

LUCIANA ROSA DE MORAIS SOARES

**A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO CRIME DE
HOMICÍDIO: O POSICIONAMENTO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

Brasília
2017

**A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO CRIME DE
HOMICÍDIO: O POSICIONAMENTO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

**A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO CRIME DE
HOMICÍDIO: O POSICIONAMENTO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito para obtenção de título de Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, sob orientação do Professor Msc. Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur.

LUCIANA ROSA DE MORAIS SOARES

**A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO CRIME DE
HOMICÍDIO: O POSICIONAMENTO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito para obtenção de título de Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, sob orientação do Professor Msc. Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur.

BRASÍLIA/DF, 27 DE MARÇO DE 2017.

BANCA EXAMINADORA

Msc. Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur

Msc. George Lopes Leite

Msc. Gabriel Haddad Teixeira

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, a minha família e aos amigos pelo apoio e carinho nessa jornada de estudos.

Agradeço em especial a minha irmã Adriana Rosa de Moraes Soares por ter me sugerido esse tema tão atraente e inovador.

Agradeço também ao meu orientador professor Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur pela contribuição e sabedoria transmitidos.

“Nossa liberdade fundamental é o direito e o poder de decidir como qualquer pessoa ou qualquer coisa fora de nós nos afetará.”

Stephen Covey

RESUMO

A questão aqui tratada refere-se à posição da doutrina e jurisprudência acerca da natureza jurídica da qualificadora no crime de homicídio depois da promulgação da lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que tipifica o crime de feminicídio no Brasil. Nesse passo, diverge doutrina e jurisprudência se esta teria natureza subjetiva ou objetiva. Desta feita, inicialmente, a Lei Maria da Penha será abordada, tendo em vista ser considerada um marco nas conquistas femininas. Na sequência, a lei do feminicídio será explorada, aclarando a origem do termo, conceitos e evolução do tópico, bem como será exposta à discussão no meio acadêmico quanto à violação ao princípio constitucional da igualdade. Indo além, será abordada a tipificação do feminicídio em países da América Latina e por último, serão apresentadas as correntes de pensamentos, bem como a posição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT sobre a natureza jurídica da qualificadora em questão, que é o objeto principal desse estudo.

Palavras-Chaves: Lei Maria da Penha. Femicídio. Feminicídio. Violência de gênero. Discriminação à condição de mulher. Qualificadora objetiva e subjetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A LEI MARIA DA PENHA E SEUS CONTORNOS JURÍDICOS.....	10
1.1 ORIGEM DA LEI.....	10
1.2 O QUESTIONAMENTO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI POR MEIO DE ADC E ADI.....	11
1.3 ASPECTOS RELEVANTES DA LEI.....	14
1.4 A LEI MARIA DA PENHA E A LEI QUE CRIA A CRIME DE FEMINICÍDIO.....	17
2 FEMINICÍDIO, FEMICÍDIO E DIREITO.....	19
2.1 ORIGEM DAS TERMINOLOGIAS “FEMICÍDIO” E “FEMINICÍDIO”.....	19
2.2 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO TÓPICO FEMINICÍDIO.....	21
2.3 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE MULHER COMO SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO.....	24
2.4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A LEI QUE CRIA O CRIME DE FEMINICÍDIO.....	25
2.4.1 Argumentos desfavoráveis à lei que cria o feminicídio.....	26
2.4.2 Argumentos favoráveis à lei que cria o feminicídio.....	27
2.5 A INCLUSÃO DO FEMINICÍDIO NO ROL DE CRIMES HEDIONDOS.....	30
3 A TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO EM PAÍSES LATINO- AMERICANOS.....	32
3.1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO FEMINICÍDIO NA AMÉRICA LATINA.....	32
3.2 COSTA RICA.....	33
3.3 GUATEMALA.....	34
3.4 MÉXICO.....	35
3.5 CHILE.....	36
3.6 PERU.....	37
3.7 ARGENTINA.....	38

3.8 BOLÍVIA.....	38
4 A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO.....	41
4.1 QUALIFICADORAS SUBJETIVAS.....	42
4.1.1 Mediante paga ou promessa de recompensa ou por motivo torpe.....	42
4.1.2 Motivo fútil.....	43
4.2 QUALIFICADORAS OBJETIVA.....	44
4.3 POSIÇÃO DA DOUTRINA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA FEMINICÍDIO.....	45
4.3.1 Doutrina que entende que a qualificadora do feminicídio é subjetiva.....	46
4.3.1.1 <i>Reflexo no concurso de pessoas.....</i>	47
4.3.1.2 <i>Impossibilidade do feminicídio-privilegiado.....</i>	47
4.3.1.3 <i>Bis in idem quando o feminicídio coexistir com outras qualificadoras subjetivas do art. 121, § 2º, incisos I, II e V do CP.....</i>	48
4.3.1.4 <i>Bis in idem da qualificadora do feminicídio com o art. 61, inciso II, “f”, parte final do CP.....</i>	49
4.3.2 Doutrina que entende que a qualificadora do feminicídio é objetiva.....	50
4.3.2.1 <i>Reflexo no concurso de pessoas.....</i>	51
4.3.2.2 <i>Possibilidade do feminicídio-privilegiado.....</i>	52
4.3.2.3 <i>A coexistência da qualificadora do feminicídio com outras qualificadoras subjetivas do art. 121 § 2º incisos I, II e V do CP.....</i>	53
4.3.3 Doutrina que entende que a qualificadora do feminicídio é mista (objetiva e subjetiva).....	54
4.4 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA.....	55
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

Com a sanção da lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que incrementou, dentre outras modificações, a alteração no art. 121 do Código Penal Brasileiro e incorporou o feminicídio como circunstância qualificadora no crime de homicídio, doutrina e jurisprudência passaram a debater a respeito da natureza jurídica dessa qualificadora.

A polêmica diz respeito a se essa teria natureza objetiva ou subjetiva, tendo em vista o reflexo sobre o concurso de pessoas, bem como a possibilidade ou não da figura do feminicídio-privilegiado, da coexistência do feminicídio com a qualificadora de motivo torpe ou fútil e com a agravante genérica presente no art. 61, inciso II, “f” do CP.

Nesse passo, antes de apresentar o posicionamento das correntes de pensamento e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, que foi o único Órgão julgador a se manifestar sobre o tema, importante exibir breve relato histórico da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha.

Tal legislação é considerada um marco nas conquistas femininas, pois possibilitou a intervenção preventiva do Estado, a fim de evitar ocorrências mais sérias contra as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Ressalta-se que as medidas protetivas inseridas nessa, poderão também ser aplicadas às vítimas do feminicídio, desde que na modalidade tentada.

Na sequência, será demonstrada a origem das terminologias “femicídio” e “feminicídio”, a evolução das conquistas femininas, a posição da doutrina sobre a definição do conceito de mulher como sujeito passivo do crime de feminicídio, o debate no meio acadêmico sobre a violação ou não ao Princípio Constitucional da Igualdade, além do efeito da inclusão do crime de feminicídio no rol de crimes hediondos.

Ademais, será destacada a tipificação do feminicídio em Países Latino Americanos, tendo em vista que, atualmente, dezesseis já o adotaram em suas legislações, seja denominando “femicídio” ou “feminicídio”, sendo que a Costa Rica foi o primeiro País a tipificar tal delito em maio de 2007 por meio da Lei de Penalização da Violência contra a Mulher.

Evidencia-se que o crime de feminicídio estará caracterizado quando ocorrer homicídio tentado ou consumado contra mulher por razões de condição de sexo feminino e o crime envolver: I - violência doméstica e familiar e/ou II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher, conforme art. 121, inciso VI, § 2º - A, I e II do CP.

Nessa perspectiva, será abordado inicialmente o conceito *lato sensu* das qualificadoras subjetiva e objetiva, além de conceituações importantes como motivo torpe e fútil, bem como a diferença desses institutos. Tal distinção demonstra-se importante para a compreensão e análise do crime em realce, tendo em vista que doutrinadores renomados acreditam que a torpeza é inerente à própria conduta do autor do crime de feminicídio, fundamentado no menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Somado ao raciocínio ora explanado, serão analisadas as doutrinas que entendem ter a qualificadora natureza jurídica objetiva, subjetiva ou mista. E, por último, o posicionamento do TJDFT sobre o assunto por meio da análise de dois Recursos em Sentido Estrito - RSE interpostos pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, nos quais as Promotorias de Justiça solicitaram que o motivo torpe possa coexistir com o crime de feminicídio. Nesse diapasão, frisa-se que até o momento o Superior Tribunal de Justiça – STJ ainda não se pronunciou sobre o tema.

1 A LEI MARIA DA PENHA E SEUS CONTORNOS JURÍDICOS

Em razão da cultura patriarcal fortemente arraigada em nosso País muitas já foram às mulheres vítimas de violência doméstica em relações hetero e homossexual feminina ou entre pai e filha. Logo, nessas situações é possível identificar, normalmente, alguns pontos de semelhanças, quais sejam de um lado, por parte da mulher, um sentimento de medo, de baixa auto-estima, de dependência emocional e até mesmo de culpa. De outro lado, o agressor (ou agressora), que acredita estar agindo de forma correta relativamente ao comportamento violento, seja de forma verbal ou física, sempre buscando justificativa para legitimação dos seus atos, normalmente com uma pesada carga de machismo arraigado e sentimento de superioridade e possessividade.

1.1 ORIGEM DA LEI

Nesse passo, segundo Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto¹ em razão das recorrentes situações de violência doméstica contra as mulheres em 7 de agosto de 2006 foi publicada a Lei nº 11.340, que ficou popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. Sua intitulação se deve a história de uma mulher chamada Maria da Penha Maia Fernandes, que passou anos de sua vida sendo vítima de violência pelo seu marido. Assim, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, em maio de 1983, sua relação amorosa teve como desfecho um tiro disparado pelo então marido contra si enquanto dormia que a atingiu na coluna, deixando-a paraplégica. Seu agressor foi condenado por tentativa de homicídio, a dez anos de reclusão, tendo cumprido menos de 1/3 (um terço) da pena em regime fechado.

¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Ainda, segundo Cunha e Pinto², sua luta para que houvesse uma proteção especial para mulheres que sofrem com a violência doméstica foi ganhando voz, até culminar na edição da Lei nº 11.340/2006³, com proteção constitucional, inserta no §8º do art. 226 da CF/88, verbis: “O Estado assegurará assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

1.2 O QUESTIONAMENTO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI POR MEIO DA ADC E ADI

Muitas foram as vozes que debateram o tema, inclusive quanto à constitucionalidade da Lei, uma vez que prevê penas mais severas que as estabelecidas no Código Penal, em razão do gênero da vítima. No entanto, o Supremo Tribunal Federal - STF declarou a sua constitucionalidade, usando como razão de decidir o reconhecimento da vulnerabilidade da mulher nas relações domésticas, aqui compreendidos os relacionamentos entre marido e mulher, namorado (a) e namorada, ex-namorados (hetero e homossexual), pai e filha (vítima), filha (o) e mãe (vítima), irmã (o) e irmã (vítima). Aplicou-se, portanto, o princípio da igualdade, em seu sentido material. (Plenário. Ação Direta de Constitucionalidade - ADC 19/DF⁴, rel. Min. Marco Aurélio, 9.2.2012)⁵

² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³ O caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que assim se pronunciou: “A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.”

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade ADC 19/DF. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁵ (...) Sob o ângulo da igualdade, ressalta como princípio constitucional a proteção à família, afirmando que o escopo da lei foi justamente coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Ter-se-ia tratamento preferencial objetivando corrigir desequilíbrio, não se podendo cogitar da inconstitucionalidade ante a boa procedência do discrimine.

Pois bem, a lei em comento, em suas disposições preliminares, estabelece os mecanismos necessários para a punição, a erradicação e a prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, cria os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e garante assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. O artigo 5º da citada lei traz o conceito da violência doméstica e familiar contra a mulher, entendida como toda a espécie de agressão (ação ou omissão) dirigida contra a mulher, num ambiente doméstico ou familiar, baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.⁶

Nesse diapasão, a intervenção estatal se faz necessária para combater a dor, o sofrimento e a humilhação a que inúmeras mulheres estão sujeitas em suas relações amorosas e/ou familiares, tornando-as escravas de seus algozes, na medida em que mantêm vínculos fundados na dominação, na agressão física e/ou moral e, por conseqüência, deságua na sua completa subjugação em relação ao seu agressor, que, na maioria das vezes, consegue reduzi-las a uma situação de objeto, de pertença, sem qualquer poder para exercício de suas vontades, porque está comandada pelo medo, pela insegurança e pela dependência psicológica.

