



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO**

**CRIME DE FEMINICÍDIO:
DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE SUA NATUREZA QUALIFICADORA E
A QUESTÃO DO PRIVILÉGIO**

Rafael Fontes Menezes Santos
Professora-Orientadora - Joelma dos Santos Lima

Aracaju
2019

RAFAEL FONTES MENEZES SANTOS

**CRIME DE FEMINICÍDIO:
DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE SUA NATUREZA QUALIFICADORA E
A QUESTÃO DO PRIVILÉGIO**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado(a) em ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora

**Joelma dos Santos Lima
Professora Orientadora
Universidade Tiradentes**

**Professor(a) Examinador(a)
Universidade Tiradentes**

**Professor(a) Examinador(a)
Universidade Tiradentes**

**CRIME DE FEMINICÍDIO:
DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE SUA NATUREZA QUALIFICADORA E
A QUESTÃO DO PRIVILÉGIO**

**FEMINICIDE CRIME:
DOCTRINAIRE DISAGREEMENTS OVER ITS QUALIFYING NATURE AND THE
MATTER OF PRIVILEGE**

Rafael Fontes Menezes Santos¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é discutir as contribuições da Lei de Feminicídio, como a instituição da respectiva qualificadora, e sua possível relação com a Lei Maria da Penha, assim como contrapor a diferença de conceituação da qualificadora entre algumas doutrinas e o Supremo Tribunal de Justiça. O método utilizado para tal artigo foi a pesquisa bibliográfica através de livros e artigos disponíveis em meios físicos e eletrônicos acerca dos temas de feminicídio, Lei Maria da Penha, privilégio nos homicídios e para a busca de entendimentos doutrinários acerca da qualificadora. Também foram acessados através de meios eletrônicos dispositivos jurídicos e acórdãos jurisprudenciais para efeito de exposição do posicionamento do STJ e para exposição de alguns artigos do Código Penal. Demonstrou-se que enquanto existe o entendimento do STJ sobre a qualificadora de feminicídio possuir natureza objetiva, assim podendo ser cominada com o privilégio, cláusula de redução subjetiva, assim existem várias doutrinas que se posicionam de maneira contrária entendendo que a qualificadora do feminicídio possui natureza subjetiva. Nas considerações desta pesquisa foi constatada a importância da qualificadora de feminicídio como influência positiva para coibir crimes contra a mulher, assim como foi a Lei Maria da Penha só que de forma menos ampla, e que trazer tal qualificadora para o espectro da objetividade, permitindo a aplicação do privilégio, constitui-se como fator repelente aos aspectos que o feminicídio gostaria de combater.

Palavras-chave: Crime de feminicídio. Privilégio. Qualificadora.

¹ Graduando(a) em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: rafael_fms@yahoo.com

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the contributions of the Feminicide Law, such as the institution of the respective qualifier, and its possible relationship with the Maria da Penha Law, as well as to contrast the difference in conceptualization of the qualifier between some doctrines and the Supreme Court. The method used for this article was the bibliographic research through books and articles available in physical and electronic media on the themes of femicide, Maria da Penha Law, privilege in homicides and the search for doctrinal understandings about the qualifier. Legal devices and jurisprudential rulings were also accessed by electronic means for the purpose of exposing the STJ's position and for the exposition of some articles of the Penal Code. It has been shown that while the STJ understands that the feminicide qualifier has an objective nature, thus it can be combined with the privilege, a subjective reduction clause, there are several doctrines that are contrary to the understanding that the feminicide qualifier has a subjective nature. In the considerations of this research, it was verified the importance of the feminicide qualifier as a positive influence to curb crimes against women, as was the Maria da Penha Law, but to a lesser extent, and to bring such qualifier to the objectivity spectrum, allowing the application of privilege is a repellent factor to the aspects that femicide would like to combat.

Keywords: Crime of femicide. Privilege. Qualifier.

1 INTRODUÇÃO

Crimes de violência contra a mulher tem seu acontecimento em solo brasileiro com grande frequência. Podendo ser praticado por uma variedade de sujeitos, envolve agressões de caráter tanto físico quanto moral.

Entretanto, não existe grande clamor social pela devida punição aos praticantes de tais atos, muito por uma questão da sociedade brasileira estar enraizada numa mentalidade excessivamente patriarcal. A partir disso, existe um certo temor por parte da massa feminina brasileira em denunciar os abusos que sofrem. (CUELLAR, 2017)

Que tais crimes normalmente são cometidos dentro do ambiente familiar, seja por um parente ou pelo cônjuge, o que apenas dificulta a identificação dos casos. Muitas vezes, até quando o marido ou parceiro é acusado, este retorna ao lar alegando sentir culpa pelo

acontecido. Porém, de nada servem suas palavras, pois as agressões retornam e em graus ainda piores. (CUELLAR, 2017)

Mesmo com o espaço recente que a mulher tem adquirido, esta ainda tem que lidar com a misoginia e a discriminação até nos seus menores graus, todos esses fatores culminando em atos de violência contra pessoas do sexo feminino. (CUELLAR, 2017)

De acordo com Pereira (apud CUELLAR, 2017), uma mulher é violentada a cada 15 segundos, e a cada 100 crimes cometidos contra pessoa do sexo feminino, 7 ocorrem dentro do ambiente de seu próprio lar, com o agressor sendo o seu cônjuge.

