com a política do populismo penal, que interpreta o Direito Penal como o recurso capaz de transformar a sociedade, fomentando a ordem social.

Para isso, será abordada inicialmente a conceituação do termo “feminicídio”, a fim de estabelecer sua inclusão como qualificadora e, por consequência, seu enquadramento como crime definido como hediondo, outrossim, procura-se estudar os principais pontos ventilados na nova lei.

Em seguida parte-se para a definição do populismo penal e de seus aspectos, dentre os quais, está à busca do apoio popular para impor medidas políticas repressivas, consistentes na ilusória solução de um grave problema. Por fim, busca-se examinar os fatores que corroboram para o índice de homicídio contra as mulheres, como a mora estatal nas investigações e elucidação desses crimes, bem como a falta de política de prevenção, a fim de demonstrar que a Lei do Feminicídio possui características do Direito Penal simbólico.

A tipificação do feminicídio e os mecanismos de combate à violência contra a mulher

Todo ser humano tem direito à vida, sendo sua proteção um imperativo jurídico de ordem constitucional (MIRABETE, 2012, p. 26), consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Portanto, nos ensinamentos de Néelson Hungria (1979, p. 227), “o direito de viver não é um direito sobre a vida, mas à vida, no sentido de correlativo da obrigação de que os outros homens respeitem a nossa vida”.

Além disso, por ser um direito individual-social, recebe do Estado proteção legal (BITENCOURT, 2012, p. 49-50), sendo resguardado no Capítulo I, da Parte Especial do Código Penal, que definiu os crimes contra a vida. Dentre esses delitos encontra-se o homicídio, previsto no artigo 121, do Código Penal (BRASIL, 1940), composto do núcleo “matar” que é, nas lições de Cezar Bitencourt (2012, p. 55), “o enunciado mais conciso, objetivo, preciso e inequívoco de todo o Código Penal brasileiro”, por admitir qualquer meio de execução hábil a produzir o resultado, e do elemento objetivo “alguém”, entendido como qualquer ser humano (GRECO, 2013, p. 131; JESUS, 2014, p. 52).

Contudo, apesar do amparo constitucional e legal, o Brasil ocupa a sétima posição mundial nas taxas de crimes de homicídios em que a mulher é o sujeito passivo, pois, no período de 2006-2010, apresentou o equivalente a 4,4 homicídios em 100 mil mulheres (WAISELFISZ, 2012, p. 16). Inclusive, a pesquisa intitulada de Mapa da Violência constatou

que no período de 1980 a 2010 o quantitativo de mortes “passou de 1.353 para 4.297, o que representa um aumento de 217,6% – mais que triplicando – nos quantitativos de mulheres vítimas de assassinato”, como explica Julio Jacobo Waiselfisz (2012, p. 05).

Diante disso, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência contra a mulher no Brasil foi instaurada, com a finalidade de investigar e apurar a omissão do poder público na efetividade dos instrumentos previstos em lei e, seguindo recomendações internacionais, recomendou a inclusão do “feminicídio” na legislação pátria, trazido como a “instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte”, conforme o Relatório Final dessa CPMI (BRASIL, 2013, p.1134 – 1337).

O feminicídio tem como marcos normativos, na esfera internacional, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a mulher, ratificada pelo Brasil em 1984, com o enfoque de eliminar qualquer forma de discriminação e garantir a igualdade, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, chamada de “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Brasil em 1995, definindo a violência contra a mulher como qualquer ato baseado no gênero, que cause morte ou dano físico, sexual ou psicológico (PIOVESAN, 2010, p. 263-272).

No entanto, o termo “feminicídio” apareceu pela primeira vez em documento na 57ª Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher da Organização das Nações Unidas (BRASIL, 2013, p. 1138). Portanto, o assassinato de mulheres importa transgressão dos direitos humanos, sendo um dos principais óbices para alcançar uma sociedade igualitária¹ (VÁSQUEZ, 2009, p. 9).