Destarte, a Lei Maria da Penha revela-se como importante marco na luta pelo respeito ao outro em condição de vulnerabilidade, em observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Além disso, torna mais severas as penas em abstrato previstas para os crimes praticados contra mulheres e vítimas em

⁶ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

contexto familiar de violência, a exemplo do que ocorre no crime de lesão corporal (art. 129, §9º e §11 do CP)⁷.

A lei também se prestou a punir com maior rigor os crimes sexuais praticados contra menores de quatorze anos, no ambiente doméstico, consubstanciado no art. 217- A do CP⁸ (estupro de vulnerável). Ainda, acresceu ao rol das circunstâncias agravantes o crime praticado com abuso de autoridade ou com prevalência de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher (art. 61, II, f, do CP)⁹.

Do ponto de vista processual, a Suprema Corte Constitucional, por meio da Ação Direta de Constitucionalidade - ADC 19/DF, incumbiu-se de declarar a constitucionalidade do art. 33 da lei. Além disso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4424/DF afastou a aplicação da Lei dos Juizados Especiais - Lei nº 9.099/1995, aos casos submetidos à Lei nº 11.340/2006, vedando, sobretudo, a utilização dos seus institutos despenalizadores, quais sejam, transação penal e suspensão condicional do processo.

⁷ Art. 129, § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos (...) § 11 Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

⁸ Art. 217- A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 2016. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 30 maio de 2016.

⁹ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o crime: (...) f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica. BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 2016. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 30 maio de 2016.

Ademais, ficou decidido no julgamento da ADI 4424/DF¹⁰, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, com a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição, que os art. 12, I e 16, da Lei Maria da Penha são constitucionais e devem ser interpretados de acordo com o art. 41 do mesmo diploma legal. Desta forma, assentou-se que o delito de lesão corporal, ainda que leve praticado com violência doméstica contra a mulher terá natureza de ação penal incondicionada, uma vez que o art. 88 da Lei nº 9.099/1995 não pode ser aplicado aos casos da Lei Maria da Penha.

Logo, em relação a este crime, a vítima não poderá desistir do prosseguimento da ação penal. Entendeu, ainda, que a representação mencionada nos art. 12, I e 16 da Lei Maria da Penha refere-se a outros delitos praticados contra a mulher e que sejam de ação penal condicionada, como é o caso da ameaça (art. 147 do CP)¹¹, não se aplicando ao crime de lesão corporal.

Nesta esteira de entendimento seguiu também o Superior Tribunal de Justiça - STJ ao editar a Súmula 542 – A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. “(Súmula 542, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26 de agosto de 2015, DJe 31 de agosto de 2015)” Referido posicionamento traz ainda maior robustez à proteção conferida à mulher.

1.3 ASPECTOS RELEVANTES DA LEI

A Lei estabelece que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher têm competência cível e criminal. A competência cível está prevista no art. 15 da Lei Maria da Penha, tendo à ofendida a prerrogativa de escolha em razão de: I) do seu

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4424/DF. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> .Acesso em: 20 ago. 2016.

¹¹ Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação. BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 2016. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2016.

domicílio ou de sua residência; II) do lugar do fato em que se baseou a demanda; e III) do domicílio do agressor. Já para os processos criminais, os dispositivos observados estão inseridos no Código de Processo Penal, art. 69 ao 91. Regra geral, a competência para processamento e julgamento da causa será a do lugar da consumação do fato, nos termos do art. 70 do CPP.

Com relação ao procedimento, este será definido de acordo com o crime cometido, sendo o ordinário para pena máxima igual ou superior a quatro anos e, o sumário, para penas inferiores há quatro anos, nos termos do art. 394, §1º do CPP.¹²

Na aplicação da Lei Maria Penha, incumbe à vítima de violência doméstica, ou seu representante legal, a comunicação do fato delituoso à polícia, ao Ministério Público ou diretamente ao Judiciário, por meio de advogado constituído, particular ou pela Defensoria Pública. A vítima tem opção de requerer ao Poder Judiciário medidas protetivas em seu favor, para sua guarita contra o agressor.

Conforme disposto no art. 18 da Lei, caberá ao juiz, decidir o pedido, aplicando, se entender que é o caso, isolada ou de forma cumulada, as medidas de proteção previstas nos art. 22 e 23 da Lei, ou qualquer outra que se mostrarem mais efetivas na proteção da ofendida, considerando o caso concreto.

Nesse tocante, conforme discorre Alessandra de La Veja Miranda na própria delegacia de polícia, no ato do registro do boletim de ocorrência, a vítima poderá requerer transporte para um abrigo de mulheres ou local seguro, poderá ainda solicitar ao delegado que pleitei ao juiz as medidas protetivas, a fim que se faça cessar de imediato a situação de violência. Ademais, segundo a autora:

¹² Art. 394. - O procedimento será comum ou especial. § 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei. BRASIL. *Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

“Na delegacia o agressor e eventuais testemunhas são ouvidos, sendo feita também uma pesquisa de antecedentes criminais do ofensor, para que a autoridade policial possa saber se existe mandado de prisão contra ele. Reunidas as informações, esse “dossiê” usualmente é enviado ao juiz ou à juíza no prazo de quarenta e oito horas, para que decida sobre as medidas nesse mesmo prazo, podendo a autoridade judicial determinar o afastamento do agressor do lar ou proibi-lo de realizar determinadas condutas, a exemplo de se aproximar-se da envolvida, de seus familiares e das testemunhas.”¹³

A partir dessa breve explanação acerca dos contornos legais da Lei Maria da Penha, do ponto de vista do Direito Constitucional, do Direito Material e Processual, além da menção das principais decisões emanadas pelo Poder Judiciário, em confronto com a realidade sociocultural das vítimas de violência doméstica, demonstra-se certo que a interferência do Estado nas relações privadas além de importante, mostra-se fundamental para a promoção da garantia dos direitos constitucionalmente protegidos no ordenamento jurídico pátrio, a todos, mas, sobretudo às pessoas em condição de vulnerabilidade.

Tanto o legislador quanto o intérprete da Lei buscaram dar a esse tipo de situação a proteção adequada da qual as mulheres e as vítimas de violência doméstica há muito necessitavam. Nesse sentido, qualquer pessoa, de qualquer classe social, econômica, ou educacional, está sujeita a se tornar vítima de um agressor. Assim, além do papel punitivo e repressor do Estado, necessário se faz também que as vítimas tenham condições de buscar ajuda, de pedir socorro, de forma segura, e com o suporte psicossocial, como forma de resgate da vítima como pessoa.

¹³ MIRANDA, Alessandra de La Veja. *Práticas Conciliatórias, Violência Doméstica e Lei nº 11.340/06*: ensaio etnográfico exploratório sobre o “funil conciliatório em um juizado especial de competência geral do Distrito Federal (2010). Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/602/794>> . Acesso em: 01 set. 2016.

1.4 A LEI MARIA DA PENHA E A LEI QUE CRIA A CRIME DE FEMINICÍDIO

Conforme Thiago André Pierobom de Ávila¹⁴ a lei Maria da Penha cria dispositivos importantes para proporcionar a intervenção preventiva do Estado a fim de evitar a ocorrência de episódios mais sérios contra a mulher, bem como visa proporcionar a proteção integral nas relações de gênero. Além do mais, cria um Juizado especializado para o atendimento das causas criminais relacionadas à violência doméstica e familiar.

Outrossim, a Lei nº 11.340/2006 oferece as vítimas medidas protetivas de urgência, medidas cautelares, além do afastamento do agressor do lar e dependendo do caso, a decretação de prisão preventiva. Logo, traz regras processuais instituídas, mas sem tipificar novas condutas. Destaca-se que as medidas protetivas explanadas na Lei Maria da Penha poderão ser aplicadas a vítima do feminicídio desde que na modalidade tentada.

Já a Lei que prevê o feminicídio como qualificadora no crime de homicídio, ao contrário da lei Maria da Penha, ostenta um rol de crimes em seu texto, ou seja, indo além representa um avanço. Logo, constitui um complemento à Lei nº 11.340/2006 e oferece proteção diretamente à mulher, em razão de situações atemporal de discriminação que tem origem em uma estrutura social patriarcal onde várias mulheres já foram estupradas, mortas, queimadas, mutiladas, humilhadas pelo simples fato de serem mulheres.

Nessa Perspectiva, a lei nº 13.104/2015 além de incluir o feminicídio no rol de crimes hediondos, inclui causas de aumento de pena de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado em determinadas situações, quais sejam: durante a gestação ou nos três meses posterior ao parto; contra pessoa menor de quatorze anos, maior de

¹⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais*. Brasília, ESMPU, 2014, p. 15.

sessenta ou com deficiência, ou na presença de descendente ou ascendente da vítima, conforme reza o diploma legal em seu art. 121, § 7º, I, II e III do CP.

Destaca-se que à competência para o julgamento dos crimes de feminicídio vai depender da Lei de Organização Judiciária de cada Estado. Existem Estados que a Primeira fase do procedimento do Júri será realizada na Vara de Violência Doméstica e logo após será redistribuído para a Vara do Tribunal do Júri, e outros que o processo todo tramita no Tribunal do Júri. O STF já decidiu que naquele caso não existira usurpação de funções e a Vara de Violência Doméstica poderá instruir o feito até a fase da pronúncia. Já a lei Maria da Penha estabeleceu os Juizados de Violência Doméstica e Familiar com competência civil e criminal.

O sujeito passivo do crime para a Lei Maria da Penha abrange mulheres, transexuais, travestis, bem como casais homoafetivos esses no âmbito das relações domésticas, conforme decisão em ADC 19/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello em 9 de fevereiro de 2012. Nesse ponto de vista, aplicou-se o princípio da igualdade em seu sentido material.

Já a lei que cria a qualificadora do feminicídio, até o momento, tem sido aplicada exclusivamente às mulheres, tendo em vista a alteração no Projeto de Lei do Senado nº 8.305/2014, que deu origem à Lei nº 13.104/2015 e modificou o vocábulo “gênero” para a expressão “condição de sexo feminino”. Ressalta-se que a jurisprudência ainda não se pronunciou sobre o tema.

2 FEMICÍDIO, FEMINICÍDIO E DIREITO

O feminicídio é fruto de um raciocínio de dominação masculina e um sistema de controle patriarcal e misógino onde milhares de mulheres já foram mortas por razões de gênero. As formas de abuso apresentam-se de forma vasta, seja por meio de violência sexual e verbal, submissão, prostituição, tráfico de órgãos e pessoas, além de uma extensa escala de privações. Logo, representa a instância última de controle da mulher onde se observa claramente a predominância das relações de gênero hierárquica e desiguais onde o corpo da mulher é propriedade do homem.

2.1 ORIGENS DAS TERMINOLOGIAS “FEMINICÍDIO” E “FEMICÍDIO”

Segundo Mariana Barrêto Nobrega de Lucena¹⁵, originalmente, a terminologia “femicídio” (*femicide*) surge na obra *A Satirical View of London*, de John Corry (1801), como significado de “assassinato contra a mulher”. Dois séculos depois, o termo ganha conotação diversa, por Diana Russel, que passa a representar o “homicídio de mulheres por serem mulheres”.

Nesse trilhar, conforme Carmem Hein de Campos, o termo foi redefinido por Jane Caputti e Diana Russel em 1990 como o fim extremo do um *continuum* de terror contra as mulheres, Assim, segundo as autoras incluem diversos tipos de abusos físicos e psicológicos, quais sejam:

(...) o estupro, a tortura, a escravidão sexual (particularmente a prostituição), o incesto, o abuso sexual contra crianças, agressão física e sexual, operações ginecológicas desnecessárias, assédio sexual, mutilação genital, heterossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (pela criminalização do aborto), cirurgia cosmética e outras cirurgias em nome da beleza.¹⁶

¹⁵ LUCENA, Mariana Barrêto Nobrega de. *Morte de mulheres no Brasil: feminicídio ou homicídio comum? violência doméstica ou questão de segurança pública?* Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: 29 abr 2016.

¹⁶ CAMPOS, Carmem Hein de. *Feminicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. Sistema Penal e Violência*. Porto Alegre, 2015. Disponível em:

Destaca-se ainda, segundo Debora Diniz, Bruna Santos Costa e Sinara Gumieri¹⁷ que a expressão femicídio remete ao Tribunal Internacional de crimes contra as mulheres, popularmente organizado por militantes feministas em Bruxelas, no ano de 1976, o qual tencionava dar publicidade à variedade de crimes cometidos contra mulheres em diversos países e culturas.

