

A Qualificadora do Femicídio é de Natureza Objetiva ou Subjetiva?

Alice Bianchini

Professora Doutora em Direito Penal pela PUC/SP.

"O primeiro passo para enfrentar o feminicídio é falar sobre ele."
Nadine Gasman, representante da **ONU Mulheres no Brasil**.

COLOCAÇÃO DO TEMA

A Lei 13.104/2015, dentre outras modificações que promoveu no Código Penal, alterou o seu art. 121, para incluir o feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio, nos seguintes termos:

"Homicídio qualificado

Art. 121. [...]

§ 2º Se o homicídio é cometido:

[...]

Femicídio

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

§ 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."

Desde que a Lei entrou em vigor, surgiu a seguinte questão controvertida: a qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?

A discussão tem importância prática, pois a opção pela natureza subjetiva leva pelo menos a três importantes questões:

1	A motivação do crime deve ser trazida no decorrer do processo e abordada fortemente quando do plenário.
2	Se for levantada a tese do homicídio privilegiado e, tendo sido ela acatada, restará prejudicado o quesito referente ao feminicídio.
3	Em caso de concurso de agentes, as qualificadoras subjetivas não se comunicam aos demais coautores ou partícipes.

Por outro lado, havendo entendimento de que a qualificadora é objetiva, surgem os seguintes temas:

1	Pode subsistir a qualificadora do feminicídio com as qualificadoras do motivo torpe ou do motivo fútil, que são subjetivas?
2	As qualificadoras objetivas (artigo 121, incisos III, IV), comunicam-se aos demais coautores ou partícipes, desde que ingressem na esfera de conhecimento dos agentes.

As qualificadoras objetivas são as que dizem respeito ao crime, enquanto as subjetivas vinculam-se ao agente. Enquanto as objetivas dizem com as forma de execução (meios e modos), as subjetivas conectam-se com a motivação do crime.

Cezar Bitencourt apresenta a seguinte classificação das qualificadoras do homicídio:

Objetivas	Subjetivas
Meios	Motivos
Modos	Fins

As qualificadoras do crime de homicídio estão assim classificadas:

- de natureza subjetiva ou pessoal (incisos I, II e V): vinculadas à motivação e à pessoa do agente e não ao fato por ele praticado;

- de caráter objetivo ou real (incisos III, IV e VI): associadas à infração penal em si, tais como o meio, o modo de execução do crime e o tipo de violência empregado.

E quanto à nova qualificadora (do feminicídio)? A questão é controversa. Como veremos abaixo, três são os posicionamentos sobre o tema.

Antes de apresentá-los, e para uma melhor compreensão das discussões que serão trazidas a seguir, convém discorrer acerca das três circunstâncias que, pela lei brasileira, configuram feminicídio, de acordo com o § 2º-A do art. 121 do Código Penal.

RAZÕES DE CONDIÇÃO DE SEXO FEMININO

Para configurar feminicídio, bem se sabe, não basta que a vítima seja mulher. A morte tem que ocorrer por “razões de condição de sexo feminino” que, por sua vez, foram elencadas no § 2º-A do art. 121 do Código Penal como sendo as seguintes: violência doméstica e familiar contra a mulher, menosprezo à condição de mulher e discriminação à condição de mulher. Vejamos cada uma delas:

a) Violência doméstica e familiar contra a mulher

A primeira das “razões de condição de sexo feminino” trazida pela nova Lei refere-se ao fato de o crime envolver “violência doméstica e familiar”.

A partir de uma interpretação sistemática (que é aquela que busca uma exegese levando-se em consideração o conjunto do ordenamento jurídico), chega-se à Lei Maria da Penha e percebe-se que lá a expressão “violência doméstica e familiar” é fartamente utilizada. Seu art. 5º conceitua a violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Como se pode perceber, para que se configure a violência doméstica e familiar justificadora da qualificadora, faz-se imprescindível verificar a razão da agressão (se baseada ou não no gênero).