Já 4 em cada 10 destes crimes envolvem grandes lesões para o corpo da vítima, desencadeando custos que vão até 1/10 do produto interno bruto brasileiro devido a todos os custos envolvendo a proteção, a reparação judicial e a recuperação corporal da vítima.

O Brasil registra uma média de 4,8 assassinatos para cada 100 mil pessoas do sexo feminino em 2013, de acordo com o Mapa da Violência de dois anos depois. A taxa média dentre oitenta e três países é de 2 assassinatos para cada 100 mil, ou seja, o Brasil está com uma taxa maior que o dobro da média. (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO)

Que em 2013, o país foi o quinto colocado em homicídios contra a mulher, um retrocesso em relação a sétima colocação de três anos antes. (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO)

Ademais, o governo brasileiro buscou progredir em termos legislativos para combater a violência contra a mulher com a criação da Lei nº 13.104/2015) e a anterior Lei Maria da Penha.

Assim, o que está exposto neste trabalho diz respeito a definir as contribuições das duas leis mencionadas, a forma com que se relacionam, os conflitos jurisprudenciais e as divergências doutrinárias encontradas acerca do crime de feminicídio, mais notavelmente com a ideia da causa de redução de pena do privilégio e sua possível cominação com a qualificadora de feminicídio.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CRIME DE FEMINICÍDIO

2.1 A Lei nº 13.104/2015 – Homicídio Praticado Contra a Mulher

O legado sistematizado patriarcal transformou a figura da mulher em objeto de posse masculina, criando um contexto onde cabe ao homem usufruir de sua natureza feminina, desconsiderando sua dignidade.

Devido a isso, criou-se um ciclo de violência contínuo contra a mulher por questões relacionadas à sua suposta inferioridade e questões disciplinares que variam de acordo com o desejo do homem, em variadas esferas cotidianas. (FABRÍCIO; H.P. DA SILVA, 2017)

O homicídio praticado contra a mulher, também denominado como "feminicídio", define-se como qualificadora do crime de homicídio para fato praticado contra pessoa do gênero feminino por motivos que sejam inerentes à sua condição, envolvendo aspectos de violência doméstica, violência familiar, menosprezo ou discriminação contra a mulher. (MAYUMI, 2016)

De forma complementar a definição, segundo Barros (2015) pontualmente adiciona:

Vem a ser uma expressão que vai além da compreensão daquilo designado por misoginia, originando um ambiente de pavor na mulher, gerando o acossamento e sua morte. Compreendem as agressões físicas e da psique, tais como o espancamento, suplício, estupro, escravidão, perseguição sexual, mutilação genital, intervenções ginecológicas imotivadas, impedimento do aborto e da contracepção, esterilização forçada, além de outros atos dolosos que geram morte da mulher.

Não existe a obrigatoriedade de o homem ser o sujeito ativo, visto que a mulher pode também configurar-se como autora do crime caso seu ato cumpra as condições da qualificadora de feminicídio. Trata-se de fato típico que pode ser cometido por rol de pessoas dentre parentes e companheiros conjugais independente de sexo. (MAYUMI, 2016)

No Brasil, crimes contra a mulher onde houvesse motivação de gênero tinham sua tipificação desprovida de qualificadoras e agravantes, se inserido no rol de crimes comuns. (BRITO, 2019)

Parafrazeando Ortega (2016) esta entende que:

Antes da Lei n.º 13.104/2015, não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Em outras palavras, o feminicídio era punido, de forma genérica, como sendo homicídio (art. 121 do CP). A depender do caso concreto, o feminicídio (mesmo sem ter ainda este nome) poderia ser enquadrado como sendo homicídio qualificado por motivo torpe (inciso I, do § 2º do art. 121) ou fútil (inciso II) ou, ainda, em virtude de dificuldade da vítima de se defender (inciso IV). No entanto, o certo é que não existia a previsão de uma pena maior para o fato de o crime ser cometido contra a mulher por razões de gênero.

Com a criação da Lei nº 13.104/2015, não só houve aumento nas penas desses crimes devido ao fato do feminicídio ter se tornado qualificadora, mas agora também existe a caracterização deste fato típico como crime hediondo. (PEREIRA, 2016)

Em análise ao artigo 1º, inciso I da Lei nº 8.072/1990, percebe-se tal mudança. Eis que:

Art. 1º - São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados (...), consumados ou tentados:

I - homicídio (art.121) quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII). (grifo).

Para que exista a ocorrência do tipo, normalmente depreende-se a vulnerabilidade da mulher perante homem ou mulher numa relação submissiva por motivos relacionados a seu gênero. Caso não esteja presente tal configuração, existirá o femicídio, que se constitui como o assassinato à mulher, inexistindo as especificidades que a qualificadora impõe. (DELGADO, 2017)

Devido à Lei nº 13.104/2015, o feminicídio está previsto no artigo 121, § 2º do Código Penal (CP) de 1940. Vejamos:

Art. 121 - Matar alguém:

...