Ressalta Adriana Ramos de Mello¹⁸ que feminicídio e femicídio são, frequentemente, utilizados como sinônimos para discriminar a morte intencional de mulheres. Porém, O termo femicídio não deve ser confundido com feminicídio, pois enquanto aquele representa a morte de pessoas do sexo feminino, o segundo termo diz respeito à morte de mulheres por interesses políticos, ou seja, é algo que vai além da misoginia. Por esse ângulo, representa a perseguição e a morte delas a partir de agressões físicas e psicológicas descrito por vários tipos de comportamentos como abusos físicos e verbais.

Ainda, segundo Diniz,¹⁹ na década de 1990, o termo feminicídio foi apropriado para retratar o que ocorreu em Ciudad Juarez, no México, onde centenas de mulheres jovens e trabalhadoras desapareceram. Algumas foram violentadas, outras torturadas e assassinadas e não houve punição, nem proteção por parte do Estado. Assim, a antropóloga e deputada mexicana Marcela Lagarde considerou que femicídio, homólogo de homicídio, seria insuficiente; pois apenas se restringia a lei penal.²⁰ Preferiu feminicídio, que apresentaria o conjunto de violações a direitos humanos das mulheres e delataria o Estado omissivo, negligente e conivente.

<http://www.academia.edu/16299644/Femicidio_no_Brasil_uma_analise_critico-feminista>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁷ DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. *Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 114, ano 23, p. 225-239, maio/jun. 2015.

¹⁸ MELLO, Adriana Ramos de. *Femicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*, Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

¹⁹ DINIZ, op. cit.

²⁰ LAGARDE Y DE LOS, Rios Marcela. Antropologia, feminicidio y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. In: Bullen, Margaret; Mintegui, Carmen Diez . org. *Retos Teóricos y nuevas prácticas*. Donostia: Ankulegi Antropologia Elkartea, 2008. p. 209/239.

2.2 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO TÓPICO FEMINICÍDIO

Consoante Campos²¹ o termo feminicídio significa a perseguição e morte intencional de pessoas do sexo feminino, classificado como um crime hediondo no Brasil. Logo, tipificar tal conduta tem por objetivo coibir atos ou condutas misóginas que levam à morte, ou a morte por razões de gênero . Nessa linha, busca proteger um bem jurídico considerado penalmente relevante que é a vida. Assim seria uma adequação típica contraposta à figura do homicídio, objetivando individualizar e nominar a morte de mulheres.

No ensinamento de Rogério Greco²², buscando reprimir a violência contra as mulheres pela sua simples condição de pertencerem ao sexo feminino, o legislador editou o decreto nº 1.973, em 1º de agosto de 1996, o qual promulgou a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.²³

Conforme Greco²⁴, seguindo as indicações contidas na aludida Convenção, foi publicada em 7 de agosto de 2006 a Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria de Penha, a qual cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal de 1988. Logo, a lei em destaque

²¹ CAMPOS, Carmem Hein de. *Feminicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. Sistema Penal e Violência*. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/16299644/Feminicidio_no_Brasil_uma_analise_critico-feminista>. Acesso em: 25 out. 2016.

²² 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>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

²³ Destaca-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “convenção de Belém do Pará.” - Adotada em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Art. 1º. Para os efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado. Art. 3º Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no privado. Art. 4º Toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercícios e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos. Estes direitos compreendem, entre outros: a) o direito a que se respeite sua vida.

²⁴ GRECO, op. cit.

estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.²⁵

Nesse trilhar de conquistas femininas, indo além, por ocasião da celebração do dia internacional da mulher, em março de 2015, conforme realça Leonardo Alves de Oliveira²⁶, as mulheres brasileiras tiveram um motivo digno de comemoração, qual seja: a sanção pela Presidente da República, Dilma Rousseff, da Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que instituí o feminicídio como forma de qualificar o crime de homicídio, quando envolver violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Como bem observa Everton Zanella, Márcio Friggi, Marcio Escudeiro e Virgílio Amaral²⁷ o conteúdo da expressão menosprezo ou discriminação à condição de mulher não pode ser confundido com o conceito legal de violência doméstica ou familiar, tendo em vista, que aquele não conta com referência normativa no ordenamento jurídico, cabendo ao operador do direito delimitar a expressão do seu conteúdo. Já o conceito de violência doméstica e familiar está inserido no art. 5º da Lei Maria da Penha.²⁸

Segundo os mesmos autores²⁹, não seria qualquer relação, familiar ou relação íntima do agente com a vítima que possibilitará a incidência da qualificadora.

²⁵ Art. 226. - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 8 O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. In: VADE MECUM SARAIVA. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 5-76. Ibidem.

²⁶ OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A nova lei do feminicídio em face do princípio constitucional da isonomia. Avanço ou Retrocesso? *Revista BoniJuris*, Curitiba, v. 27, n.7, p. 6-9, jul. 2015.

²⁷ ZANELLA, Everton et al. *Feminicídio: considerações iniciais*. São Paulo, MPSP, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos>. Acesso em: 29 maio 2016.

²⁸ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

²⁹ ZANELLA, op. cit.

Prontamente, seria necessário conjugá-la com a discriminação à condição de mulher como motivo imediato do crime, independentemente do cenário no qual o evento se desenvolveu.

Na mesma linha, segundo Ela Wiecko Volkmer de Castilho³⁰ no feminicídio, tal como no homicídio, o Estado refuta a violação do direito a vida das pessoas do sexo feminino. Nesse ponto, serve-se da lei penal com o objetivo de punir quem mata nas circunstâncias definidoras do crime, pois o direito a vida é o objeto jurídico do crime. A distinção entre homicídio e feminicídio deriva do objeto material e do sujeito passivo, constituídos por mulheres, além é claro da motivação da conduta.

Conforme Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes é possível assinalar três inovações trazidas para o direito penal com a edição da Lei nº 13.104/2015, a saber:

- I - Alterou o art. 121 do Código Penal para incluir como circunstância qualificadora do homicídio o feminicídio, descrevendo os seus requisitos típicos;
- II - Criou uma causa de aumento de pena (1/3 - um terço até a metade) para os casos em que o feminicídio tenha sido praticado: durante a gestação, nos três meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 - quatorze anos; contra pessoa maior de 60 - sessenta anos; contra pessoa com deficiência; na presença de descendente da vítima; na presença de ascendente da vítima;
- III - Incluiu o feminicídio no rol dos crimes hediondos trazidos pela Lei nº 8.072/1990.³¹

Castilho³² destaca que o Projeto de Lei do Senado Federal nº 8.305/2014, que deu origem a Lei nº 13.104/2015, alterou o vocábulo “gênero” que foi substituído pela expressão “condição de sexo feminino”. A modificação ocorreu na Câmara dos Deputados e foi reconhecida como emenda de redação para justificar a não devolução

³⁰ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Direito Penal em debate sobre o feminicídio. Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/ELAWIECKO_IBCCRIM270_feminicidiomaio2015.pdf> .Acesso em: 25 out. 2016.

³¹ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Feminicídio*: entenda as questões controvertidas da Lei nº 13.104/2015. *RDP*, São Paulo, n. 91, p. 10/22, abr/mai, 2015. Disponível em:< <http://institutoavantebrasil.com.br/topicos/violencia-contra-a-mulher-alice-bianchini/>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

³² CASTILHO, op. cit.

à Câmara, mas analisando criticamente, não se trata apenas de mera emenda de redação, pois visou restringir a aplicabilidade do feminicídio às transexuais mulheres.

2.3 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE MULHER COMO SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Apesar da limitação de aplicabilidade imposta pela emenda à lei, a doutrina apresenta três posições para definição do conceito de mulher como sujeito passivo do crime de feminicídio e possibilitar a incidência da qualificadora, quais sejam: critérios psicológico, biológico e jurídico. No entanto, segundo Rogério Greco³³, “somente o critério jurídico traz a segurança necessária para efeitos de reconhecimento do conceito de mulher.”

Nessa ordem de idéias, o *critério de natureza psicológica* se daria, quando *embora* “alguém seja do sexo masculino, psicologicamente, acredita pertencer ao sexo feminino, ou vice-versa, vale dizer, mesmo tendo nascido mulher, acredita, psicologicamente, ser do sexo masculino, como os transexuais”.³⁴

O segundo critério, apontado e defendido por Francisco Dirceu Barros, citado por Rogério Greco³⁵, diz respeito àquele de natureza biológica: “identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica”. Neste caso, como a neocolpovulvoplastia altera a estética, mas não a concepção genética, não seria possível a aplicação da qualificadora do feminicídio quando ocorrer esse tipo de intervenção cirúrgica.

Ainda, segundo o autor, o terceiro critério é o denominado jurídico. Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial, qual seja certidão de nascimento ou documento de identidade onde declare, expressamente, o seu sexo

³³ 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>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

³⁴ GRECO, op. cit.

³⁵ *Ibidem*.

feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do crime de feminicídio. Importante destacar que essa discussão é apenas doutrinária, pois não existe até o momento, nenhum julgado sobre a aplicação da lei aos transexuais e transgênicos.

De outro lado, destaca Bianchini e Gomes que a consoante disposição inserta no art. 5º, parágrafo único³⁶, da Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha deve ser aplicada, independentemente de orientação sexual. “Na relação entre mulheres hetero ou transexual (sexo masculino e identidade de gênero feminina).”³⁷

2.4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A LEI QUE CRIA O CRIME DE FEMINICÍDIO

No que se refere ao princípio constitucional da igualdade, o art. 5º da Constituição Federal de 1988, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, preceitua que: “Todos são iguais perante a lei (...) I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

Nessa perspectiva, apesar de não existir decisão sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 13.104/2015, tem-se que no meio acadêmico ainda há espaço para discussão quanto à existência ou não da violação ao aludido princípio, tendo em vista a garantia da igualdade entre homens e mulher nos termos da Carta Magna. Dessa maneira, apresentam-se argumentos favoráveis e desfavoráveis à sanção da lei que altera o Código Penal e cria mais uma qualificadora para o crime de homicídio, qual seja o feminicídio.

³⁶ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (...) Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.** (grifo nosso) BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

³⁷ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei nº 13.104/2015*. RDP, São Paulo, n. 91, p. 10 /22, abr/mai, 2015. Disponível em:< <http://institutoavantebrasil.com.br/topicos/violencia-contra-a-mulher-alice-bianchini/>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

2.4.1 Argumentos desfavoráveis à lei que cria o feminicídio

Sustenta Oliveira³⁸ que a lei que enquadra o feminicídio como qualificadora no crime de homicídio vai de encontro ao avanço legislativo, na medida em que as alterações levadas a efeito no diploma penal devam tutelar, sem distinção, homens e mulheres, a vista do que se constata na Lei nº 12.015/2009, que trouxe importante e radical alteração na tipificação do estupro, ao substituir o termo “mulher” por “alguém”, no art. 213 do CP³⁹.

Alega o autor que com a criação da qualificadora em questão, o legislador conferiu ao crime de homicídio proteção diferenciada à mulher pela simples razão do seu gênero. É dizer, ao invés de dirimir os privilégios e diferenças legais priorizando pela igualdade, como fez com o estupro, ele cria ainda maiores diferenças, expondo ainda mais as desigualdades. Nessa lógica, ele defende que a criação da lei do feminicídio seria uma incongruência na busca pela concretização do princípio constitucional da igualdade.

(...) talvez seria melhor o legislador ter criado, então, uma qualificadora “geral” para os sexos acerca dos assassinatos ocorridos nas relações familiares ou por menosprezo à condição de “gênero”, em detrimento do texto original que resguarda apenas a mulheres.⁴⁰

Ademais, segundo Luciana Maibashi Gebrim e Paulo César Corrêa Borges as opiniões contrárias à criminalização do femicídio sustentam-se na inefetividade do direito penal para alcançar os fins pretendidos, qual seja coibir o assassinato de mulheres por discriminação. Destacam ainda que o problema da violência contra as mulheres, a impunidade, bem como as dificuldades no acesso à justiça não se solucionam com a criação de novas figuras penais ou com o aumento das penas.

³⁸ OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A nova lei do feminicídio em face do princípio constitucional da isonomia. Avanço ou Retrocesso? *Revista BoniJuris*, Curitiba, v. 27, n.7, p. 6/9, jul. 2015.

³⁹ Art. 213 Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) . *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 2016. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2016.

⁴⁰ OLIVEIRA, op. cit.

Utilizando argumentos da Criminologia Crítica, como o efeito “simbólico” do Direito Penal, arguem que esse ramo do direito é incapaz de inibir abstratamente comportamentos violadores dos direitos das mulheres (prevenção geral negativa), não sendo também hábil para exercer a função ressocializadora do infrator. Pelo contrário, apenas reforçaria o animus do agressor de se vingar da mulher após sair da prisão⁴¹

Destarte, para os autores, tal tutela penal é ineficiente, caso não exista uma política integral de prevenção, proteção e punição. Simplesmente tipificar o crime de feminicídio ou aumentar as penas para quem mata uma mulher por razões de gênero não seria a solução.