A Lei Maria da Penha também traz o contexto em que a violência doméstica e familiar baseada no gênero pode acontecer: âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto (art. 5º, I a III).

O tipo de violência vem especificado no art. 7º, o qual nomeia expressamente cinco tipos (física, moral, psicológica, sexual ou patrimonial), deixando, porém, aberta a possibilidade de que sejam vislumbradas outras espécies de violência (uma vez que se utiliza da expressão “dentre outras”).

Com essas informações, podemos concluir que se pode ter uma violência ocorrida no âmbito doméstico que envolva, inclusive, uma relação familiar (violência do marido contra a mulher dentro do lar do casal, por exemplo), mas que não configure uma violência doméstica e familiar por razões da condição de sexo feminino (Ex. marido que mata a mulher por questões vinculadas ao consumo de drogas). O componente necessário para que se possa falar de feminicídio, portanto, como antes já se ressaltou, é a existência de uma violência baseada no gênero (Ex.: marido que mata a mulher pelo fato de ela pedir a separação).

Ainda levando em conta a interpretação sistemática, devemos fazer referência ao art. 61, “f”, do Código Penal, que trata da agravante relativa ao fato de o crime ter sido cometido “com violência contra a mulher na forma da lei específica”, ou seja, da Lei Maria da Penha.

Vislumbramos, assim, um sistema no nosso ordenamento jurídico que trata de criar normas penais gênero-específicas e é com base nesse contexto que os dispositivos legais que estabelecem situações particulares para as vítimas do sexo feminino devem ser interpretados.

b) menosprezo à condição de mulher

A morte em razão de menosprezo à condição de mulher é a segunda espécie de feminicídio trazida pela nova Lei.

Há menosprezo quando o agente pratica o crime por nutrir pouca ou nenhuma estima ou apreço pela mulher vítima, configurando, dentre outros, desdém, desprezo, desaprovação, desvalorização.

c) discriminação à condição de mulher

O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW, 1979), ratificada pelo nosso país em 1984.

Nesse documento internacional podemos encontrar a seguinte definição de discriminação contra a mulher:

"Art. 1º. Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo."

Também é importante mencionar que a proibição da discriminação contra a mulher e a adoção de sanções para os casos de discriminação fazem parte de compromisso internacional assumido pelo Brasil quando ratificou a CEDAW. Consta no art. 2º do documento internacional mencionado:

"Artigo 2º. Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

[...]

b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proibam toda discriminação contra a mulher;"

São situações que, exemplificativamente, configuram a discriminação: matar mulher por entender que ela não pode estudar, por entender que ela não pode dirigir, por entender que ela não pode ser diretora de uma empresa, por entender que ela não pode pilotar um avião etc.

Quando se trata de verificar a natureza das qualificadoras acima mencionadas, surgem três posições na doutrina, conforme veremos a seguir:

1ª Posição: A qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva

Entendendo que se trata de uma qualificadora subjetiva, temos o entendimento de:

- *Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto*¹ - Promotores de Justiça

"[...] a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Mesmo no caso do inc. I do § 2º-A, o fato de a conceituação de violência doméstica e familiar ter um dato objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade. Isso porque o § 2º-A é apenas explicativo; a qualificadora está verdadeiramente no inc. VI do § 2º, que, ao estabelecer que o homicídio se qualifica quando cometido por razões da condição do sexo feminino, deixa evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução."

- *Cezar Roberto Bittencourt* – Advogado criminalista

"[...] o próprio móvel do crime é o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, mas é, igualmente, a *vulnerabilidade da mulher* tida, física e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência ao agressor machista."²

- *Francisco Dirceu Barros*³ - Promotor de Justiça

1 CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Pena comentada artigo por artigo**. 6. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 84. Ver também artigo do primeiro autor: <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>.

2 <http://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-homicidio-discriminatorio-por-razoas-de-genero>.

3 "Estudo completo do feminicídio. "Disponível em: <http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicidio>. Acesso em 13.04.2015.