Dessa maneira, oriunda do Projeto de Lei nº 8.305/2014, a Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015, incluiu a sexta circunstância qualificadora no parágrafo 2º, do artigo 121, do Código Penal (BRASIL, 1940), denominada “feminicídio”, ou seja, a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino. Com o teor explicativo acrescentou, ainda, o parágrafo 2º-A (BRASIL, 1940), definindo por “razões de condição de sexo feminino” o fato de o crime envolver violência doméstica e familiar (inciso I) e menosprezo ou discriminação à condição de mulher (inciso II).

Desse modo, define-se o menosprezo como desprezo, ódio ou repulsa a pessoa em razão do sexo feminino (GRECO, 2015). A discriminação denota toda exclusão, restrição ou distinção, que prejudique ou suprima o reconhecimento, o gozo ou exercício pela mulher dos direitos humanos e liberdades fundamentais, assim, a discriminação pode ser compreendida como a desigualdade propriamente dita (PIOVESAN, 2010, p. 265; BRASIL, 2006, p. 96).

Contudo, quando o homicídio envolver um contexto de violência doméstica e familiar deve-se utilizar, como parâmetro, o artigo 5º, da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, chamada de Lei Maria da Penha, através de uma interpretação sistemática (GRECO, 2015). Assim, qualifica-se o homicídio quando, no âmbito da unidade doméstica e familiar, o crime for baseado no gênero, ou seja, nas situações que envolvem determinações sociais dos papéis masculinos e femininos, isto é, poder de dominação do homem sobre a mulher, devido às ideologias patriarcais (BIACHINI, 2014, p. 31-34).

Logo, não incidirá a qualificadora feminicídio na proposição do companheiro que mata sua companheira, após tomar conhecimento que esta o delatou às autoridades policiais,

¹ Tradução dos autores.

devido à plantação de *cannabis sativa* no quintal de sua residência, uma vez que o homicídio não foi baseado no gênero (BIACHINI, 2014, p. 34).

Importante salientar, que há na novel lei uma confusão causada pelas expressões “femicídio” e “feminicídio”, a primeira significa matar mulher na unidade doméstica, desconsiderando o elemento da misoginia, já a segunda consiste na conduta causada pelo menosprezo ou discriminação à condição do gênero (CUNHA, 2015, p. 02-03). Todavia, não há consenso doutrinário quanto à definição dessas expressões, entretanto, pode-se afirmar que ambas possuem ligação direta com o feticide, assassinato de mulheres motivado pelo sentimento de propriedade (RUSSELL; JILL, citadas por VÁSQUEZ, 2009, p. 24 e 25).

Destarte, ignorando sugestões dos operadores do Direito (CUNHA, 2015, p. 03), o legislador brasileiro não fez nenhuma distinção entre essas expressões, considerando como “feminicídio” toda morte de mulher ocasionada por condição do sexo feminino, ou seja, motivada pelo menosprezo, discriminação ou pela violência doméstica e familiar.

O feminicídio é denominado como íntimo, quando o homicídio é cometido por quem à mulher tem ou teve uma relação íntima, familiar ou de convivência; não-íntimo, quando inexistem tais relações; por conexões, nos casos de *aberratio ictus*, por estarem na linha de fogo de uma pessoa com a intenção de matar outra mulher e por ocupações estigmatizadas, quando são assassinadas devido a misoginia, ou, aversão ao sexo feminino (VÁSQUEZ, 2009, p. 30-33; JESUS, 2014, p. 76). Ressalta-se que, como a nova qualificadora trata de crime comum, o sujeito ativo é qualquer pessoa (MIRABETE, 2012, p. 26).

Portanto, a tipificação do feminicídio possui caráter de medida política tida como mais uma ferramenta voltada à erradicação da violência contra as mulheres e que, por isso, foi incorporada em legislações de alguns países, como tipo penal ou como figura agravada, considerando esta como a medida eficaz, revestida do imediatismo para solução do problema (VÁSQUEZ, 2009, p. 10). O Brasil optou por elegê-la como circunstância qualificadora do crime de homicídio, com a função de aumentar a pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Dessa maneira, ao qualificar um crime mostra-se que esse não possui autonomia tratando-se, por conseguinte, de um crime derivado. Assim, o artigo 121, do Código Penal, aumentando à pena, comina, por intermédio do parágrafo 2º, o mínimo e o máximo em quantidades superiores àquelas previstas no *caput* (JESUS, 2011, p. 624; GRECO, 2013, p. 102).