Homicídio qualificado

§ 2º - Se o homicídio é cometido:

...

Feminicídio (incluído pela lei nº 13.104/2015)

...

VI - Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (Incluído pela lei nº 13.104/2015)

...

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Foi preconizado pelo legislador à época que, para que se defina a condição de sexo feminino, ao menos uma das condições postuladas no artigo 121, § 2-A do CP (1940) deve ser cumprida. Vejamos:

§ 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

Outrossim, o feminicídio não se constitui como ferramenta de privilégio do sexo feminino, mas sim um incremento tutelar para proteger um grupo fragilizado pela sociedade, como explica Pereira (2016):

É importante deixar claro que esta lei não se trata de um “privilégio” às mulheres, senão da concessão de uma tutela reforçada a um grupo da população cuja vida, integridade física e moral, dignidade, bens e liberdade encontram-se expostas a uma ameaça específica e especialmente intensa. Nenhuma mulher vai tirar qualquer vantagem de ter, em lei, o feminicídio

reconhecido como crime motivado pelo machismo, uma vez que o preço desse reconhecimento é sua própria vida. Uma vez consumado o crime, a vítima não pode obter qualquer espécie de reparação ou indenização.

Vale ressaltar que a Lei de Feminicídio (2015) trouxe cláusulas de aumento de pena. Com previsão no § 7º do artigo 121 do CP (1940), a pena do crime de feminicídio poderá ser aumentada em 1/3 até a metade quando o crime for cometido durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto da vítima; quando for cometido contra menor de 14 anos, maior de 60 anos ou deficiente ou na presença de descendente ou ascendente da vítima.

2.2 A Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha

Criada em 2006, a Lei Maria da Penha foi concebida com a intenção de punir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Tendo sido vítima de violência doméstica por parte de seu marido, havendo variadas tentativas de assassinato, uma delas tornando-a paraplégica, Maria da Penha ofereceu denúncia em 1983 referente a tais abusos e em 1991, apesar do réu ter sido condenado a 8 anos de prisão inicialmente, este conseguiu sua liberdade após anulação da decisão.

Posteriormente, fora preso em novo julgamento realizado em 1996, sendo sentenciado a uma pena mais grave, isto é, de 10 anos. Entretanto, novamente recorreu em liberdade e sua sentença final o colocou na prisão por apenas dois anos, tendo sido sentenciado somente 19 anos após o crime. (CAMPOS FERREIRA, 2016)

Maria da Penha, então, protocolou denúncia contra o Estado brasileiro devido à sua condescendência sistematizada em relação ao crime cometido pelo seu ex-marido. A comissão não só reconheceu a responsabilidade do Brasil, tendo violado direitos e garantias fundamentais da vítima, como também apontou a violação do país frente à Convenção de Belém do Pará. Foi recomendado pela comissão que os julgamentos contra agressores de mulheres fossem procedidos de forma mais célere e a criação de reformas para coibir a inércia estatal frente a tais casos. (FARIA FILHO, 2019)

Segundo Campos Ferreira (2016) expressa-se o seguinte:

Diante da inércia e do descaso da Justiça brasileira, o Centro pela Justiça e Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil foi condenado internacionalmente em 2001 por negligência e omissão em relação à violência doméstica.

De forma a complementar o entendimento conceitual da lei, Campos Ferreira (2016) ainda dispõe:

(...) ela atribui maior rigor a crimes cometidos contra a mulher. Não só a violência física da agressão tratada como crime, o que já era garantido pelo Código Penal, como o conceito era estendido a qualquer tipo de conduta que produzisse danos à integridade ou saúde corporal. Também foram incluídos nessa lei, outros tipos de violência: a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral. Os agressores poderiam agora ser presos em flagrante, ter a prisão preventiva decretada, ser impossibilitados de cumprir pena alternativa, ser removidos do domicílio e proibidos de se aproximarem da mulher agredida.

Dentre as várias inovações que a lei trouxe, estão inseridas: a concepção de tribunais cuja especificidade esteja voltada a casos de violência doméstica, vedação de sanções com caráter pecuniário para quem agride a vítima, a concessão de medidas com cunho emergencial, a natureza ambígua das ações, podendo ter caráter cível e penal, assim como alterações no CP (1940), no Código de Processo Penal (CPP) de 1941, nas normas cíveis e na Lei de Execução Penal. (CUELLAR, 2017)

Entretanto, existe uma concepção equivocada sobre a Lei Maria da Penha. Para muitas pessoas, a lei tipifica todo tipo de violência contra a mulher, generalizando seus efeitos quando na verdade ela apenas postula um conjunto de regras processuais específicas relacionadas à violência doméstica. (FABRÍCIO; H.P. DA SILVA, 2017)

Tal entendimento é reforçado por Ortega (2016), eis que:

(...) A Lei Maria da Penha não traz um rol de crimes em seu texto. Esse não foi seu objetivo. A Lei n.º 11.340/2006 trouxe regras processuais instituídas para proteger a mulher vítima de violência doméstica, mas sem tipificar novas condutas, salvo uma pequena alteração feita no art. 129 do CP. Desse modo, o chamado feminicídio não era previsto na Lei n.º 11.340/2006, apesar de a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, que deu nome à Lei, ter sido vítima de feminicídio duas vezes (tentado). Vale ressaltar que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha poderão ser aplicadas à vítima do feminicídio (obviamente, desde que na modalidade tentada)."