“A violência doméstica, familiar e também o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não são formas de execução do crime, e sim, a motivação delitiva; portanto, o feminicídio é uma qualificadora subjetiva.”

- *Márcio André Lopes Cavalcante*⁴ - Juiz federal

“A qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente (“razões de condição de sexo feminino”). Ademais, não se trata de qualificadora objetiva porque nada tem a ver com o meio ou modo de execução.”

- *Mauro Truzzi Otero*⁵ - Delegado de polícia civil

“[...] o inciso II aludido esclarece que para a ocorrência do feminicídio, a vítima, além de ser mulher, deve restar caracterizado que o crime foi motivado ou está relacionado com o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Tais incisos não são cumulativos. Outro aspecto importante a ser observado é a qualificadora inserida no inciso IV, do § 2º, ser de natureza subjetiva, porquanto relacionada com o móvel interno do agente (“razões de condição de sexo feminino”), em nada se relacionando com o meio ou modo de execução do crime, o que afasta o caráter objetivo da qualificadora.”

- *José Nabuco Filho*⁶ – Advogado criminalista

“Não parece ser possível que a palavra “razão”, ou “razões”, no plural, tenha outro sentido que não seja “causa, motivo”. [...] se o sentido não fosse esse, bastaria ter qualificado o homicídio cometido “contra mulher”. Nesse caso, abstraindo-se a inconstitucionalidade, o simples fato de a vítima ser mulher, bastaria para a qualificadora. A nova lei não usou essa definição, o que evidencia que não basta a condição de mulher para

4 "Comentários ao tipo penal do feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP)". Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>. Acesso em: 30.10.2015.

5 "Feminicídio: mais um equívoco do legislador." Disponível em: <http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoatual/sumario/2015/12.pdf>. Acesso em 14.10.2015.

6 "Feminicídio." Disponível em: <http://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/12-jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf>. Acesso em 13.09.2015.

que se caracterize o feminicídio, é preciso que ela tenha sido morta por ser mulher, que a sua condição tenha sido o motivo do ato de matar. [...]

Se antes de fazer menção à violência doméstica ou familiar o feminicídio foi definido como o crime praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, não há como negar que se trata de motivo. Parece evidente que a nova qualificadora contém circunstância de natureza subjetiva, vale dizer, associada ao motivo do delito. [...] Em resumo, parece evidente que o feminicídio possui natureza subjetiva, por exigir que a razão (motivo) do crime seja a condição feminina da vítima.”

2ª Posição: A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva

- *Amom Albernaz Pires* - Promotor de Justiça

"[...] se, de um lado, a verificação da presença ou ausência das qualificadoras subjetivas do motivo fútil ou torpe (ou ainda da qualificadora do inciso V) demandará dos jurados avaliação valorativa acerca dos motivos inerentes ao contexto fático-probatório que levaram o autor a agir como agiu, por outro lado, a nova qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva, pois descreve um tipo de violência específico contra a mulher (em razão da condição de sexo feminino) e demandará dos jurados mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses legais de violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º-A, I, do CP, c/c art. 5º, I, II e III, da Lei 11.340/06) ou ainda a presença de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, II, do CP).

[...] é objetiva a análise da presença do modelo de violência baseada no gênero (ou em razão da condição do sexo feminino), positivada na Lei Maria da Penha e na Convenção de Belém do Pará e agora incorporada pela Lei nº 13.104/2015 com a expressão “violência doméstica e familiar”, já que a Lei Maria da Penha já reputa como hipóteses desse tipo de violência àquelas transcritas acima (art. 5º, incisos I, II e III)."

É Consequência de tal entendimento, conforme aduz o autor:

“na hipótese de o homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º) ser acolhido pelos jurados [...]: restará prejudicada a votação do quesito da quali-

ficadora subjetiva eventualmente imputada na pronúncia (motivo fútil ou torpe), porém a votação seguirá quanto às qualificadoras objetivas (incisos III, IV e VI do § 2º do art. 121 do CP), inclusive quanto à qualificadora do feminicídio, pois [...] 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 n. 13.104/2015.”