Populismo penal, político e midiático

O populismo penal é a forma de exercício do poder punitivo responsável por instrumentalizar o senso comum e explorar a vontade popular (GOMES, 2013, p. 29), utilizando-se, para isso, da comoção e do sentimento de medo do delito (GARLAND, 2005, p. 44) a fim de se obter o consenso ou apoio popular, para a imposição de medidas punitivas mais rígidas objetivando-se uma política mais repressiva de combate ao crime, seja pela adoção de leis penais, sentenças mais rígidas ou uma execução penal com benefícios restritos (GOMES, 2013, p. 27 - 33), valendo-se para isso de uma política mais populista, cujo lema é de que para o controle da criminalidade a prisão funciona (GARLAND, 2005, p. 195).

Dessa forma, o discurso populista transmite a ideia de que o castigo é a forma apropriada de responder, instantaneamente, uma sociedade cada vez mais receosa devido ao crescente fenômeno da criminalidade, além de mostrar que o Estado está disposto a usar seus

poderes para manter a lei e a ordem (GARLAND, 2005, p. 225).

Impende salientar que o populismo penal não é “fruto puro e direto do senso comum”, nas lições de Luiz Flávio Gomes (2013, p. 52), surgindo pelo emprego de técnicas empregadas à manipulação da massa, com o objetivo de criar ou ampliar a sensação de insegurança explorando-se, dessa forma, o sentimento de medo ligado ao de vingança, com o intuito de se alcançar o apoio popular para a expansão do poder punitivo.

Mas, o que se objetiva com o expansionismo penal? Objetiva-se, simplesmente, em utilizar o poder punitivo como um fator de mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, assim, seria o Direito Penal o único instrumento eficaz e dotado de um caráter estritamente pedagógico e político-social para a manutenção da civilização², ou seja, um recurso hábil de transformação da sociedade, de maneira a fomentar a ordem social sob o fundamento de interesses de ordem e ideologias econômicas transpondo, assim, o campo do sistema penal ou da prevenção geral do crime (SÁNCHEZ, 2001, p. 65, 72 e 75; GOMES, 2013, p. 29).

Dentre os prováveis agentes que almejam o expansionismo penal, por meio do discurso populista, destacam-se os políticos e a mídia que, demasiadamente, valoram a opinião pública em detrimento do ponto de vista técnico dos operadores e peritos do Direito Penal, pois consideram mais realista o enfrentamento dos efeitos, refletido no enrijecimento das leis, do que o enfrentamento das causas do problema (GARLAND, 2005, p. 49 e 188).

As ações político-penais estão sendo estabelecidas por comitês e conselheiros políticos, desse modo, são os atores políticos que elegem as medidas políticas e penais, afastando os profissionais especialistas (GOMES, 2013, p. 198), e tomando decisões em um curto espaço de tempo. Logo, elaboram leis penais cada vez mais rígidas, de modo que a população as veja como medidas “duras, hábeis e adequadas”, nos ensinamentos de David Garland (2008, p. 58), para solucionar o problema da criminalidade.

Dessa maneira, o Direito Penal é um produto político (SÁNCHEZ, 2001, p. 87), tendo como mercadoria a insegurança pública e como destinatária à população que vota, sendo a vontade dessa dirigida por um líder carismático, que precisa do voto (GOMES, 2013, p. 28 e 40). Assim, a ação política retratada por medidas legislativas, como o agravamento de penas, ilude qualquer reconhecimento realista de problemas existentes, sendo duvidosa sua capacidade de controlar delitos, entretanto, a capacidade de promover uma resposta instantânea é sedutora, já que grande parte dessas medidas tem como causa a indignação pública (GARLAND, 2005, p. 224).