Portanto, a lei do feminicídio tipifica o assassinato contra a mulher por causa de condições inerentes a seu gênero. É uma modalidade qualificadora de homicídio que se constitui como crime hediondo. Seu alcance é mais abrangente do que a Lei Maria da Penha apesar de não ser fator impeditivo para as duas leis se complementarem. (BRANDALISE, 2018)

2.3 O Código Penal - Homicídio Privilegiado

O homicídio que possui característica privilegiada está disposto no § 1º do artigo 121 do CP (1940). Vejamos:

Art. 121. Matar alguém.

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Para Ganem (2018) destaca a natureza controversa da nomenclatura, dispondo que:

Inicialmente, destaca-se que, apesar de ser chamado de “privilegiado”, tecnicamente esta nomenclatura está equivocada, pois o crime verdadeiramente “privilegiado” deve ter penas mínima e máxima menores (impactando na primeira fase da dosimetria da pena), o que não acontece nesse caso.

Ademais, a figura do homicídio privilegiado não possui penas distintas do homicídio simples tal qual o homicídio qualificado. Define-se como causa de diminuição de pena, sendo esta reduzida de um sexto até um terço na terceira fase da dosimetria da pena. (TALON, 2017)

Assim, caso seja reconhecido o privilégio pelos jurados, não é facultado ao magistrado sua aplicação. Deverá, sim, reduzir a pena de acordo com o que foi decidido pelo júri.

Também vale mencionar sua natureza similar, porém diferente, das atenuantes. Enquanto o privilégio é causa de diminuição e necessita de um completo domínio pelo constrangimento causado, a atenuante apenas preconiza uma mera influência, não precisando de grande dominação. (GANEM, 2018).

3 O CONFLITO NA QUESTÃO DO PRIVILÉGIO

3.1 O Privilégio Decorrente da Violenta Emoção

Para que se configure uma situação de privilégio em tais casos, o sujeito ativo deve estar dominado pelos seus sentimentos que predominantemente consistem no ódio, na vingança e no amor exacerbado, assim como ter sofrido provocação injusta (não necessitando ser ato físico, podendo ser moral ou verbal) por parte da vítima logo antes de assassiná-la.

Portanto, não se confunde com a legítima defesa, pois tal mecanismo precisa de injusta agressão para que assim possam ser utilizados os meios necessários para coibi-la. (GANEM, 2018)

Souza (2018) argumenta que:

(...) o legislador diminuiu a pena de quem comete homicídio tomado por violenta emoção (desde que o faça logo após provocação da vítima). É que o então sujeito (o agente) perdeu sua plenitude em termos de subjetividade, e perdeu, por conseguinte, sua capacidade de discernimento das coisas reais, materiais, físicas. Tomado por *violenta emoção*, não é mais sujeito: é coisa, animal irracional.

Quando se fala em violenta emoção, normalmente o crime de homicídio possui raízes predominantemente passionais. Este tipo de delito define-se no fato de que existe relação afetiva entre as partes, podendo esta ter ou não caráter sexual. (SANTOS; LEITE, 2017)

Para Santos e Leite (2017) entendem que:

O homicida passional não é isento da culpabilidade, que é apenas considerado, com base no Código Penal, em caso de erro de proibição (artigo 21, caput), coação moral irresistível (artigo 22, 1.^a parte), obediência hierárquica (artigo 22, 2.^a parte), doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (artigo 26, caput), menoridade penal (artigo 27) e embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (artigo 28, §1.^o). Mas há, sob determinadas condições, uma atenuante da pena.

Ainda para Santos e Leite (2017) atentam para a relevância pública que os crimes passionais atingem, assim como para a alta frequência do envolvimento ativo do homem no referido delito, posto que:

O suposto amor que se transforma em morte causa comoção na sociedade e muita repercussão na mídia. Crimes como estes, nos levam a refletir sobre a real motivação destes atos. Relembrando que a cada dez casos de crimes passionais, sete são protagonizados por homens e que na maioria desses crimes há um componente econômico, pois, a mulher que é independente tende a ser menos vulnerável por uma questão de autoestima.

Assim, analisar de forma cronológica a violenta emoção é uma prática errônea. Devido a sua condição personalíssima e volátil, pois é impossível demarcar a reação do sujeito dentro de determinado intervalo de tempo.

Que a partir do caso concreto e de suas circunstâncias é que se pode de certa forma delimitar o tempo de duração do momento de violenta emoção. (SOUZA, 2018)

O homicídio passional normalmente carrega uma relação em que um dos parceiros, carregado de violenta emoção e passionalidade, vê o seu companheiro como posse única e exclusiva seu o que leva a comportamentos violentos, egoístas.