Exemplo disso é a política criminal de cunho eficientista desenvolvida pelos Estados Unidos nas últimas décadas, que pretende combater a violência com a maximização do aparelho policial, criminalização de novas condutas, aumento das penas e restrição de garantias processuais. Até onde se sabe, tal política foi incapaz de reduzir os delitos, embora tenha aumentado significativamente a população carcerária do país.⁴²

Prontamente, a criação de um tipo penal seria inapta e não asseguraria uma efetiva política criminal ou mudança da interpretação jurídica. Nessa linha, para tal corrente, o que combateria a violência contra as mulheres seria o investimento do Estado em políticas específicas para cada grupo de mulheres, já que as vulnerabilidades são distintas entre indígenas, negras ou deficientes, as quais sempre tiveram maior dificuldade de acesso à justiça em comparação às mulheres brancas.

2.4.2 Argumentos favoráveis à lei que cria o feminicídio

Conforme Gebrim e Borges,⁴³ o principal argumento favorável à sanção da lei que cria a qualificadora para o crime de feminicídio é tornar visível à existência de homicídio de mulheres por razões de gênero. Portanto, é necessário expor o elevado

⁴¹ GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de Gênero. Tipificar ou não o feminicídio/femicídio? *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59/75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/503037>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁴² GEBRIN, op. cit.

⁴³ Ibidem.

índice de assassinatos de mulheres, “a fim de que o público conheça e se sensibilize com a situação dessas mulheres, de modo a contribuir para uma mudança de mentalidade patriarcal predominante no contexto ibero-americano.”

Além disso, conforme a evolução e ampliação dos direitos conquistados pelas mulheres assinala-se a consagração do princípio da igualdade pela Carta Maior, em seu art. 5º, inciso I. Nessa perspectiva, afirma Mariana Armond Dias Paes⁴⁴ que a noção de igualdade está sustentada na igualdade formal. Assim sendo, somente essa face do princípio da igualdade, em seu sentido formal, não se mostra suficiente para conferir às mulheres plena proteção dos seus direitos, impondo-se agregar sua outra faceta, revelada em seu sentido material.

Defende a autora que não basta tratar os iguais de forma igual; há que se aquinhoar as desigualdades, na medida e na proporção que se apresentam. Como resultado, “apesar de, formalmente, poderem gozar de todos os direitos que são reconhecidos aos homens, na prática, as mulheres ainda sofrem diversas restrições no exercício desses direitos.”⁴⁵

Ressalta-se ainda que a sociedade esta alicerçada por uma divisão desigual de trabalho e que cabe às mulheres a maior parte das atividades domésticas e de cuidados. Desse modo, o sexo feminino necessita de uma maior proteção por parte do Estado. Logo, a lei que cria a qualificadora do feminicídio para os crimes de homicídio cometidos contra mulheres em razão da condição do sexo feminino representa uma continuidade da proteção dada pela Lei Maria da Penha.

Na mesma linha, defende Campos⁴⁶ que alguns críticos podem defender que a qualificadora fere o princípio constitucional da igualdade ao tratar diferentemente a

⁴⁴ PAES, Mariana Armond Dias. *Inclusão do feminicídio no Código Penal é uma questão de igualdade e gênero*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/mariana-paes-femicidio-questao-igualdade-genero>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ CAMPOS, Carmem Hein de. *Femicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. Sistema Penal e Violência*. Porto Alegre, 2015. Disponível em:

morte das mulheres. Entretanto, isso não ocorre, pois assim como o fez a Lei Maria da Penha ao diferenciar a violência contra as mulheres nas relações conjugais e no âmbito doméstico e familiar com o objetivo de corrigir o desequilíbrio de gênero em desfavor das mulheres, o feminicídio também o faz. Nessa lógica, na lei nº 13.104/2015 busca coibir as dimensões extremas dessa desigualdade e violência de gênero. Tem-se, nesse sentido, a nomeação de uma violência decorrente de uma desigualdade de fato.

Paes⁴⁷ noticia que o feminicídio foi tipificado em diversos países da América Latina, como: Costa Rica (2007), Guatemala (2008), Chile (2010), Peru (2011), El Salvador (2012), México (2012) e Venezuela (2014). Em países como o México e a Guatemala, sua constitucionalidade foi desafiada com fundamento em possível afronta ao princípio da igualdade. No entanto, em nenhum dos casos a tese prevaleceu.

Além disso, segundo Castilho⁴⁸ o direito à vida é um direito humano que deve ser preservado pela lei penal conforme preceitua o art. 5º XXXVIII, da Constituição da República de 1988, que trata da competência do Júri para os crimes dolosos contra a vida, bem como o art. XLI, que reza “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Conforme a letra da Carta Magna é insustentável as críticas à tipificação do feminicídio fundadas nos argumentos da suficiência da tipificação existente no homicídio qualificado, na violação ao princípio da igualdade dos sexos, bem como na ineficácia da lei penal com vistas à prevenção da tal conduta.

<http://www.academia.edu/16299644/Feminicidio_no_Brasil_uma_analise_critico-feminista>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁴⁷ PAES, Mariana Armond Dias. *Inclusão do feminicídio no Código Penal é uma questão de igualdade e gênero*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/mariana-paes-feminicidio-questao-igualdade-genero>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

⁴⁸ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Direito Penal em debate sobre o feminicídio. Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/ELAWIECKO_IBCCRIM270_feminicidiomaio2015.pdf> .Acesso em: 25 out. 2016.

Como bem observa Castilho⁴⁹, do exame técnico-jurídico e operacional do sistema de justiça, a Lei nº 13.104/2015 não excede o poder punitivo. Prontamente, nomear o homicídio de mulheres decorrentes de violência doméstica e familiar ou de menosprezo e discriminação à condição das mulheres é de extrema importância para a implementação de políticas de enfrentamento a violência elaborada pela Lei Maria da Penha.

Ressalta-se que a não identificação dos agressores acarretará prejuízos para as mulheres que sofrem tentativas de homicídio, para as quais se poderiam oferecer medidas protetivas e a assistência integrais essenciais para cessar o ciclo de violência.

2.5 A INCLUSÃO DO FEMINICÍDIO NO ROL DE CRIMES HEDIONDOS

Cabem ainda algumas considerações sobre a Lei nº 13.104/2015, quais sejam: o crime de feminicídio foi incluído no rol de crimes hediondos⁵⁰, logo, para esses não será admitido anistia, graça ou indulto, tampouco fiança, combinado ao regime inicialmente fechado. A progressão de regime do fechado para o semiaberto é severa em relação à progressão geral, pois se dará após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, já na progressão em geral, a lei exige o cumprimento de apenas 1/6 (um sexto) da pena.

Nesse tocante, conforme Castilho⁵¹, a inclusão do feminicídio no rol de crimes hediondos não poderia ser diferente, tal como as demais ocorrências de homicídio qualificado. Enfatiza-se, que antes da Lei do feminicídio, o assassinato de mulheres praticado por homens já eram considerados hediondos caso inserido em umas das qualificadoras do art. 121 do CP.

⁴⁹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Direito Penal em debate sobre o feminicídio. Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/ELAWIECKO_IBCCRIM270_feminicidiomaio2015.pdf> .Acesso em: 25 out. 2016.

⁵⁰ A qualificadora referente ao feminicídio foi incluída no rol de crimes hediondos por meio da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal de 1988.

⁵¹ CASTILHO, op. cit.

Diante do exposto, não se é correto dizer que “agora” matar uma mulher é crime hediondo, pois se o homicida mata por motivo torpe ou fútil, por exemplo, já estaria caracterizada a hediondez do crime.

3 A TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO EM PAÍSES LATINO- AMERICANOS

Em digressão sobre a tipificação jurídica do feminicídio em países da América Latina afirma Juliana Martínez Nacarato⁵² que, atualmente, dezesseis países já o tipificaram em suas leis, seja denominando-o “femicídio” ou “feminicídio”. Esse processo iniciou-se no ano de 2007 na Costa Rica, na seqüência adotaram-nos também em suas legislações respectivamente, Colômbia e Guatemala em 2008, Chile em 2010, Peru em 2011, Nicarágua, El Salvador, Argentina e México (alguns Estados) em 2012, Bolívia, Honduras e Panamá em 2013, Equador, República Dominicana e Venezuela em 2014 e finalmente o Brasil em 2015. Dentre os países que ainda não o tipificaram, mas iniciaram debate sobre o tema estão: Cuba, Haiti, Paraguai e Uruguai.

Nesse tocante, lecionam Gebrim e Borges⁵³ que entre os países latinos os quais incorporaram o feminicídio⁵⁴ como delito autônomo, às suas legislações observa-se não existir uniformidade na definição dos elementos do tipo penal. Ressalta-se assim certa impropriedade na técnica jurídica, seja ao estabelecer somente uma tipologia para o feminicídio, ou quando tipifica de maneira tão extensa e conseqüentemente, gerando impunidade, na medida em que torna a aplicação do tipo penal complexa.

3.1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO FEMINICÍDIO NA AMÉRICA LATINA

A seguir, de forma sucinta, será apresentada a penalização do delito de feminicídio em alguns países da América Latina. Observa-se que feminicídio e femicídio são frequentemente utilizados como sinônimos para discriminar a morte intencional de mulheres. Adotaram em suas legislações a terminologia femicídio:

⁵² NARCARATO, Juliana Martínez. *Quem ama, não mata: o enfrentamento do feminicídio na América Latina*, 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/37693397/JMNacarato_Enfrentamento_do_feminicidio_na_America_Latina_-_Zur2_2015.pdf>. Acesso em: 28 ago.2016.

⁵³ GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de Gênero. Tipificar ou não o feminicídio/feminicídio? *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59/75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/503037>>. Acesso em: 20 ago.2016.

⁵⁴ Ressalta-se que feminicídio e femicídio são frequentemente utilizados como sinônimos.

Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá. Já Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Honduras, El Salvador, México, Peru, República Dominicana e Venezuela elegeram feminicídio.

3.2 COSTA RICA

Na dicção de Mello, em maio de 2007, a Costa Rica foi o primeiro país da América Latina que tipificou o delito de feminicídio por meio da Lei da Penalização da Violência contra as Mulheres. Conforme a Autora se trata de uma Lei especial que “sanciona diversas formas de violência contra as mulheres como prática discriminatória por razão de gênero, especificamente em relação conjugal ou união estável assumida ou não.”⁵⁵ No entanto, observa-se que tal legislação fraqueja por abranger apenas os casos de violência em determinadas relações de afeto: casamento ou união estável. Nesse sentido, não inclui as relações de namoro ou situações em que o casamento ou união estável tenham terminado.

Na mesma linha, Luciana Maibashi Gebrim e Paulo César Corrêa Borges reforçam que, o femicídio é tipificado como: “quem dê morte a uma mulher com a quem mantenha uma relação de matrimônio, em união de fato, declarada ou não.”⁵⁶ Assim, a legislação costarriquenha abarca apenas os casos de femicídio íntimo, isto é, o homicídio ocorrido dentro de uma relação de casamento ou ao menos de convivência.

Afirma Mello⁵⁷ que quanto à pena explanada no Código Penal costarriquenho para o crime de femicídio (prisão de 20 - vinte a 35 - trinta e cinco anos), apresenta-se contraditória, pois o Código castiga com a mesma pena tanto o marido que mata a sua esposa, como a mulher que mata o seu marido para se defender, por exemplo, das

⁵⁵ MELLO, Adriana Ramos de. *Femicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*, Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

⁵⁶ GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de Gênero. Tipificar ou não o femicídio/feminicídio? *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59/75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/503037>>. Acesso em: 20 ago.2016.

⁵⁷ MELLO, op. cit.

agressões sofridas. Logo, a pena para o crime de feminicídio é a mesma do homicídio qualificado, o que torna a punição daquele pouco efetivo.

3.3 GUATEMALA

Consoante Mello⁵⁸, na Guatemala, mesmo tendo sido aprovado no ano de 2008 legislação combatendo o femicídio, as taxas de impunidade permanecem altas. Isso se deve ao contexto histórico de desrespeito aos direitos das mulheres. Evidencia-se que em situações de guerra a violência sexual contra o sexo feminino foi incluída no treinamento militar que se utilizou constantemente delas como parte da estratégia de autoridade sobre o inimigo. O Exército foi responsabilizado pela autoria material de um percentual significativo de violência sexual contra elas segundo dados do relatório da *Comisión de Esclarecimiento Histórico*– CEH.⁵⁹

Buscando coibir tal cenário, a autora⁶⁰ destaca ainda que da mesma forma que fez a Costa Rica, o Congresso da República da Guatemala aprovou legislação que abrange além de disposições penais, também políticas públicas com o propósito de subsidiar os direitos das mulheres, para além do âmbito penal. Dessa forma, estabelece uma coordenação interinstitucional de políticas públicas de prevenção e erradicação da violência contra a mulher.