A mídia, por sua vez, é a principal fonte de significação da realidade (TONDATO, 2007, p. 126), responsável por modelar uma sociedade cada vez mais enclausurada pela insegurança do medo do delito³ (RODRÍGUEZ, 2012, p. 04), de modo a possuir papel significativo na difusão do discurso populista, uma vez que se autointitula a encarregada de convencer a sociedade, por meio do sensacionalismo, transmitindo casos atroz, que chocam e causam uma aversão da população que, como forma de resposta a eles, exige um Direito Penal mais severo (GRECO, 2009, p. 05). Ademais, não se limita a função de narrar os fatos com imparcialidade, visto que, “investiga, acusa, julga e aplica sanções morais ou atua como empresário moral do punitivismo”, nas lições de Luiz Flávio Gomes (2013, p. 106).

² Tradução dos autores.

³ Tradução dos autores.

Sabe-se, ainda, que os meios de comunicações são imprescindíveis para o pleno desenvolvimento da democracia, embora, às vezes adotem uma postura antidemocrática, pois ao exigirem a edição de leis penais radicais acabam defendendo a abolição de direitos e garantias fundamentais, consagradas na Carta Magna, ao achar que, com isso, o problema da criminalidade estaria solucionado bastando um truque de mágica (GOMES, 2013, p. 99).

Portanto, embora a política do populismo penal possua um prisma atrativo, por se tratar, à primeira vista, de uma provável solução rápida e eficiente para um problema grave, não há comprovação de que a resposta punitiva realmente funcione (GARLAND, citado por PAIVA, 2009, p.79), causando um efeito inverso, já que mesmo com o considerável número de leis penais e com o crescente endurecimento das penas cominadas aos fatos delituosos, dos dispêndios com segurança pública e das taxas de encarceramento, ainda, é notório que os índices da criminalidade e da impunidade permanecem altos.

A influência do populismo penal na edição da Lei 13.104/2015

O Brasil apresentou, no período de 2009-2011, a taxa de 5,82 mortes por 100 mil mulheres, de 15,52 mulheres mortas a cada dia e de uma a cada uma hora e meia (BRASIL, 2013). Ainda, a pesquisa divulgada pelo Mapa da Violência apontou que 65% dos “feminicídios” tiveram como sujeito ativo o parceiro íntimo ou o ex (WAISELFISZ, 2012, p. 16-17).

A população pode desconhecer os dados supramencionados, mas diante de casos atrozmente repercutidos pelos meios de comunicação exige que o Estado combata, imediatamente, essa natureza de crime, especialmente na esfera doméstica. Quanto a isso, o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo questionou a pena apropriada para o marido que mata a mulher e 29,7% dos entrevistados apontaram a pena de prisão perpétua como a ideal (CARDIA, 2012, p. 290), mesmo sendo essa espécie vedada pela Constituição Federal, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” (BRASIL, 1988).

Com base na recíproca de que o político responde as reivindicações do povo por meio da elaboração de leis (GOMES, 2013, p. 42), a Lei nº 13.104/2015 foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro com o aspecto de mecanismo eficiente para a política de erradicação da violência contra a mulher, sendo aclamada, por alguns setores sociais e midiáticos, como o instrumento para punir com penas mais duras, “este odioso crime” (BRASIL, 2015), na linha da política de tolerância zero, vertente do movimento político-criminal denominado de Lei e Ordem que, em síntese, transforma determinadas condutas em infração penal para aumentar o rigor da punição, bastando, para isso, vontade do legislador (GRECO, 2009, p. 14).

No entanto, existem na Lei do Feminicídio características do discurso populista, defensor de acentuado rigor penal, embora negligente na aplicação da lei. Isto é, encontra no agravamento de pena uma ilusória solução de um problema grave que *a priori* ignora a efetividade de tal medida. Porquanto, não é o rigor da lei que previne crimes, para isso, se faz necessário, como instrumento hábil, a certeza da efetiva aplicação e garantia de execução da pena (BECCARIA, 1764, p. 40; GOMES, 2013, p. 195).