Tudo isso culmina na morte do companheiro, costumeiramente assassinado por motivos de desobediência das ordens autoritárias impostas por seu parceiro. (GIMENES, 2014)

3.2 O Privilégio da Passionalidade no Crime de Femicídio visto pelo Superior Tribunal de Justiça assim como nos Tribunais do Júri

No crime de homicídio, as circunstâncias qualificadoras podem ser divididas em objetivas ou reais, isto é, associadas à infração penal por si só, os meios utilizados, a forma de execução, o tipo de violência empregado e também podem ser consideradas subjetivas ou pessoais, sendo vinculadas à motivação pessoal do agente e não necessariamente aos aspectos específicos do fato. (PIRES, 2015)

Em decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ficou entendida que a qualificadora de feminicídio possui natureza objetiva, pois afastaria circunstâncias envolvendo motivo torpe ou fútil que poderiam prejudicar a legislação na aplicação de pena mais grave caso fosse uma qualificadora de natureza objetiva.

Parafraseando tal entendimento judicial. Cunha (2018) assim entende que::

A inclusão da qualificadora agora prevista no art. 121, § 2º, inciso VI, do CP, 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. (Acórdão n.904781, 20150310069727RSE, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 105).

Tal tese foi encampada pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), como pode ser demonstrada no julgamento do REsp 1739704 RS 2018/0108236-8:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. MOTIVO TORPE. FEMINICÍDIO. PRONÚNCIA. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZAS DISTINTAS DAS ADJETIVADORAS. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE.

FEMINICÍDIO. NATUREZA OBJETIVA. AFASTAMENTO MEDIANTE ANÁLISE SUBJETIVA DA MOTIVAÇÃO DOS CRIMES. INVIABILIDADE. 1. Hipótese em que a instância de origem decidiu pela inviabilidade da manutenção das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, sob pena de afronta ao princípio do non bis in idem quanto a um dos fatos, e, relativamente a outros dois fatos, afastou a adjetivadora do feminicídio, analisando aspectos subjetivos da motivação do crime. 2. Não há dúvidas acerca da natureza subjetiva da qualificadora do motivo torpe, ao passo que a natureza do feminicídio, por se ligar à condição especial da vítima, é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea. 3. É inviável o afastamento da qualificadora do feminicídio mediante a análise de aspectos subjetivos da motivação do crime, dada a natureza objetiva da referida qualificadora, ligada à condição de sexo feminino. 4. A exclusão das qualificadoras na fase de pronúncia somente é possível quando manifestamente improcedentes, pois a decisão acerca de sua caracterização deve ficar a cargo do Conselho de Sentença. 5. Recurso provido. (STJ - REsp: 1739704 RS 2018/0108236-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 18/09/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2018)

Devido ao privilégio ser cláusula de natureza subjetiva, o Tribunal de Justiça de São Paulo cominou o mesmo com a qualificadora de feminicídio, como disposto na referida apelação:

Apelação – Homicídio qualificado (feminicídio) – Recurso defensivo postulando o reconhecimento do privilégio, da atenuante da violenta emoção, bem como a redução das penas pela confissão espontânea – Impossibilidade – Pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal – Observância, em sua dosagem, do disposto no artigo 59 do Código Penal e dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Dolo normal para espécie – Desconsidera-se, na segunda fase da dosimetria, a atenuante da confissão, que não pode trazer a pena aquém do mínimo legal – Inteligência da Súmula 231 do C. STJ – Recurso defensivo parcialmente provido para reduzir a pena a 12 anos de reclusão. (TJ-SP - APL: 00018857020158260407 SP 0001885-70.2015.8.26.0407, Relator: Osni Pereira, Data de Julgamento: 08/11/2016, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 09/11/2016)

Complementando tal entendimento, houve posicionamento similar no Tribunal de Justiça Sergipano, entendendo a coexistência do feminicídio, por sua natureza objetiva, com causas de redução de pena com natureza subjetiva, em questão o privilégio:

APELAÇÃO CRIMINAL – JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO-PROVILEGIADO (ART. 121, § 2º, INCISOS IV E VI, C/C ART. 121, § 1º, TODOS DO CP)– RECURSO DA ACUSAÇÃO - PLEITO DE NULIDADE DO JÚRI POR DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – IMPROCEDÊNCIA – EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO PARA A DECISÃO TOMADA PELOS JURADOS INTEGRANTES DO CONSELHO DE SENTENÇA – PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREICTOS – COEXISTÊNCIA DE QUALIFICADORAS DE CARÁTER OBJETIVO (ART. 121, § 2º, IV E VI DO CP) COM A FORMA PRIVILEGIADA DO HOMICÍDIO DE CARÁTER SUBJETIVO (ART. 121, § 1º, DO CP)– FEMINICÍDIO

PRATICADO EM RAZÃO DO GÊNERO FEMININO – NATUREZA DE ORDEM OBJETIVA QUE DISPENSA ANÁLISE DO ANIMUS DO AGENTE - PRECEDENTES DO STJ – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Apelação Criminal nº 201800322939 nº único0001018-58.2015.8.25.0002 - CÂMARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Diógenes Barreto - Julgado em 21/02/2019). (TJ-SE - APR: 00010185820158250002, Relator: Diógenes Barreto, Data de Julgamento: 21/02/2019, CÂMARA CRIMINAL)

Diante do posicionamento do STJ e dos respectivos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e de Sergipe, depreende-se a possibilidade da aplicação do feminicídio com ferramentas dosimétricas subjetivas.