- Vicente de Paula Rodrigues Maggio⁷ – Advogado criminalista: para o autor, com o advento da Lei 13.104/2015, que incluiu mais uma qualificadora ao crime de homicídio, cinco passam a ser as espécies de qualificadoras: 1) pelos motivos (incisos I a II – paga, promessa ou outro motivo torpe, e pelo motivo fútil); 2) meio empregado (inciso III – veneno, fogo, explosivo, asfixia, etc.); 3) modo de execução (inciso IV – traição, emboscada, dissimulação, etc.), 4) por conexão (inciso V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime) e, a novidade, 5) pelo sexo da vítima (inciso VI – contra mulher por razões da condição de sexo feminino). Para Vicente Maggio as qualificadoras previstas nos incisos III, IV e VI são objetivas.

- Paulo Busato⁸ - Promotor de Justiça: para o autor, trata-se de “dado absolutamente objetivo, equivocadamente inserido em disposição que cuida de circunstâncias de natureza subjetiva. A partir dessas premissas, lança-se observação acerca do motivo imediato, que pode qualificar o crime se aderente às hipóteses do art. 121, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal, quadro que não se confunde com a condição de fato, ou seja, com o contexto objetivo, caracterizador do cenário legal de violência de

7 Curso de Direito Penal, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 96.

8 BUSATO. Paulo César. "Homicídio mercenário e causas especiais de diminuição de pena. Um paradoxo dogmático." **Cadernos do Júri**, nº 3, 2015, *apud* ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Márcio; AMARAL, Virgílio. "FEMINICÍDIO: considerações iniciais." Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, 02 de junho de 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos. Acesso em 13.10.2015.

gênero, palco em que se desenvolveram os ataques contra a mulher dramaticamente encerrados com a sua morte.”

Entendendo ser a qualificadora objetiva, tem-se o seguinte julgado do TJDF, julgado em 29/10/2015:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉU PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO COM MOTIVO TORPE. MORTE DE MULHER PELO MARIDO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1. Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse. 2. Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104 /2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratio essendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido. (TJDF - RSE: 20150310069727, Relator: George Lopes Leite,

Data de Julgamento: 29/10/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 11/11/2015 .)

3ª Posição: A circunstância prevista no inciso I, § 2º-A, do art. 121 do CP (violência doméstica e familiar) é objetiva, e as previstas no inciso II, § 2º-A, do art. 121 do CP (menosprezo ou discriminação) são subjetivas

- Everton Zanella, Márcio Friggi, Marcio Escudeiro e Vírgilio Amaral⁹:

“Com efeito, na esteira de Amom Albernaz Pires, é correto dizer 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 força de sentimento de posse em relação à ofendida, reforçado pelo seu inconformismo com o término do relacionamento afetivo (motivo torpe). [...]

Acolhidos esses argumentos, nesse caso específico, conclui-se pela possibilidade de feminicídio privilegiado diante da compatibilidade das qualificadoras objetivas com o benefício previsto no art. 121, § 1º, do Código Penal. Neste aspecto, portanto, ainda que o Conselho de Sentença reconheça a incidência de uma das causas minorantes do § 1º do art. 121 do Código Penal, deverá o Magistrado quesitar a qualificadora do inciso VI do § 2º c.c. § 2º-A, inciso I, todos do Código Penal. De outro lado, a norma estampada no referido § 2º, inciso II não conta com referência normativa no nosso ordenamento jurídico. Nessa linha, caberá ao aplicador delimitar a extensão do conteúdo da expressão menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

De início, ressalte-se que a figura em comento não se confunde com o conceito legal de violência doméstica ou familiar, raciocínio evidente sem o qual se concluiria no sentido da inutilidade do inciso citado. Trata-se de indicação que amplia o cenário abarcado pela Lei Maria da Penha e que com ele não se confunde. Nesse trilho, qualquer situação de fato não correspondente ao palco que encerre âmbito doméstico, familiar ou de relação íntima do agente com a vítima pode se reportar ao inciso II. No entanto, o argumento só terá validade lógica se a compreensão do inciso telado, ao contrário da indicação do inciso I, sinalizar tratar-se