Gebrim e Borges⁶¹ destacam que o conceito utilizado pelo tipo penal na legislação da Guatemala apresenta-se deveras abrangente. Nesse trilhar, contempla tanto os femicídios íntimos, os não íntimos e os por conexão.⁶² Os autores elucidam

⁵⁸ MELLO, Adriana Ramos de. *Femicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*, Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

⁵⁹ CASA, Peter Benenson. Amnistia Internacional Publicações Secretariado Internacional. Disponível em: <<http://doc.es.ammesty.org/CGI-bin/ai/BRSCGI/23400613!CMD=VEROBJ&MLKOB=32430010505>>. Acesso em: 06 maio 2013.

⁶⁰ MELLO, op. cit., p. 68.

⁶¹ GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de Gênero. Tipificar ou não o femicídio/femicídio? *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59/75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/503037>>. Acesso em: 20 ago.2016.

⁶² Conforme Rogério Grego femicídio íntimo é aquele cometido por homens com os quais a vítima tem ou teve uma relação íntima, familiar, de convivência ou afins. Já o femicídio não íntimo é aquele cometido por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência.

ainda que a pena prevista é de 25 - vinte e cinco a 50 - cinqüenta anos de prisão, sem oportunidade de redução da pena por motivo algum nem o gozo de medida substitutiva.

Nesse particular, vislumbra Mello⁶³ que tal legislação é mais ampla e completa do que a costarrriquenha, já que inclui qualquer vítima mulher, abrangendo ainda a violência contra as mulheres cometidas por seus cônjuges ou parceiros íntimos, sejam ex-parceiros ou atuais. Porém, apesar da lei representar um grande avanço, da mesma maneira que a Costa Rica o fez em seu Código Penal, condena com a mesma pena tanto o marido que mata sua mulher depois de anos de maus-tratos quanto à mulher que mata seu marido em razão das agressões sofridas, excluído os casos de legítima defesa. Logo, o homicídio qualificado e o feminicídio em termos de pena se equivalem.

3.4 MÉXICO

Leciona Mello que no México a primeira iniciativa apresentada para a tipificação do feminicídio ocorreu em 2004 e contemplou a introdução de um título novo ao Código Penal Federal denominado “crimes de gêneros” onde se tipificaria o feminicídio. Relata-se que no México:

(...) a competência para legislar no tratamento da violência pertence aos Estados, no entanto, em se tratando de proteção a esses direitos, cabe ao governo federal a sua responsabilidade pelo descumprimento dos compromissos internacionais adotados.⁶⁴

De acordo com Gebrim e Borges, seguindo essa tendência, em 2007, foi publicada no México a Lei Geral de Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência – LGAMVLV, a qual define:

Por outro lado o feminicídio por conexão é aquele em que uma mulher é assassinada quando um homem tentava matar outra mulher, o que pode acontecer na *aberratio ictus*.

⁶³ MELLO, Adriana Ramos de. *Femicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*, Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

⁶⁴ Ibidem.

(...) a “violência feminicida” como a forma extrema de violência de gênero contra as mulheres, produto da violação de seus direitos humanos, nos âmbitos público e privado, conformada pelo conjunto de condutas misóginas que podem acarretar impunidade social e do Estado e culminar em homicídio e outras formas de morte violenta de mulheres.⁶⁵

Desta feita o México se apresenta como um País que tem apresentado muitas iniciativas em nível nacional para coibir o feminicídio.

3.5 CHILE

A lei que introduziu em 2010 no Código Penal do Chile a penalização do femicídio versa apenas sobre os casos de feminicídio íntimo, ou seja, aquele que é cometido pelo cônjuge ou convivente, atual ou passado da vítima. Nessa perspectiva, segundo Gebrim e Borges⁶⁶, não obstante a lei chilena ter ampliado o rol de vítimas, não abarcou as hipóteses em que não existiu relação de convivência.

Segundo Mello, na nova lei Chilena, os ex-maridos e ex-companheiros acabaram incluídos como parricidas.⁶⁷

Essa medida estende as penas do parricídio, que são mais severas do que as do crime de homicídio comum, ao assassinato de uma mulher praticado pelo ex-marido ou companheiro, de forma tal que quando ocorram tais crimes as penas sejam equivalentes às do parricídio, cuja pena pode ir de 15 - quinze anos a 1 - um dia a prisão perpétua qualificada.⁶⁸

A autora⁶⁹ destaca ainda, que o tipo penal chileno é mais extenso do que o costarrriquenho ao incluir o ex-conjuge ou convivente. Porém exclui as relações de

⁶⁵ GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de Gênero. Tipificar ou não o femicídio/feminicídio? *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59/75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/503037>>. Acesso em: 20 ago.2016.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Conceito de Parricídio conforme dicionário jurídico Jurisite: “pessoa que assassinou o pai, a mãe, o avô ou a avô; quem matou o pai, a mãe ou qualquer outra figura parental.”

⁶⁸ MELLO, Adriana Ramos de. *Femicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*, Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

⁶⁹ Ibidem.

namoro, onde ocorre percentual significativo dos femicídios no Chile. Para tal crime a legislação chilena aplica a pena do parricídio ao femicídio que é de 15 - quinze anos e 1 um dia a 40 - quarenta anos de cumprimento efetivo. Nessa linha, a legislação em questão não distingue consideravelmente a violência de gênero contra as mulheres de outras violências no âmbito familiar.

3.6 PERU

O importante novel sobre os direitos das mulheres no Peru ocorreu em 2003, com a edição de legislação que incorporou como delito o assassinato de mulheres por razões de gênero, inclusive quando o autor não seja esposo ou companheiro. Nesse particular, Gebrim e Borges⁷⁰ afirmam que no Peru, o femicídio foi introduzido no Código Penal como delito autônomo, recalcado com pena privativa de liberdade, não inferior a 15 - quinze anos para quem matar uma mulher, por sua condição de mulher.

Ainda, segundo os mesmos autores⁷¹, a legislação peruana coíbe a violência familiar, coação, assédio ou intimidação sexual, abuso de poder, de confiança ou de qualquer outra posição ou relação que confira autoridade ao agente; qualquer forma de discriminação contra a mulher, independentemente da existência ou não de uma relação conjugal ou de convivência com o agente.

Importante destacar a previsão das circunstâncias agravantes no Código Penal Peruano, pois ocorrendo duas ou mais delas, a pena será de prisão perpétua.⁷²

⁷⁰ GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de Gênero. Tipificar ou não o femicídio/feminicídio? *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59/75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/503037>>. Acesso em: 20 ago.2016.

⁷¹ Ibidem.

⁷² O tipo penal peruano considera como agravante: vítima menor de idade; vítima em estado de gravidez; vítima sob os cuidados ou responsabilidade do agente; vítima submetida previamente à violência sexual ou atos de mutilação; vítima padecendo de qualquer tipo de incapacidade no momento do crime; crime cometido em razão de tráfico de pessoas.

3.7 ARGENTINA

Como bem observa Suellen André de Souza⁷³, na Argentina, durante os anos de 1980 destacou-se a divulgação da violência contra as mulheres. Nesse período foram criados os Conselhos da Mulher, de âmbito provincial e municipal, que iniciaram o debate sobre a violência de gênero.

Nesse seguimento, conforme Mello⁷⁴ em 2009 houve a regulação da violência doméstica na Argentina, por meio da lei de proteção integral às mulheres de 2009 e em 2012 foi aprovado legislação que introduziu uma série de modificações na tipificação dos homicídios qualificados no Código Penal, incluindo a figura do feminicídio. Houve alteração e inserção de artigos a fim de impor pena de prisão perpétua a quem matar a uma mulher seja eles ascendente, descendente, cônjuge, ex-cônjuge ou a pessoa que mantém relação de parceiro com a vítima.

Ao mencionar a violência de gênero sem vinculá-la impreterivelmente à vítima do sexo feminino, abrange, além do feminicídio, as violações do direito à vida da população de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros - LGBTT.

3.8 BOLÍVIA

Conforme Souza⁷⁵ a Bolívia aprovou no ano de 1995 legislação que teve como cerne a proteção aos integrantes da família. Essa prioriza a inteireza física, psicológica, moral e sexual dos seus membros. As penas de tal legislação previam o pagamento de multa ou prisão pelo o autor que atentasse a tais bens jurídicos. Observa-se, todavia,

⁷³ SOUZA, Suellen André de. Leis de combate a violência contra a mulher na América Latina: uma breve abordagem histórica. in: *SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA*, 27. 2013, Natal, 2013. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371348947_ARQUIVO_TextoAnpuhNatalSuellen.pdf>. Acesso em: 2 set. 2016.

⁷⁴ MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*, Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

⁷⁵ SOUZA, op. cit.

que o magistrado poderia transformar a pena em prestação de serviço comunitário ou atendimento psicológico, de acordo com as circunstâncias do caso e análise da vida pregressa do agente e sua periculosidade. Observa-se ainda que, no lugar do juiz, as autoridades comunitárias têm competência para resolver os casos de violência familiar, desde que cumpram as normas da Constituição do Estado.

De acordo com Gebrim e Borges, no ano de 2013, o delito de femicídio foi introduzido ao Código Penal boliviano e classificado como uma ação de extrema agressão, que viola o direito fundamental à vida e causa a morte da mulher pelos simples fato de ser mulher. Reza tal legislação:

(...) será condenado com uma pena de 30 - trinta anos, sem direito a indulto, quem matar uma mulher sendo ou já tendo sido o autor cônjuge ou convivente da vítima ou tendo estado ligado a ela por uma relação análoga ao de afetividade, intimidade, mesmo sem terem vividos juntos.⁷⁶

Segundo os mesmos autores⁷⁷, o tipo penal boliviano é muito amplo, em comparação ao dos outros países, pois abarcam diversas situações, bem como várias formas de femicídio e prevê uma pena única de 30 trinta anos, sem direito a indulto.⁷⁸

Nesse diapasão, observa-se que a penalização do feminicídio na América latina é recente e os países da região criaram formas diferentes de coibir e punir esse crime, seja tipificando o feminicídio ou femicídio por meio da reforma do código penal vigente, ou ainda estabelecendo agravantes para o assassinato de mulheres por motivação de

⁷⁶ GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de Gênero. Tipificar ou não o femicídio/feminicídio? *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59/75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/503037>>. Acesso em: 20 ago.2016.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ O tipo penal boliviano abarca situação como a vítima se ter negado a estabelecer com o autor uma relação de casal, namoro, afetividade a intimidade; em virtude de a vítima se encontrar em situação de gravidez; pelo fato de a vítima se encontrar em uma situação de relação de subordinação ou dependência em relação ao autor ou tenha com este uma relação de amizade, laboral ou de companheirismo; quando a vítima se encontre em uma situação de vulnerabilidade; quando, antes da morte, a mulher tenha sido vítima de violência física, psicológica, sexual ou econômica cometida pelo mesmo agressor; quando a morte tenha sido precedida por um delito contra a liberdade individual ou a liberdade sexual; quando a morte tenha conexão com o delito de tráfico de pessoas; ou seja resultado de ritos, desafios grupais ou práticas culturais.

gênero. Assim, apesar da limitação imposta por alguns, representa um grande avanço nas conquistas femininas.

Por último, acentua-se que a escolha da América Latina para compor esse Trabalho de Conclusão de Curso consubstancia-se na distância geográfica em relação ao Brasil, e pela escassa bibliografia sobre o desenvolvimento do feminicídio em outros países.

4 A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINCÍDIO

A sanção da lei nº 13.104/2015 promoveu, dentre outras modificações, a alteração no art. 121 do Código Penal e abarcou o feminicídio como circunstância qualificadora no crime de homicídio. Nesse sentido, tal afronta ocorrerá sempre que se verificar homicídio contra mulher por razão de condição de sexo feminino e o crime envolver: I – violência doméstica e familiar e ou II menosprezo ou discriminação à condição de mulher, conforme art. 121, § 2º - A do CP.