Todavia, a efetividade da Justiça criminal do Brasil é deficiente (GOMES, 2013, p. 195), fato que os defensores do expansionismo penal tendem a ignorar. O estudo realizado pela Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2012, p. 25) verificou que em 2010 havia no Brasil um total de 134.944 mil inquéritos sem movimentação, referentes às

investigações de homicídios dolosos instaurados até o dia 31 de dezembro de 2007. Com o estabelecimento da “Meta 2”, monitorada pelo sistema denominado “Inqueritômetro” (BRASIL, 2012, p. 23 e 26), em maio de 2015, reduziu-se esse número para 41.010 mil, embora permaneça alto. Registre-se que, em relação à movimentação do total inicial dos inqueritos, em apenas 20% dos casos houve o oferecimento da denúncia, sendo 78% deles arquivados (BRASIL, 2015).

Inclusive, o Brasil apresentou o índice de elucidação dos crimes de homicídios variante de 5% a 8%, em contrapartida, no Reino Unido esse percentual é de 90% (BRASIL, 2012, p. 25). O Mapa da Violência 2011 (GOMES, 2013, p. 195), estimou que a cada 100 homicídios apenas 8 possuem circunstâncias e autoria devidamente apuradas.

Por que a Lei do Feminicídio possui aspecto do Direito Penal simbólico, guiado pelo populismo penal? Por adotar a política da repressão sem prevenção. Isto é, a prioridade é o tratamento do sintoma “morte”, mas não verifica se esse apresentará resultados de cura para a “doença” violência contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, pois notório é o descaso tanto com redução da impunidade quanto com as medidas protetivas, voltadas para conter os crimes prenúncios do homicídio, quais sejam, ameaça e lesão corporal (SICA, citado por GRECO, 2009, p. 12; NUCCI, 2015).

Nesse sentido, a pesquisa Datasenado de 2013 (BRASIL, 2013, p. 2-6), verificou que, no Brasil, 19% da população feminina, maior de 16 anos, já sofreu algum tipo de violência, no entanto, 34% das vítimas abstiveram à denúncia formal, buscando auxílio na família, Igreja e amigos, e, 15% optaram por não fazer nada a respeito da agressão sofrida. Conclui-se que quase a metade elegeu não formalizar a denúncia, sendo o medo do agressor fator preponderante, apontado por 74%.

Ocorre que “o Parlamento brasileiro continua míope”, nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2015), pois, para amortizar o índice dos crimes de homicídio de mulheres é necessário “ir à raiz do problema”, lições de Luiz Flávio Gomes (2013, p. 196), ou seja, deve-se estruturar a polícia brasileira, a fim de que faça investigações mais técnicas, ter o controle externo mais assíduo do Ministério Público e uma Justiça Criminal mais célere, a fim de reduzir a impunidade. Além disso, é imprescindível a implementação de políticas públicas que recaiam sobre a prevenção do crime, utilizando-se, sobretudo de forma efetiva, das medidas protetivas já previstas em lei (GOMES, 2013, p. 194-197).

Outra característica que corrobora para o efeito simbólico e desnecessário, da Lei do Feminicídio está no fato de que não ocorreu alteração em sua essência, visto que, veio penalizar algo que já estava previsto legalmente, ou seja, poderia ser caracterizado como motivo torpe ou fútil, consagrados, respectivamente, nos incisos I e II, do parágrafo 2º, do artigo 121, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Por conseguinte, agiria com torpeza o namorado que matasse a namorada por não aceitar o término do relacionamento (BIANCHINI; GOMES, 2015) e com motivo fútil o marido que matasse a esposa, diante sua negativa de passar suas roupas (MASSON, 2012, p. 30). Frise-se que tanto o motivo torpe quanto o fútil integra o rol dos crimes hediondos, possuindo o mesmo tratamento ofertado à nova qualificadora.

Ademais, a violência doméstica contra a mulher, também, estava prevista legalmente, como agravante, prevista no artigo 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal (BRASIL, 1940). Entende-se que com a inclusão da qualificadora do feminicídio a agravante deve ser afastada,

caso contrário ocorrerá *bis in idem* (JESUS, 2011, p. 603).

Importante apontar que o Conselho Nacional do Ministério Público verificou que a principal motivação para os crimes de homicídios estaria no impulso e no motivo fútil, esse índice atingiu 83,03% dos casos em São Paulo, por exemplo. Considerou-se nesse estudo as circunstâncias de violência doméstica e do ciúme (BRASIL, 2012).