⁹ ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Marcio; AMARAL, Vírgilio. "FEMINICÍDIO: considerações iniciais." Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, 02 de junho de 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos.

o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher de motivo imediato do crime, independentemente do cenário fático-objetivo no qual o evento macabro se desenvolveu. Efetivamente, o contexto objetivo de violência de gênero é aquele reportado pelo art. 5º da Lei Maria da Penha e que caracteriza o feminicídio executado nas condições do § 2º-A, inciso I. Em qualquer outro contexto, haverá feminicídio se o móvel do delito foi simplesmente o menosprezo ou a discriminação a que se refere o inciso II. Adotada essa premissa, infere-se que a qualificadora atinente ao feminicídio, identificada a hipótese do § 2º-A, inciso II, tem natureza subjetiva e, portanto, nesse caso, incompatível com o privilégio. De outra banda, a torpeza é inerente à própria conduta movida pelas razões em debate e, de outro lado, repele a ideia de futilidade. O feminicídio, nesse âmbito de discussão, poderia se conjugar com as qualificadoras objetivas de meio e de modo de execução (CP, art. 121, § 2º, incisos III e IV), mas não com aquelas indicativas de outros motivos diretos do delito (CP, art. 121, § 2º, incisos I, II e V). Na medida em que as causas de diminuição de pena são votadas antes das qualificadoras pelo Conselho de Sentença, por força do art. 483 do Código de Processo Penal, o acolhimento de tese de homicídio privilegiado implicará em prejuízo do quesito corresponde à ocorrência de feminicídio se se cuidar de crime formatado à luz do art. 121, § 2º-A, inciso II, do Código Penal.

A solução é diferente na hipótese de feminicídio decorrente de violência doméstica ou familiar, como já apontamos acima. A natureza da qualificadora em testilha, na forma há pouca defendida, implica em desdobramentos nas hipóteses de concurso de pessoas diante da regra inserta no artigo 30 do Código Penal. Nesse trilha, o coautor ou partícipe de feminicídio responderá pela figura qualificada se o delito for cometido em contexto de violência doméstica ou familiar, por certo, desde que o predito cenário tenha ingressado na sua esfera de conhecimento. De outro lado, a conduta movida pelo menosprezo ou simples discriminação à condição de mulher – circunstância de caráter pessoal – não se comunica ao coautor ou partícipe. Este, impelido pela mesma razão, concorre no feminicídio por motivo próprio e não por conta das regras de comunicabilidade previstas no artigo 30 do Código Penal. Por outro turno, se o concorrente, motivado pela sede de vingança derivada de altercação anterior com a ofendida, instigou terceiro a matá-la e este, movido apenas pelo sentimento de desprezo à condição de mulher, efetivamente executou o

homicídio, o partícipe responderá como incurso no art. 121, § 2º, inciso I do Código Penal (torpeza da motivação), enquanto a conduta do autor violará a norma do art. 121, § 2º, inciso VI (na forma prevista no § 2º-A, inciso II, ambos do Estatuto Repressivo).”

Também é nesse sentido o entendimento da Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – COPEVID, criada pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ), visando a contribuir para a análise, discussão e padronização dos entendimentos sobre a violência doméstica contra as mulheres, com o objetivo de subsidiar o trabalho dos operadores e operadoras do Direito que atuam na proteção das vítimas e punição dos agressores. Dois foram os enunciados elaborados pela COPEVID e que tratam do assunto. Confira-se:

ENUNCIADOS DA COPEVID

Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso I)

Enunciado nº 23 (005/2015):

“A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, é objetiva, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (violência doméstica, familiar ou decorrente das relações de afeto), que prescinde de qualquer elemento volitivo específico.” (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPJ em 22/09/2015).

Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso II)

Enunciado nº 24 (006/2015):

“A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, § 2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher.” (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPJ em 22/09/2015).