Desde então, doutrina e jurisprudência passaram a debater acerca da natureza jurídica do crime de feminicídio. A discussão diz respeito à questão que envolve a natureza objetiva ou subjetiva da qualificadora. Assim, com o propósito de aclarar esse debate, inicialmente, apresenta-se o conceito *lato sensu* das naturezas jurídicas citadas, conjugado à análise de alguns incisos do art. 121, § 2º do CP, em especial motivo fútil e torpe, os quais demonstram significativa importância neste estudo.⁷⁹

Ressalta-se que o inciso VI, desse mesmo diploma legal, qual seja contra a mulher por razão da condição de sexo feminino, será estudado separadamente, a fim de demonstrar o seu reflexo, caso seja interpretada como objetiva ou subjetiva, sobre o concurso de pessoas, a possibilidade da figura do feminicídio-privilegiado, bem como o

⁷⁹ Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. **Homicídio qualificado** § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; **VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)**; VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até o terceiro grau, em razão dessa condição. Pena - reclusão, de doze a trinta 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.** *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Código Penal. Brasília, 2016. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2016.

bis in idem quando coexistir com outras qualificadoras subjetivas do artigo em destaque e do art. 61, inciso II, “f” ambos do CP.

4.1 QUALIFICADORAS SUBJETIVAS

As qualificadoras de natureza subjetiva situam-se na esfera interna do agente, e, dessa maneira, não se comunicam aos coautores ou partícipes do crime, em caso de concurso de pessoas, salvo se esses também tiverem a mesma motivação para a prática do crime.

Com efeito, subjetivas são as qualificadoras descritas no art. 121, § 2º, incisos I, II, V e VII do CP (I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime, VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição).

4.1.1 Mediante paga ou promessa de recompensa ou por motivo torpe

José Carlos Consenzo destaca quanto ao inciso I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe:

(...) a existência do adjetivo “torpe”, cuja menção especial é trazida no CP como a paga ou promessa de recompensa deixa expresso o objetivo da natureza exemplificativa do legislador, levando o interprete, entre as regras da hermenêutica, a buscar o alcance do vocábulo, que pode ser definido com aquele que “contraria ou fere os bons costumes, a decência, a moral; que revela caráter vil; ignóbil, indecoroso, infame.”⁸⁰

⁸⁰ CONSENZO, José Carlos. Dos crimes contra a vida. In: JALIL, Maurício Schaun; GRECO Vicente Filho. org. *Código Penal Comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri, SP: Manoele, 2016, p. 335/348.

Na mesma linha, defende Celso Delmanto⁸¹ que torpe é o motivo baixo, que repugna à coletividade. A vingança pode ou não constituir motivo torpe, a depender do que a originou. O ciúme, por si só, não pode ser equiparado a motivo torpe. Prontamente, segundo decisão do STJ, 5ª Turma, HC 123.918/MG, de relatoria do Ministro Felix Fischer, *verbis*:

EMENTA:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISOS I E III DO CÓDIGO PENAL. PRONÚNCIA. CIÚME. QUALIFICADORA. MOTIVO TORPE. IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA. I - Na linha da remansosa jurisprudência desta Corte, as qualificadoras somente podem ser excluídas na fase do iudicium accusationis se manifestamente improcedentes (Precedentes). II - **O ciúme, por si só, sem outras circunstâncias, não caracteriza o motivo torpe.** Não obstante, no presente caso, as peculiaridades do feito não indicam a manifesta improcedência da referida circunstância qualificadora, notadamente se considerado o despropósito da ação praticada bem como a sua crueldade aviltante. Ordem denegada. (grifo nosso)⁸²

Outrossim, é imensa a jurisprudência do STJ e do STF no que sentido que o ciúme não é em si um motivo fútil ou insignificante que possa qualificar o crime de homicídio, pois o ciúme pode estar fundamentado em um motivo justo.

4.1.2 Motivo fútil

Leciona Guilherme de Souza Nucci, sobre o inciso II, que fútil é o motivo desproporcional ao resultado produzido, e deverá sempre ser analisado no caso concreto. Mata-se futilmente quando a razão pela qual o autor assassina outro ser humano é reles, sem qualquer justificativa social ou moral, e veemente condenável. Destaca que “A futilidade do motivo deve vincular-se *imediatamente* à conduta homicida

⁸¹ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 123918/MG*. 5ª Turma Criminal. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 13 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028787/habeas-corporus-hc-123918-mg-2008-0277631-1-stj/relatorio-e-voto-12156022>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

em si mesma: quem mata no auge de uma altercação oriunda de motivo fútil, já não o faz somente por este motivo mediato de que se originou aquela”.⁸³

Diferença entre motivo torpe e fútil

Segundo Conzenso a principal diferença entre o motivo torpe e o fútil é que aquele demonstra típica crueldade enquanto o motivo fútil é representado pelo egoísmo intolerante, prepotente, mesquinho, que vai até a insensibilidade moral. Assim, o motivo não pode ser ao mesmo tempo fútil e torpe. Ainda, ensina o autor:

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que a ausência de motivo não pode ser comparada ao fútil, da mesma forma que este é incompatível com a embriaguez, pela ausência do pleno controle de agir pelo ébrio. Outro entendimento é de que não pode haver confusão entre os motivos fúteis e injustos, uma vez que todos os crimes são revestidos de injustiça.⁸⁴

Tais conceituações, motivo torpe e fútil, demonstram-se importantes para análise do inciso VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, incluído pela Lei nº 13.104, de 2015, que é o objetivo principal deste estudo.

4.2 QUALIFICADORAS OBJETIVAS

As qualificadoras objetivas dizem respeito ao meio e ao modo de execução do crime, que por sua vez se relacionam ao fato praticado e se comunicam no concurso de pessoas, desde que ingressem na esfera de conhecimento do agente.

Com efeito, objetivas são as qualificadoras descritas no art. 121, § 2º, incisos III e IV (III com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁸⁴ CONSENZO, José Carlos. Dos crimes contra a vida. In: JALIL, Maurício Schaun ; GRECO Vicente Filho. org. *Código Penal Comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri, SP: Manoele, 2016, p. 335/348.

mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido).

Destaca Conzezo⁸⁵ que nos incisos citados a dissimulação e a crueldade são características das condutas. Meio cruel é aquele que causa a vítima um sofrimento físico ou mental agudo. Meio insidioso é aquele utilizado sem a ciência do paciente, com o uso de fraude para se realizar o crime. A utilização de veneno para se cometer um homicídio pode ser de origem química ou biológica, o que basta é a capacidade de provocar a morte quando introduzida no organismo da vítima. Essa é uma das maneiras de se causar a morte com dissimulação onde se constata a ocultação da intenção hostil do agente, objetivando acometer a vítima de surpresa.

4.3 POSIÇÃO DA DOUTRINA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO

A grande maioria da doutrina entende ser a qualificadora do feminicídio de natureza subjetiva, ou seja, relaciona-se com a esfera interna do agente. Nessa ordem de idéias, o indivíduo comete o homicídio contra mulher por razão da condição de sexo feminino, essa é a motivação do crime.

Já a outra corrente que entende ser essa de natureza objetiva, defende que o homicídio de mulheres por razão de condição de sexo feminino é um dado absolutamente objetivo, inadequadamente inserido como qualificadora subjetiva. Ademais, as hipóteses legais específicas demandarão análise objetiva para caracterização do crime, quais sejam – I - violência doméstica e familiar; e ou II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher conforme descrito no art. 121, §2º - A do CP.

⁸⁵ CONSENZO, José Carlos. Dos crimes contra a vida. In: JALIL, Maurício Schaun ; GRECO Vicente Filho. org. *Código Penal Comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri, SP: Manoele, 2016, p. 335/348.

4.3.1 Doutrina que entende que a qualificadora do feminicídio é subjetiva

Segundo Capez e Prado⁸⁶, inicialmente, cabe destacar que para caracterização do crime de feminicídio, além do dolo de matar, é imprescindível à motivação relacionada com a condição do sexo feminino – dolo específico ou elemento subjetivo do injusto. Logo, o feminicídio é espécie do gênero homicídio doloso qualificado, e, portanto, crime doloso contra a vida, e nessa continuidade seguira o rito especial do Tribunal do Júri para a responsabilidade criminal do feminicida.

Segundo tais autores a qualificadora do crime de feminicídio possui natureza subjetiva, pois diz respeito aos motivos determinantes do crime. Nesse sentido, a tipicidade do crime consiste em praticar homicídio doloso qualificado contra vítima mulher por razões da condição do sexo feminino. “O sujeito passivo do crime é a mulher por força do princípio da legalidade estrita, a tutela do feminicídio não protege o transexual, pois não caberia analogia *in malam partem*.”⁸⁷

Na mesma linha Bianchini e Gomes⁸⁸ anunciam que a qualificadora em questão seria objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. Defendem os autores que a violência de gênero não é uma forma de execução do crime, e sim a sua razão, o seu motivo, destarte tal qualificadora para esses é subjetiva.

Dessa forma, a definição da qualificadora do feminicídio como de natureza subjetiva traz implicações sobre o concurso de pessoas, a impossibilidade da figura do feminicídio-privilegiado. Ademais, observa-se a aparição do *bis in idem* quando coexistir com outras qualificadoras da natureza subjetiva (art. 121, § 2º, incisos I, II e V do CP), e do art. 61, inciso II, “f” parte final do CP. A fim de estruturar a compreensão desse estudo, cada uma dessas será analisada separadamente.

⁸⁶ CAPEZ Fernando; PRADO Stela. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei nº 13.104/2015*. RDP, São Paulo, n. 91, p. 10 /22, abr/mai. 2015. Disponível em:< <http://institutoavantebrasil.com.br/topicos/violencia-contra-a-mulher-alice-bianchini>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

4.3.1.1 *Reflexo no concurso de pessoas*

O concurso de pessoas é o cometimento da infração penal por mais de uma pessoa. A cooperação poderá acontecer por meio da coautoria, participação, concurso de agentes, dentre outras formas. Os artigos 29 e 30 do CP tratam do tema de forma detalhada.⁸⁹

Segundo Capez e Prado⁹⁰ as circunstâncias qualificadoras quando tiverem caráter subjetivo, ou seja, ligado aos motivos determinantes do crime, como motivo fútil ou torpe não se comunicam ao coautor e partícipe, salvo se esses tiverem a mesma motivação para a prática do crime. Nesse trilhar, em regra, a qualificadora do feminicídio, por ter caráter subjetivo, não se comunicará aos demais envolvidos.

4.3.1.2 *Impossibilidade da figura do feminicídio-privilegiado*

O privilégio consta no art. 121, § 1º do CP e constitui caso de diminuição de pena em que o autor do crime de homicídio poderá ter a sua pena reduzida pelo magistrado de (1/6) um sexto a (1/3) um terço, “quando comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima”.⁹¹

⁸⁹ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 04 mar. 2017.

⁹⁰ CAPEZ Fernando; PRADO Stela. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁹¹ 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.** *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> . Acesso em: 04 mar. 2017.

Segundo Capez e Prado⁹² sendo a qualificadora do feminicídio considerada subjetiva não existirá a figura do feminicídio-privilegiado, pois tanto o homicídio privilegiado quanto o dolo específico do feminicídio são de natureza subjetiva e, portanto, incompatíveis. Nessa mesma linha de raciocínio, as demais hipóteses de homicídio doloso qualificado por motivo torpe ou fútil também serão incompatíveis com o privilégio por serem ambos de ordem subjetiva.

Quando se reconhece no Júri o privilégio (violenta emoção, por exemplo), fica afastada automaticamente a tese do feminicídio (posição de Rogério Sanches). Para este autor é impossível pensar em feminicídio, que é algo desprezível, reprovável, repugnante à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima. (Rogério Sanches da Cunha, citado por Adriana Ramos de Mello.)⁹³

Logo, as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça - STJ e do Supremo Tribunal Federal - STF possuem reiteradas decisões no sentido de afirmar a existência da compatibilidade entre as qualificadoras de ordem objetiva (meios e modos de execução do crime) e as causas de diminuição constantes do art. 121, § 1º do CP, que são de ordem subjetiva, mas o contrário não.

4.3.1.3 *Bis in idem quando o feminicídio coexistir com outras qualificadoras subjetivas do art. 121 § 2º incisos I, II e V do CP*

Destaca Zanella⁹⁴ que o feminicídio, por ser qualificadora subjetiva, poderia se harmonizar com as qualificadoras objetivas de meio e de modo de execução do crime, conforme CP, art. 121, § 2º, incisos III e IV (III com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido); mas não com aquelas que são subjetivas e estão descritas no art. 121, § 2º, incisos I, II e V (I - mediante paga ou promessa de

⁹² CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁹³ MELLO, Adriana Ramos de. Breves Comentários a Lei 13.104/2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.958, p.289, ago. 2015.

⁹⁴ ZANELLA, Everton et al. *Feminicídio: considerações iniciais*. São Paulo, MPSP, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos>. Acesso em: 29 maio de 2016.

recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime).

Nessa medida, segundo Delmanto, sendo a qualificadora do feminicídio subjetiva não coexistira com a qualificadora do motivo fútil, pois configuraria *bis in idem*.