Porém, por entendimento da doutrina o ciúme não pode ser enquadrado como motivo fútil, tendo em vista que “esse sentimento que destrói o equilíbrio do ser humano e arruína sua vida, não deve ser considerado insignificante ou desprezível”, como preleciona Cleber Masson (2012, p. 31).

No entanto, os tribunais vêm reconhecendo o motivo fútil em casos que a conduta do agente é motivada por discussões banais e habituais entre os casais e, até, no rompimento de namoros (MIRABETE, 2012, p. 35), inclusive, o Supremo Tribunal Federal entende que cabe ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri sopesar a incidência do motivo fútil quando o homicídio tiver como causa o ciúme (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

Destarte, na conjectura do marido que encontra sua esposa em flagrante adultério e, sob o domínio de violenta emoção, ceifa-lhe a vida (CUNHA, 2015; MASSON, 2012, p. 24), poderá incidir a qualificadora do feminicídio, concomitantemente, com o privilégio, na forma do parágrafo 1º, do artigo 121, do Código Penal (MASSON, 2012, p. 20)? Não, pois a qualificadora feminicídio está ligada à motivação do crime, possuindo caráter subjetivo, assim, com o reconhecimento do privilégio esta será rechaçada (CUNHA, 2015) e a natureza de crime hediondo não será reconhecida.

Desse modo, a nova lei não apresenta mudanças substanciais em crimes dessa natureza, pois, antes dela, o homicídio privilegiado, também, poderia ser reconhecido, afastando-se a qualificadora do motivo fútil ou torpe, abrangidas pelo caráter subjetivo. Caso o Conselho de Sentença não entendesse dessa forma, o crime poderia ser qualificado pela torpeza ou pelo motivo fútil (BITENCOURT, 2012, p. 81).

Note-se, ainda, que os meios de execução mais expressivos do homicídio de mulheres, quais sejam, objetos cortantes ou penetrantes (25,8%) e contundentes (8,5%); asfixia, ocasionada por estrangulamento ou sufocação (5,7%) e outros meios (10,8%), neste se inclui envenenamento e elemento quente; também possuíam o condão de qualificá-lo (WASELFISZ, 2012, p. 10).

Portanto, a Lei nº 13.104/2015 é mais uma medida política fadada à atuação meramente simbólica, que busca acalmar a opinião pública ao endurecer a pena e estabelecendo sua execução a míngua de benefícios. Entretanto, o simbolismo volta-se para um Direito Penal promocional, defensor da ideia de que é moralmente obrigatório obedecer às leis porque são válidas, conduzindo-o à falta de credibilidade (BATISTA; ZAFFARONI, citados por GRECO, 2009, p. 14; FERRAJOLI, 2002, p. 738 e 758).

Conclusão

Do quanto exposto nos tópicos anteriores, à primeira vista, existe necessidade jurídica na tipificação do “femicídio”, autorizando-se, inclusive, o emprego do Direito Penal, *ultima ratio*, como ferramenta pedagógica capaz de educar a sociedade, por meio do controle do expansionismo penal. Ou seja, o Estado estaria respondendo de forma imediata à população,

que vota, através do recurso que estima ser adequado para restabelecer a moralidade.

Entretanto, comprovou-se neste estudo que o problema da violência contra a mulher, faz jus a um tratamento realista e não de um camuflado e atrativo imediatismo, no qual consiste o aumento de pena.

Logo, a contradição reside no fato de que, por mais que a Lei nº 13.104/2015 tenha entrado em vigor, o dispositivo legal que prevê a punição do sujeito ativo da conduta típica “matar alguém”, ainda não tem aplicação efetiva, pois está em estado apático, uma vez que à efetividade da Justiça Criminal brasileira é aquém do ideal. Ainda, existem municípios que padecem com a falta de políticas públicas voltadas à prevenção desse delito, o que reduziria consideravelmente as taxas de homicídio, como apontado neste trabalho.

Ressalta-se que a Lei do Femicídio foi intencionalmente voltada para o âmbito social, pois não apresentou alterações substanciais para o campo jurídico, já que matar mulher por causa da misoginia e discriminação à condição do sexo feminino, ou no contexto de violência doméstica e familiar, bem como pelos meios mais expressivos empregados para a consumação deste delito, já possuía o condão de qualificar o crime ou agravar a pena.