Pois, o homicídio privilegiado, mencionado em tópicos anteriores, constituindo-se como causa de redução de pena de caráter subjetivo, insere-se como possível complemento aos casos de feminicídio diante de interpretação das jurisprudências dos tribunais.

3.3 Posição da Doutrina na Questão da Natureza Qualificadora do Feminicídio e a Aplicação do Privilégio frente às Decisões do Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais de Justiça

Frente ao posicionamento do STJ e de outros tribunais do Brasil, existem vários posicionamentos doutrinários que se opõem em relação à natureza qualificadora do feminicídio, assim como existem doutrinadores que discorrem de forma favorável em relação à denominação do STJ de que a qualificadora de feminicídio possui caráter objetivo, podendo ser cominada com outros elementos subjetivos.

De acordo com Ortega (2016), a cláusula qualificadora de feminicídio possui aspectos subjetivos, de modo que não pode ser cominada com o privilégio, opondo-se aos ideais do STJ e dos Tribunais de Justiça estaduais.

Para Ortega (2016), assim entende que:

(...) A jurisprudência até admite a existência de homicídio privilegiado-qualificado. No entanto, para isso, é necessário que a qualificadora seja de natureza objetiva. No caso do feminicídio, a qualificadora é subjetiva. Logo, não é possível que haja feminicídio privilegiado.

Parafraseando Nucci (apud VIEIRA, 2019), este propõe a favor da ideia de que a qualificadora do feminicídio tenha sua natureza objetiva, eis que:

(...) esta nova qualificadora surge em decorrência da Lei de Violência Doméstica, que ainda não foi completamente aperfeiçoada. Tratando-se de matar uma mulher em razão do seu sexo frágil. Para ele é uma qualificadora objetiva, não possuindo nada de subjetiva. Ao aumentar a pena compreende uma ideia de proteção maior a mulher, em decorrência de

ser sexo frágil, proteção esta que se quer desde a Lei Maria da Penha. Para o autor se fosse uma qualificadora subjetiva poucos casos seriam atingidos, pois (...) ninguém mata um mulher só por ela ser mulher, o problema na maioria dos casos é o ciúme, a vingança, a raiva, o materialismo, algo torpe, fútil (são motivos subjetivos). Por isso para ele pode existir feminicídio torpe, fútil. Todavia se não consegue descobrir o porque da morte, o motivo (o que ocorre na maioria dos casos, ..) será apenas feminicídio, mas não duplamente qualificado. Sendo assim uma qualificadora objetiva.

De forma a propor pensamento de oposição ao que fora exposto anteriormente, o posicionamento de Cunha (apud VIEIRA, 2019) defende o feminicídio como cláusula subjetiva devido ao contexto de menosprezo ou discriminação à condição de mulher que o crime normalmente insere-se:

De forma contrária, (...) é uma qualificadora claramente subjetiva pressupondo motivação especial, qual seja, o menosprezo ou a discriminação condição de mulher. Em resumo: reconhecendo o Conselho de Sentença a forma privilegiada do crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio. Em síntese, ao longo desta pesquisa, posiciona-se que natureza da qualificadora do Feminicídio é de ordem subjetiva. Assim como sustentado por alguns autores defende-se aqui que a violência de gênero não é uma forma de execução do crime, mas sim sua razão ou seu motivo jamais poderia subsistir com a minorante especial de relevante valor moral ou social, ou sequer ser justificada pela ação ter sido decorrente de violenta emoção provocada pela vítima, salvo se comprovadamente injusta, sob pena de perda do objeto de proteção da questão de gênero advinda da Lei 11.340/2006. Consequentemente, quando é reconhecido privilégio pelo conselho de sentença no Tribunal do Júri fica afastada imediatamente a tese de Feminicídio, embora seja possível a coincidência das circunstância privilegiadoras dispostas no § 1º do art. 121 (todas de ordem subjetiva), com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, II e IV) (CARDOSO, Rafaela; MEDEIROS, Rafaela Vieira).

Para Vieira (2019), em posicionamento próprio, também entende que a qualificadora do crime de feminicídio tenha natureza subjetiva, enfatizando que a questão do assassinato de uma pessoa do sexo feminino dentro dos aspectos jurídicos do feminicídio envolve aspectos concernentes ao motivo e não ao fato, excluindo a ideia de cominação com o privilégio:

(...) tendo em vista que tal qualificadora é de ordem subjetiva, pois a questão é referente ao motivo e não o meio, por ser um homicídio motivado por preconceito, por questões de gênero. Tomemos como exemplo a briga de marido e mulher, deve ser analisado no caso concreto, os motivos, e isso é subjetivo. Nos atentando que todo homicídio de mulher é um feminicídio, mas não necessariamente um feminicídio. Por fim ao verificarmos que qualificadoras objetivas referem-se aos meios e o modo e subjetivas se referem aos motivos, podemos nos apoiar na posição doutrinária de SANCHES, afirmando que esta trata-se de uma qualificadora subjetiva.