(...) dependendo do exame do caso concreto, há que se estar atento para não haver dupla qualificação em razão da mesma circunstância. Explica-se: o feminicídio em virtude de menosprezo (§ 2º - A, II) pode configurar o próprio motivo fútil (§2º II), ou seja banal, totalmente desproporcional ao crime, o que evidentemente não se pode admitir, sob pena de *bis in idem*. Neste caso, por se tratar o feminicídio de norma específica frente à qualificadora do motivo fútil, deve-se dar preferência pela aplicação daquela.”⁹⁵

Prontamente é possível que no crime de feminicídio coexista mais de uma qualificadora, desde que haja compatibilidade entre essas. Porém, em tal crime jamais poderá coexistir duas qualificadoras de natureza subjetiva.

4.3.1.4 *Bis in idem da qualificadora do feminicídio com art. 61, inciso II, “f” parte final do CP*

Conforme Delmanto no caso do crime de feminicídio cometido com as circunstâncias do art. 61, inciso II, “f” do CP⁹⁶, deve prevalecer à tese do feminicídio por ser norma específica:

Quando o crime é cometido com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica (agravante prevista no art. 61, II, f do CP) o reconhecimento da qualificadora relativa ao

⁹⁵ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁹⁶ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: **f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)** BRASIL. *Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

feminicídio (CP, § 2º, VI, c/c § 2º, A, I) impede que seja aplicada também a referida agravante, sob pena de caracterização de *bis in idem*.⁹⁷

Ressalta-se ainda, segundo Mello⁹⁸ e para a maior parte da doutrina que ocorrendo à qualificadora do feminicídio, resistirá prejudicada a incidência da agravante genérica do art. 61, II, “f”, parte final do CP, sob pena de *bis in idem*.

4.3.2 Doutrina que entende que a qualificadora do feminicídio é objetiva

Segundo Nucci⁹⁹ com a edição da Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha observou-se um grande progresso na luta pelos direitos feministas, tendo em vista que essa contém normas explicativas, programáticas e determinantes, com o objetivo de tutelar, de maneira mais eficaz, a condição do sexo feminino, em particular nos relacionamentos domésticos e familiares.

Nessa medida, de acordo com o mesmo autor, indo além, o preceito que alterou o CP e instituiu o crime de feminicídio revela-se uma continuidade dessa tutela especial. Com efeito, considera-se qualificado e hediondo a conduta de matar mulher, valendo-se de sua condição de sexo feminino. Prega o autor sobre a natureza jurídica da qualificadora em estudo:

(...) trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Não aquiescemos à ideia de ser uma qualificadora subjetiva (como o motivo torpe ou fútil) somente porque se inseriu a expressão “por razões de condição de sexo feminino”. Não é essa a motivação do homicídio. O agente não mata a mulher porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes.¹⁰⁰

⁹⁷ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁹⁸ MELLO, Adriana Ramos de. Breves Comentários a Lei 13.104/215. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.958, p.273/29, ago. 2015.

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

Segundo Albernaz Amom Pires no crime de feminicídio é descrito um tipo de violência típico contra a mulher qual seja, em razão da condição de sexo feminino. Nessa linha de ideias é nítida a natureza jurídica objetiva da qualificadora.

(...) a nova qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva, pois descreve um tipo de violência específico contra a mulher (em razão da condição do 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 nº 11.340/06) ou ainda a presença de menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (art. 121, § 2º - A, II do CP)¹⁰¹

A definição da qualificadora do feminicídio como de natureza objetiva traz implicações sobre o concurso de pessoas, a viabilidade do feminicídio-privilegiado. Ademais, observa-se a possibilidade do feminicídio coexistir com outras qualificadoras da natureza subjetiva (art. 121, § 2º, incisos I, II e V do CP). Logo, a fim de estruturar a compreensão desse estudo, cada uma dessas será analisada separadamente.

4.3.2.1 *Reflexo no concurso de pessoas*

As circunstâncias qualificadoras de caráter objetivo, ou seja, relacionadas aos meios e modos de execução crime, como por exemplo, com emprego de veneno, fogo e explosivo se comunicarão aos demais envolvidos coautor e partícipe, desde que tenha ingressado na esfera de conhecimento dos agentes.

A par disso, ressalta-se que sendo a qualificadora do crime de homicídio contra mulher em razão da condição do sexo feminino considerada de caráter objetivo, de igual modo se comunicará aos demais envolvidos.

¹⁰¹ PIRES, Amom Albernaz. *A natureza jurídica da qualificadora do feminicídio e sua quesitação pelo Tribunal do Júri*. Disponível em: < <https://amomalbernaz.jusbrasil.com.br/artigos/172762972/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

4.3.2.2 Possibilidade do feminicídio-privilegiado

Antes de explorar a figura do feminicídio-privilegiado importante esclarecer que a jurisprudência do STF admite a possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. Ou seja, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio, que possui natureza subjetiva. Nesse ponto de vista, conforme entendimento do Ministro Carlos Ayres Britto, relator do caso, *verbis*:

EMENTA:

HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DA PRIMARIEDADE E DO PEQUENO VALOR DA COISA SUBTRAÍDA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. **Noutro dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva).** 2. A mesma regra de interpretação é de ser aplicada no caso concreto, dado que as qualificadoras do concurso de pessoas e da destreza em nada se mostram incompatíveis com: a) o fato de ser a acusada penalmente primária; b) inexpressividade financeira da coisa subtraída. Precedentes de ambas as Turmas do STF: HCs 94.765 e 96.843, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Segunda Turma); HC 97.051, da relatoria da ministra Cármen Lúcia (Primeira Turma); e HC 98.265, da minha relatoria. 3. Ordem concedida para reconhecer a incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP.¹⁰² (grifo nosso).

Nucci exemplifica com a seguinte ocorrência de hipótese e reforça a viabilidade da figura do feminicídio-privilegiado diante da compatibilidade das qualificadoras objetivas com o benefício previsto no art. 121, § 1º do CP.

(...) quando a paciente comete o crime *sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima*, mas o pratica disparando tiros de surpresa, nas costas da vítima (CP, art. 121, § 2º, IV). A circunstância *subjetiva* contida no homicídio privilegiado (CP, art.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC: 97034/MG. 1ª Turma. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 06 de abril de 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9126074/habeas-corpus-hc-97034-mg>>. Acesso em 04 mar.2017.

121, § 1º) convive com a circunstância qualificadora *objetiva* mediante recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima.¹⁰³

A par disso, considerando os aspectos ressaltados, destaca-se a figura do feminicídio-privilegiado. Por conseguinte, essa ocorreria em razão da compatibilidade entre o feminicídio, que é qualificadora de ordem objetiva (assim como meios e modos de execução do crime), com o privilégio constante do art. 121, § 1º do CP.

4.3.2.3 *A coexistência da qualificadora do feminicídio com outras qualificadoras subjetivas do art. 121 § 2º incisos I, II e V do CP*

Evidencia-se que sendo objetiva a qualificadora do feminicídio, essa poderá coexistir com as qualificadoras subjetivas do art. 121, § 2º, incisos I, II e V do CP quais sejam: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Porém, não se harmonizará com as objetivas de meio e modo de execução do crime, conforme CP, art. 121, § 2º, incisos III e IV quais sejam: III com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

Nessa mesma linha, afirma Nucci que sendo objetiva pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo, como motivo torpe ou fútil. Assim, o motivo fútil ocorreria, por exemplo, na situação em que o agente é motivado a cometer homicídio em razão de uma discussão banal com a vítima e o motivo torpe em situações em que a motivação consubstancia-se no sentimento de posse, reforçado, muitas vezes, pelo inconformismo com o término de um relacionamento amoroso.

(...) pode-se matar a mulher, no ambiente doméstico, por motivo fútil (em virtude de uma banal discussão entre marido e esposa), incidindo duas

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

qualificadoras: ser mulher e haver motivo fútil. Essa é a real proteção à mulher, com a inserção do feminicídio. Do contrário, seria inútil. Fosse meramente subjetiva (ou até objetivo-subjetiva como pretendem alguns)¹⁰⁴

Para o autor a qualificadora do feminicídio é exclusivamente objetiva, seja quando o crime envolver violência doméstica ou familiar, bem como menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Tal posicionamento difere-se da terceira corrente, que será apresentada adiante, que considera objetivo-subjetivo tal qualificadora.

4.3.3 Doutrina que entende que a qualificadora do feminicídio é mista (objetiva e subjetiva)

Para os autores Everton Luiz Zanella, Márcio Augusto Friggi de Carvalho, Márcio Francisco Escudeiro Leite e Virgílio Antônio Ferraz do Amaral¹⁰⁵ a circunstância qualificadora prevista no inciso I, § 2º - A, do art. 121 do CP, qual seja violência doméstica e familiar é objetiva e a prevista no inciso II, § 2º A, do mesmo diploma legal, qual seja menosprezo ou discriminação à condição de mulher é subjetiva. As implicações e o reflexo de acordo com a classificação da qualificadora como sendo de ordem objetiva ou subjetiva já foram citados nos subtítulos desse estudo.

Nesse tocante, considerada a análise do conceito jurídico de violência doméstica e familiar a qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva, pois o art. 5º da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha define de forma expressa os requisitos do crime.

(...) embora a disposição remeta à noção de motivação (em razão da condição de sexo feminino), as definições incorporadas pela Lei Maria da Penha sinalizam contexto de violência de gênero, ou seja, quadro fático-objetivo não atrelado, aprioristicamente, aos motivos determinantes da execução do ilícito.¹⁰⁶

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 16 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁰⁵ ZANELLA, Everton et al. *Feminicídio: considerações iniciais*. São Paulo, MPSP, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos>. Acesso em: 29 maio 2016.

¹⁰⁶ Ibidem.

Por outro lado, afirmam que a norma do inciso II, §2º - A, não conta com referência normativa no ordenamento jurídico. Nesse sentido, caberá ao aplicador do direito delimitar a extensão do conteúdo do termo *menosprezo ou discriminação à condição de mulher*, sendo então de ordem subjetiva.¹⁰⁷

4.4 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

Importante destacar a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF, que no julgamento de um recurso da Promotoria do Júri de Ceilândia, reconheceu que a natureza jurídica da qualificadora do feminicídio é objetiva quando envolver violência doméstica e familiar. O crime a que se refere o processo ocorreu no dia 15 de março de 2015 na cidade satélite de Ceilândia onde o réu matou a companheira a facadas na via pública.

O desdobramento do julgamento se processou da seguinte forma: o juízo de 1ª instância, ao receber a denúncia, afastou a qualificadora do feminicídio sob o argumento de que ela não teria natureza autônoma, mas estaria incluída na motivação torpe. O Ministério Público recorreu e, de forma unânime, a 1ª Turma Criminal do TJDF decidiu que o feminicídio não pode ser considerado um substituto das qualificadoras de motivo torpe ou fútil.

Ressalta-se que esta foi a primeira decisão no país sobre a natureza jurídica do feminicídio, no qual a 1ª Turma Criminal do TJDF acatou o recurso da Promotoria do Júri de Ceilândia e considerou que, em caso de homicídio em situação de violência doméstica e familiar, o feminicídio é uma qualificadora objetiva.

Nesse tocante, a decisão aponta que as qualificadoras consideradas subjetivas, como motivo torpe ou fútil, (art. 121, § 2º, I, II e VI do Código Penal)¹⁰⁸ poderão ser cumuladas ao feminicídio, permitindo assim que crimes cometidos nessas situações

¹⁰⁷ ZANELLA, Everton et al. *Feminicídio: considerações iniciais*. São Paulo, MPSP, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos>. Acesso em: 29 maio 2016.

sejam punidos de modo mais enérgico. Nesse trilhar, conforme entendimento do Desembargador George Lopes, relator do caso, *verbis*:

EMENTA:

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 ratioessendi 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**¹⁰⁹. 3 Recurso provido (grifo nosso).

Destarte, com a decisão proferida pela 1ª Turma Criminal, o réu será levado a júri por homicídio qualificado, pois o crime foi cometido em contexto de violência doméstica (feminicídio) e por motivo torpe. Caso o denunciado seja condenado, ele terá uma pena superior, o que resultará mais rígida a repressão contra crimes cometidos em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

¹⁰⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso em Sentido Estrito. RSE: 20150310069727/DF. 1ª Turma Criminal. Relator: Desembargador George Lopes Leite. Brasília, 29 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254720142/recurso-em-sentido-estrito-rse-20150310069727>> .Acesso em: 12 out. 2016.

Em um outro julgado, a 2ª Turma Criminal do TJDFT reforça o entendimento que a qualificadora do feminicídio, quando o fato se amolda ao contexto de violência doméstica e familiar, conforme previsão do art. 5º da Lei nº 11.340/2006, possui natureza objetiva, sendo possível, coexistir com a qualificadora de motivo torpe.