POSICIONAMENTO DA AUTORA

As três situações que configuram feminicídio previstas na norma penal interpretativa do § 2º-A do art. 121 do CP (“razões de condição do

sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher”) são de caráter subjetivo, uma vez que representam a motivação da ação homicida.

A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Uma hipótese: mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado a mata. E mata-a por uma motivação aberrante, a de presumir que a mulher deve se submeter ao seu gosto ou apreciação moral, como se dela ele tivesse posse, reificando-a, anulando-lhe opções estéticas ou morais, supondo que à mulher não é possível contrariar as vontades do homem. Em motivações equivalentes a essa há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino, ou do feminino exercendo, a seu gosto, um modo de ser feminino. Em razão disso, ou seja, em decorrência unicamente disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime; é, sim, sua razão, seu motivo.

Como reforço de tal entendimento, são trazidos, ainda, os seguintes arrazoados:

1º arrazoado: As três situações que configuram feminicídio já estavam contempladas na legislação brasileira

A rigor, o feminicídio já poderia (e, em alguns casos, já era) classificado como crime hediondo. Afinal, não há como negar torpeza na ação de matar uma mulher por discriminação de gênero (matar uma mulher porque usa minissaia, ou porque não limpou corretamente a casa, ou porque deixou queimar o feijão, ou porque quer se separar, ou porque depois de separada iniciou outro relacionamento amoroso etc.). Mas esse entendimento não era uniforme. Quando se tratava por exemplo de crime motivado pelo ciúme, doutrina e jurisprudência oscilavam em torno de três distintas interpretações:

- O ciúme configura homicídio qualificado pelo motivo torpe
- O ciúme configura homicídio qualificado pelo motivo fútil
- O ciúme não qualifica o homicídio

Se, de um lado, decorre daí a pertinência da nova Lei (uma vez que aniquila a controvérsia antes existente), por outro, demonstra que ela apenas tratou de especificar situações que configurariam o motivo torpe (ou fútil, como preferem alguns). Portanto, a legislador tratou de destacar uma ideia que já se encontrava na estrutura da qualificadora do homicídio. Teríamos, assim, o motivo torpe genérico e o motivo torpe específico (femicídio). Nesse sentido é o entendimento de Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista Pinto¹⁰. Para os autores,

“Antes da Lei 13.104/2015, esta forma do crime já qualificava o homicídio, mas pela torpeza [...]. A mudança, portanto, foi meramente tipográfica, migrando o comportamento delituoso do art. 121, § 2º, I, para o mesmo parágrafo, mas no inc. VI. A virtude dessa alteração está na simbologia, isto é, no alerta que se faz da necessidade de se coibir com mais rigor a violência contra a mulher em razão da condição do sexo feminino.”

2º arrazoado: Nem todo femicídio (morte de uma mulher) é um feminicídio (morte de uma mulher por razões da condição do sexo feminino)

O que faz com que o assassinato de uma mulher seja considerado feminicídio é exatamente a motivação do delito. É a motivação do crime que torna o ato mais reprovável, exigindo, decorrentemente, que a punição seja condizente com o fato. Todo o homicídio tem o mesmo desvalor do resultado (morte de uma pessoa), porém, o desvalor da ação pode ser maior ou menor, conforme a situação. A ação de matar em razão de relevante valor social (CP, art. 121, § 1º) é menos desaprovada que aquela motivada, por exemplo, pela torpeza do agente (CP, art. 121, § 2º, I). A qualificadora do feminicídio, portanto, busca conciliar a gravidade do fato com a dimensão da pena a ser imposta ao feminicida.

A principal consequência do presente raciocínio é a seguinte: uma vez comprovada a qualificadora do feminicídio, não se pode mais invocar, por exemplo, o motivo torpe: uma mesma circunstância não pode ensejar duas valorações jurídicas (está proibido o *bis in idem*). No momento da quesitação, portanto, o juiz deve submeter aos jurados, primeiramente, o quesito da qualificadora do feminicídio; sendo ela acatada pelo Conselho de Sentença, sobram prejudicadas, sob pena de *bis in idem*, as demais

10 CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 6. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 80.

qualificadoras subjetivas que, eventualmente, tenham sido apresentadas pela acusação.