Segundo Pires (2015), posiciona-se de forma favorável à ideia de que a qualificadora de feminicídio possui aspectos objetivos pois não constitui-se como a ignição para que o fato fosse realizado, eis que:

A nova qualificadora do feminicídio não constitui o móvel imediato da conduta, isto é, o agente pode ter agido por causa de uma discussão banal com a vítima (motivo fútil) ou por causa da sua possessividade e ciúme excessivo em relação à vítima ou em razão de seu inconformismo com o término do relacionamento afetivo (motivo torpe), para ficar só nesses dois exemplos corriqueiros na lida do Tribunal do Júri, dentre muitos outros. Durante o interrogatório de um réu que tenha praticado um feminicídio, jamais lhe será perguntado se ele cometeu o crime “por razões de gênero” (ou “por razões da condição de sexo feminino”), mas qual o acontecimento, atitude ou episódio do contexto fático-probatório do caso que fez eclodir ou o levou ao ato de violência macabro, ocorrência essa que geralmente constitui algum motivo fútil ou torpe na maioria das vezes, conforme exemplificado.

Em conclusão a tal raciocínio, Pires (2015) manifestadamente postula a possibilidade de cominação do feminicídio com a causa de redução de pena subjetiva do privilégio, que engloba os aspectos de violenta emoção:

(...) quanto à qualificadora do feminicídio, pois, conforme explicado linhas atrás, tal qualificadora é perfeitamente compatível com a incidência do privilégio, quando teríamos um homicídio privilegiado-qualificado. Entendimento diverso (ou seja, entender que o acolhimento do privilégio é incompatível com a qualificadora do feminicídio, ao fundamento de que esta teria natureza subjetiva) conduziria ao disparate de se estar diante de um caso típico de violência de gênero (ou, noutras palavras, caso típico de feminicídio) e de o quesito do feminicídio sequer chegar a ser votado pelos jurados uma vez acatado o privilégio, em total afronta ao escopo da Lei nº 13.104/2015.

Pode-se perceber que existem diversas doutrinas que posicionam-se de forma oposta em relação a natureza qualificadora do crime de feminicídio. O STJ não está isolado em seu posicionamento, possuindo renomados autores que dispõem-se a seu favor, porém também encontra diversos doutrinadores que vão de encontro ao que tem sido preconizado na esfera jurisprudencial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei de feminicídio, diante do contexto de uma sociedade brasileira sistematicamente patriarcal, surge como ferramenta de apoio às pessoas do gênero feminino que diante de tal contexto sofrem violências advindas de sua própria condição de mulher.

A qualificadora singulariza e tipifica de forma expressa os requisitos necessários para que o homicídio tenha sua definição embasada em interações diretamente relacionadas à ideia do que é ser mulher.

Trazer a qualificadora de feminicídio como crime hediondo também reforça o conceito a ser trabalhado com a mudança promovida na lei. A representatividade da lei na luta contra o misoginismo e a violência contra a mulher é de grandes proporções, e demonstra um legítimo passo à frente na luta pela equidade de gênero.

Podem ser traçadas similaridades entre a Lei Maria da Penha e a Lei de Feminicídio quando se pensa no que elas demonstraram para a luta contra a violência feminina. Esta, entretanto, possui um campo de atuação mais amplo que a lei anterior.

Porém, a Lei Maria da Penha, mesmo em sua natureza estritamente específica aos casos de violência doméstica, trouxe grandes avanços e simbolizou o primeiro grande passo dado pela ordem jurídica brasileira para corrigir um quadro tão infeliz de violência feminina.

Assim, o benefício do privilégio nos casos de homicídio, especialmente quando se fala em violenta emoção, pode ser encarado como um ideal que a qualificadora do crime de feminicídio pretende combater. A motivação emocional quando atinge um grau elevado predominantemente envolve a relação conjugal ou marital, e o sujeito ativo nos casos normalmente é o homem.

Que possíveis motivos envolvem o ideal de posse da companheira que, por ser mulher, deve ser considerada a parte inferior da relação e assim, deveria ser punida quando transgredisse os desejos de seu parceiro.

Com o posicionamento do STJ acerca da natureza qualificadora do feminicídio ser objetiva, abre-se espaço para a cominação dessa qualificadora com a ideia do privilégio que possui natureza subjetiva.

Municiado também pelo entendimento de juristas como Nucci (2018), a ideia de que a qualificadora de feminicídio seja objetiva é que esta se relaciona diretamente ao fato de ser mulher e que isto não se constitui como uma motivação subjetiva do agente, como são os motivos torpes e fúteis, assim cabendo à complementação destes dois aspectos.

Entretanto, existem correntes doutrinárias que enxergam o feminicídio como qualificadora de aspecto subjetivo justamente pelo fato de que a razão de ser mulher encontra-se no ramo da subjetividade devido à concepções societárias que estão enraizadas nas pessoas, onde a condição de mulher implica-se como a condição de inferioridade e subserviência ao seu parceiro.