Posto isso, a Lei do Femicídio no campo jurídico é desnecessária, pois trata de algo com previsão na legislação pátria. Assim, o Estado brasileiro utilizou, mais uma vez, do discurso populista para priorizar a repressão em detrimento da política de prevenção, por intermédio de medidas protetivas, bem como de políticas que fomentam o ensino e a cultura, colocados em segundo plano. Isso porque, a atuação do legislador é notada através da criação de leis, pois essas oferecem um imediatismo ilusório, em contrapartida, as políticas públicas são dotadas de efetividade, mas demandam tempo para surtir efeitos.

Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. eBookLibris, 1764.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Femicídio entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015**. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13-1042015/>>. Acesso em: 04 de abril de 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 de março de 2015.

_____. **A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150302_nt_diest_13.pdf> Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048k.pdf> Acesso em: 28 de maio de 2015.

_____. **Conselho Nacional do Ministério Público. Inqueritômetro: ENASP – Meta 2 – até 2007.** Disponível em: <<http://inqueritometro.cnmp.gov.br/inqueritometro/home.seam>> Acesso em: 18 de maio de 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 07 de março de 2015.

_____. **Diário do Congresso Nacional. Seção I, ano XLV- nº 78.** Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29JUN1990.pdf#page=121>>. Acesso em: 20 de março de 2015.

_____. **Direitos Humanos: Documentos internacionais.** Brasília: Presidência da República, Secretaria de Direitos Humanos, 2006.

_____. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Femicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm> Acesso em: 03 de março de 2015.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. Lei dos Crimes Hediondos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm> Acesso em: 06 de março de 2015.

_____. **Relatório Final da Comissão Mista de Inquérito sobre a violência contra a mulher.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=133656>&> Acesso em: 03 de maio de 2015.

_____. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2015.

CARDIA, Nancy. **Pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais e valores em relação a violação de direitos humanos e violência: Um estudo em 11 capitais de estado.** São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial.** 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei do Femicídio: Breves comentários.** Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/nota-de-atualizacao-rogerio-sanches-2015.pdf>> Acesso em: 13 de março de 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARLAND, David. **La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea.** 1ª edição. Barcelona: Gedisa editorial, 2005.

_____. **A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo penal midiático: Caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Feminicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Disponível em: <http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015?ref=news_feed> Acesso em: 16 de março de 2015.

_____. **Curso de Direito Penal Parte Especial.** 10ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão Minimalista do Direito Penal.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, volume V, arts. 121 a 136.** 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático. Parte Especial.** 4ª edição. São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual do Direito Penal.** 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Notas sobre o Feminicídio.** Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/penal/notas-sobre-feminicidio>> Acesso em: 26 de maio de 2015.

PAIVA, Luiz Guilherme Medes de. **A fábrica de penas: Racionalidade legislativa e a Lei dos Crimes Hediondos.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRÍGUEZ, Esteban. **Los medios y los miedos, fragmentación social, estigmatización, inseguridad y medios de comunicación.** Disponível em: <http://perio.inlp.edu.ar/sites/default/files/programa_2012_alzqueta.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2015.

RUIC, Gabriela. **Os 25 lugares mais violentos do planeta.** Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/estes-locais-tem-as-maiores-taxas-de-homicidios-do-planeta/lista>> Acesso em: 21 de maio de 2015.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** 2ª edição. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 107.090/RJ,** Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 18 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107090%2ENU ME%2E+OU+107090%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qbmk8mt>> Acesso em: 24 de maio de 2015.

TONDATO, Marcia Perencin. **Violência na mídia ou violência na sociedade? A leitura da violência na mídia.** Número 32. Porto Alegre: Revista FAMECOS, 2007.

VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. **Feminicídio.** 1ª edição. México: Oacnudh, 2009.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012. Os novos padrões da violência homicida no Brasil. Caderno complementar 1: Homicídio de mulheres no Brasil.** 1ª edição. São Paulo: Instituto Sangari, 2012.