3º arrazoado: Solução para os casos anteriores à Lei 13.104/2015

Nos crimes anteriores a 10 de março de 2015 o motivo torpe (ou fútil, conforme posição) continuará incidindo nos homicídios em que uma das três situações que configuram o feminicídio no Brasil esteja presente (violência doméstica e familiar nos termos da Lei Maria da Penha, menos-prezo ou discriminação à condição de mulher).

Tal solução reforça a tese de que a qualificadora do feminicídio é de ordem subjetiva, pois, antes de termos um esclarecimento do tema pela Lei 11.304/2015, as três situações que hoje configuram o feminicídio no Brasil eram, quando trazidas ao processo criminal, enquadradas em qualificadoras de natureza subjetiva (motivo torpe ou motivo fútil).

Como se disse anteriormente, a Lei do feminicídio não trouxe uma nova qualificadora, tratando, apenas, de aclarar situação já de ordinário presente nos processos penais que envolvem morte de mulheres, mas que, frequentemente, não vinha à tona. A invisibilidade da violência contra a mulher, aliás, não é fenômeno unicamente vivenciado no campo jurídico, mas que, infelizmente, abarca todas as esferas da vida das mulheres.¹¹

A técnica de tipos penais neutros que até então predominava em nossa legislação no que tange ao homicídio foi substituída pela criminalização gênero-específica. Constatou-se que não são suficientes os tipos penais neutros, pois o fenômeno da violência contra a mulher permanece oculto onde subsistem pautas culturais patriarcais, machistas ou religiosas muito enraizadas e que favorecem a impunidade, deixando as vítimas em situação de desproteção. Ou seja, corria-se (e ainda se corre, por restos de cultura machista que ainda circulam, inclusive, evidentemente, entre juízes) o risco de a sentença ser alcançada por tais concepções de mundo, o que reforçava a invisibilidade do fenômeno e impedia que se fizesse justiça ao caso concreto, já que a maior carga de desvalor do fato (femicídio) não estava sendo levada em consideração. E não se propõe punir mais, mas em fazê-lo de acordo com a gravidade do fato. ❖

11 Exemplificativamente, pesquisa “Violência contra a mulher no ambiente universitário” elaborada pelo Instituto Avon em parceria com o Data Popular aponta que para 27% dos universitários, abusar de garota bêbada não é violência. Outro dado trazido na Pesquisa: medo já fez 36% das mulheres deixarem de fazer atividades acadêmicas. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/12/para-27-dos-universitarios-abusar-de-garota-bebada-nao-e-violencia.html>. Acesso em 03.12.2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.

BODELÓN, Encarna. **Violencia de género y as respuestas de los sistemas penales**. Buenos Aires: Didot, 2013.

BUSATO, Paulo César. "Homicídio mercenário e causas especiais de diminuição de pena. Um paradoxo dogmático." **Cadernos do Júri**, n. 3, 2015.

CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica**: análise da Lei "Maria da Penha", n. 11.340/06. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 6. ed. São Paulo: RT, 2015.

LINS, Regina Navarro. **O livro do amor**. Rio de Janeiro: BestSeller, 2012. v. 1

MARIÑO, Fernando M. (Org). **Feminicidio: el fin de la impunidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MELLO, Adriana Ramos. "Feminicídio: breves comentários à Lei 13.104/15." *In*: **Revista Direito em Movimento**. Rio de Janeiro. EMERJ, v. 23 (2º sem/2015)

PIRES, Amom Albernaz. "A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação pelo Tribunal do Júri." <http://www.compromissoeatitude.org.br/a-naturezaobjetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri-por-amomalbernaz-pires>. Acesso em 29.7.15.

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. **Feminicídio**. Buenos Aires: Didot, 2014.