Portanto, a ideia de utilização do privilégio em casos de feminicídio traz um caráter anulatório justamente para o que a nova qualificadora busca combater. A violenta emoção, o motivo de relevante razão social, todos estes não podem ser considerados como aspectos atenuantes ou complementares do crime de feminicídio.

Pois, tais aspectos estão justamente sistematizados dentro da sociedade brasileira, que é predominantemente patriarcal, sendo então a violenta emoção e a relevante razão social nada mais nada menos como derivação de uma mentalidade retrógrada, não podendo coexistir com o crime de feminicídio.

REFERÊNCIAS

BARROS, José Dirceu. As soluções jurídicas do feminicídio simbólico heterogêneo nas modalidades de feminicídios aberrantes. Jus, mar. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37670>>. Acesso em: 23 out. 2019.

BRANDALISE, Camilla. Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio: qual a diferença para a mulher?. Uol Universa, 18 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/08/18/lei-maria-da-penha-x-lei-do-femicidio-qual-a-diferenca.htm>>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848/40, Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

_____. Decreto-lei nº 3.689/41, Código Processual Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. 1º jan. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 27 out. 2019

_____. Lei nº 8.072/90, Lei de Crimes Hediondos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

_____. Lei nº 13.104/2015, Lei do Feminicídio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 9 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.739.704 da 5ª Turma Recursal. Porto Alegre, RS, 26 set. 2018.

BRITO, Amanda. Femicídio. Jus, jul. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75167>>. Acesso em: 23 out. 2019.

CUELLAR, Karla. Violência de gênero, feminicídio e direitos humanos das mulheres. Jus, abr. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56827>>. Acesso em: 24 out. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. STJ: Qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva. Editora Juspodivm, abr. 2018. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/05/stj-qualificadora-femicidio-tem-natureza-objetiva/>>. Acesso em: 27 out. 2019.

DELGADO, Thiago Chacon. O feminicídio e a proteção à violência de gênero. Jus, jun. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58270>>. Acesso em: 24 out. 2019.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Dossiê Femicídio - Por que as taxas brasileiras são tão alarmantes?. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/femicidio/capitulos/qual-a-dimensao-do-problema-no-brasil/>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

FABRÍCIO; H. P. DA SILVA, Gustavo. Femicídio. Jus, nov. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62068>>. Acesso em: 23 out. 2019.

FARIA FILHO, Jadson Santos de. Femicídio e a violência contra a mulher no Brasil. Jus, mai. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74104>>. Acesso em: 24 out. 2019.

FERREIRA CAMPOS, Rebecca. Direito e questões de gênero: teorias feministas do Direito, Maria da Penha e feminicídio. Jus, abr. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48543>>. Acesso em: 24 out. 2019.

GANEM, Pedro Magalhães. O que é homicídio "privilegiado"?. Canal Ciências Criminais, mar. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-que-e-homicidio-privilegiado/>>. Acesso em: 24 out. 2019.

GIMENES, Mariana Cerqueira. A definição de crime passional. Jus, jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29269/a-definicao-de-crime-passional>>. Acesso em: 27 out. 2019.

LEITE, Jalgison Carlos Ferreira; SANTOS, Maria Eduarda Viana. Crimes passionais: Quando o amor vira ódio, ele mata. Jus, ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60005>>. Acesso em: 24 out. 2019.

MAYUMI, Larissa. O que é feminicídio?. Jus, nov. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53986>>. Acesso em: 23 out. 2019.

PEREIRA, Leonellea. O que é feminicídio?. Jus, jun. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49818>>. Acesso em: 23 out 2019.

PIRES, Amom Albernaz. A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri. Jus, mar. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37108>>. Acesso em: 27 out. 2019.

SOUZA, André Peixoto de. Violenta Emoção. Canal Ciências Criminais, nov. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/violenta-emocao/>>. Acesso em: 24 out. 2019.

TALON, Evinis. O homicídio "privilegiado". 31 ago. 2017. Disponível em: <<https://evinistalon.com/o-homicidio-privilegiado/>>. Acesso em 27 out. 2019.

TJ-DF. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 904.781 da 1ª Turma Criminal. Brasília, DF, 11 nov. 2015.

TJ-SE. Tribunal de Justiça de Sergipe. Apelação Criminal nº 201800322939 da Câmara Criminal. Aracaju, SE, 21 fev. 2019.

TJ-SP. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 00018857020158260407 da 16ª Câmara de Direito Criminal de São Paulo. São Paulo, SP, 09 nov. 2016.

TEIXEIRA ORTEGA, Flávia. Feminicídio (art. 121, § 2º, VI do CP). Jusbrasil, mai. 2016. Disponível em <<https://draçaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/337322133/feminicidio-art-121-2-vi-do-cp>>. Acesso em: 24 out. 2019.

VIEIRA, Andressa. As divergências doutrinárias em face da natureza qualificadora do feminicídio. Jus, fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72212>>. Acesso em: 27 out. 2019.