A apreciação refere-se a uma tentativa de homicídio que aconteceu no período entre 12 de abril e 13 de maio de 2015 na cidade satélite de Ceilândia, onde o denunciado com inequívoco dolo homicida efetuou golpes de facadas em sua companheira. O crime de homicídio somente não se consumou por circunstâncias alheias a vontade do denunciado, pois a vítima não foi atingida em região letal e conseguiu se evadir do local em direção à via pública, onde foi socorrida por terceira pessoa e encaminhada a atendimento médico. O crime foi cometido por motivo torpe, eis que o denunciado não aceitava o fim do relacionamento amoroso com a vítima, demonstrando sentimento egoístico e de posse.

Assim, o réu foi pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, inciso VI, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP, qual seja: tentativa de homicídio qualificado contra mulher em razão de sua condição de gênero feminino. Nessa linha, a juízo de 1ª instância sentenciou, admitindo parcialmente a denúncia excluindo a qualificadora do motivo torpe, mantendo apenas a que se refere ao feminicídio, por entender que são qualificadoras subjetivas e que a incidência de ambas caracterizaria *bis in idem*.

Logo, para o magistrado o motivo torpe relaciona-se a própria não aceitação do término do relacionamento, pois o autor mantém sentimento egoístico de posse em relação a vítima e tal conduta estaria intrinsecamente ligado ao envolvimento amoroso mantido pelo casal e seria dele decorrente. Nessa perspectiva, em seu julgado não incluiu o motivo torpe, pronunciando o réu por tentativa de homicídio qualificada contra mulher em razão de sua condição de sexo feminino (crime de feminicídio). Após, houve recurso da Promotoria de Justiça da Ceilândia, que solicitou a manutenção da qualificadora do motivo torpe, ou seja, a inclusão do inciso I do mesmo diploma legal.

Nesse tocante, acolhido o recurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT, a decisão do TJDFT aponta para a preservação da qualificadora do motivo torpe e conseqüente submissão do réu a julgamento perante o Tribunal do Júri pela prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, incisos I e VI, c/c art. 14, inciso II, ambos do CP. Consoante entendimento do Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos, relator do caso, *verbis*:

EMENTA:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FEMINICÍDIO. QUALIFICADORA OBJETIVA. MOTIVO TORPE. COEXISTÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. No feminicídio consistente em homicídio em âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 121, § 2º - A, inciso I, do Código Penal), não se questiona o motivo do crime ou o "animus" do agente, mas deve-se analisar se o fato se amolda ao contexto de violência doméstica conforme previsão do artigo 5º da Lei 11.340/2006.

Nesta hipótese, a qualificadora de feminicídio é natureza objetiva, sendo possível coexistir com o a qualificadora de motivo torpe.

2. Recurso provido.¹¹⁰ (grifo nosso)

O voto em questão ressalta que a Lei do feminicídio estabelece duas causas distintas que caracterizam o crime, quais sejam: I - violência doméstica e familiar e/ou II - menosprezo ou discriminação a condição de mulher, sendo que ocorrendo uma ou outra já estaria caracterizado o crime de homicídio qualificado.

Evidencia-se que na hipótese de ocorrência do crime fundamentado no menosprezo ou discriminação à condição de mulher, tem-se a ideia de tratamento

¹¹⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal de Territórios. Recurso em Sentido Estrito. RSE 20150310174699/DF. 2ª Turma Criminal. Relator: Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos. Brasília, 22 de julho de 2016. Disponível em: < http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=955062> Acesso em: 12 de mar. 2017.

desigual baseado no preconceito de gênero feminino, e dessa forma seria condição subjetiva, não cumulável, portanto com outras qualificadoras subjetivas.

Já quando o crime envolver violência doméstica e familiar não se deve questionar o motivo do crime, mas se o fato se amolada ao art. 5º da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, tendo essa natureza objetiva. Nessa medida, importante transcrever parte do teor do Acórdão nº 916484, 20150310102700RSE, do Desembargador José Carlos Souza e Ávila, relator do caso:

Menosprezo significa ato ou efeito de menosprezar, desprezo, desdém. A discriminação com a qual se preocupou o legislador remete ao tratamento desigual dispensado à pessoa, com base no preconceito de gênero, no caso o feminino.

Assim, existe menosprezo quando o agente comete o crime por nutrir pouca ou nenhuma estima ou apreço pela vítima, configurando, desdém, desprezo, desvalorização à sua condição de mulher. De modo que ocorre feminicídio na hipótese do inciso II do § 2º- A do artigo 121 do Código Penal quando pessoa do sexo feminino é assassinada justamente por sua condição de mulher, como, por exemplo, quando um homem comete homicídio por acreditar que a vítima esteja ocupando um lugar exclusivamente destinado a profissionais do sexo masculino. Noutras palavras, se a vítima é morta porque seu agressor não se conforma que ela, porque mulher ocupe cargo de hierarquia superior ao seu em linha de subordinação, **o motivo do crime é a discriminação e o menosprezo que, por puro preconceito, nutre em relação à sua condição de mulher. De consequência, nessa hipótese, o feminicídio é de índole subjetiva** e, portanto, o preconceito que alimentou a discriminação e o menosprezo não pode caracterizar também o motivo torpe, sob pena de se incorrer em bis in idem. **O mesmo não se diga quando o crime envolve violência doméstica e familiar contra a mulher, que entendo ser de natureza objetiva.** Note-se que, aqui, não se perquire sobre os motivos do crime, o animus do agente, ou o elemento subjetivo do homicídio¹¹¹ (grifo nosso).

¹¹¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso em Sentido Estrito. RSE 20150310102700. 2ª Turma Criminal. Relator: Desembargador Souza e Ávila. Brasília, 28 de janeiro de 2016. Disponível em: <

Com efeito, as decisões do TJDFT nesses dois Recursos em Sentido Estrito – RSE, interpostos pelo MPDFT se aproximam da terceira corrente doutrinária, que analisa separadamente os incisos I e II do art. 121, § 2º A do CP, e consideram a qualificadora ser objetiva quando o crime envolver violência doméstica e familiar e subjetiva quando envolver menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Nessa linha, solidificam uma maior proteção às mulheres em relação ao crime de homicídio, sendo tentado ou consumado, ambicionando coibir uma violência com origens históricas de caráter estrutural, que se perpetua devido à posição de subordinação dessas na ordem sócio cultural e patriarcal.

CONCLUSÃO

O feminicídio se apresenta como a morte de mulheres em razão de discriminação a sua condição de mulher. É resultado de um sistema de dominação patriarcal onde mulheres já foram vítimas de abusos sexuais e verbais, mortas, queimadas, tiveram órgãos sexuais mutilados por serem consideradas inferiores aos homens e muitas vezes propriedade desses. Nesse sentido, é importante conhecer esse fenômeno a fim de que o Estado possa coibir a morte evitável de mulheres.

Exibe-se como importante marco nessa luta pelo respeito ao outro em condição de vulnerabilidade a sanção da lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha, porém essa lei não estendeu seu alcance para a matança de mulheres, e por isso a tipificação do feminicídio representa uma ampliação da reconfiguração punitiva em curso.

Dessa forma, a lei que cria o feminicídio alterou o Código Penal Brasileiro, em seu art. 121 e abarcou-o como circunstância qualificadora no crime de homicídio cometido contra mulher por razões de condição do sexo feminino, quando envolver violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Nesse tocante, tal norma incluiu o feminicídio no rol de crimes hediondos e para esses não será admitido anistia, graça ou indulto, tampouco fiança, combinado ao regime inicialmente fechado, além da progressão de regime do fechado para o semiaberto ser mais severa em relação à progressão geral.

Observa-se que tal inovação reproduz uma tendência, pois diversos países da América Latina já tipificaram o crime de feminicídio em suas legislações, seja denominando femicídio ou feminicídio. São eles: Costa Rica, Guatemala, Chile, Peru, El Salvador e outros. Destaca-se que nos Países em que foi contestada suposta violação ao Princípio Constitucional da igualdade em nenhum dos casos prevaleceu à tese. Ademais, ressalta-se a importância na contabilização dos crimes relacionados à morte

de mulheres, a fim de possibilitar ao Estado à efetivação de políticas visando não só punir, mas punir de forma efetiva.

Outrossim, foi apresentada nesse estudo a discussão da doutrina sobre a natureza jurídica da qualificadora do feminicídio. O conflito diz respeito a se essa teria natureza subjetiva, objetiva ou mista. Assim, para a grande maioria da doutrina essa possui natureza subjetiva, ou seja, relaciona-se com a esfera íntima do agente, dessa forma o indivíduo comete o crime de homicídio contra mulher por razão da condição do sexo feminino.

Já a corrente que entende ter essa natureza objetiva prega que o homicídio de mulheres por razão da condição de sexo feminino é um dado absolutamente objetivo e demandara a constatação de que o crime envolveu violência doméstica e familiar; e ou menosprezo ou discriminação a condição de mulher, conforme art. 121, § 2º - A do CP.

A terceira corrente que acredita ter essa natureza mista (objetiva e subjetiva), defende que a circunstância prevista no inciso I, § 2º - A, do art. 121 do CP, qual seja violência doméstica e familiar é objetiva, pois conta com definições claras expressas no art. 5º da Lei Maria da Penha e a prevista no inciso II, § 2º - A, do mesmo diploma legal, qual seja menosprezo ou discriminação à condição de mulher é subjetiva, pois não conta com referência normativa no ordenamento jurídico, cabendo ao aplicador do direito delimitar a extensão do conteúdo.

Destarte, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT se pronunciou sobre o tema por meio do julgamento de dois Recursos em Sentido de Estrito – RSE, interpostos pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT e considerou que quando o crime envolver violência doméstica e familiar à qualificadora é objetiva, e quando houver menosprezo ou discriminação à condição de mulher é subjetiva. Tal posicionamento se aproxima da terceira corrente doutrinária, que considera a natureza jurídica da qualificadora mista. Evidencia-se que até o momento o Superior Tribunal de Justiça – STJ ainda não se pronunciou sobre o tema.

A definição da qualificadora do feminicídio como de natureza objetiva trará implicações sobre o concurso de pessoas, tendo em vista que se comunicará a coautor e partícipe, desde que tenha ingressado na esfera de conhecimento dos agentes, viabilizará a figura do feminicídio-privilegiado. Ademais, constata-se a possibilidade do feminicídio coexistir com outras qualificadoras da natureza subjetiva como motivo torpe e fútil (art. 121, § 2º, incisos I, II e V do CP).

Dessa maneira, o Órgão julgador ao delimitar que o crime de femincídio, cometido nessa situação específica de violência doméstica e familiar, possa coexistir com o motivo torpe demonstra a busca do TJDFT em coibir tal crime por meio da repressão mais rígida no cálculo da pena.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais*. Brasília, ESMPU, 2014, p. 15.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei nº 13.104/2015*. *RDP*, São Paulo, n. 91, p. 10 /22, abr-mai. 2015. Disponível em: < <http://institutoavantebrasil.com.br/topicos/violencia-contra-a-mulher-alice-bianchini>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 2016. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 maio de 2016.

BRASIL. *Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 123918/MG*. 5ª Turma Criminal. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 13 de agosto de 2009. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028787/habeas-corpus-hc-123918-mg-2008-0277631-1-stj/relatorio-e-voto-12156022>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade *ADC 19/DF*. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> .Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade *ADI 4424/DF*. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> .Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC: 97034/MG*. 1ª Turma. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 06 de abril de 2010. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9126074/habeas-corpus-hc-97034-mg>>.Acesso em 04 mar.2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. In: VADE MECUM SARAIVA. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 5-76.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> .Acesso em: 13 nov. 2016.

CAMPOS, Carmem Hein de. *Feminicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. Sistema Penal e Violência*. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/16299644/Feminicidio_no_Brasil_uma_analise_critico-feminista>. Acesso em: 25 out. 2016.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASA, Peter Benenson. Amnistia Internacional Publicações Secretariado Internacional. Disponível em: <<http://doc.es.ammesty.org/CGI-bin/ai/BRSCGI/23400613!CMD=VEROBJ&MLKOB=32430010505>>. Acesso em: 06 out. 2016.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Direito Penal em debate sobre o feminicídio. Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/ELAWIECKO_IBCCRIM270_feminicidiomaio2015.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

CONSENZO, José Carlos. Dos crimes contra a vida. In: JALIL, Maurício Schaun ; GRECO, Vicente Filho. org. *Código Penal Comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri, SP: Manoele, 2016, p. 335/348.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)*, comentada artigo por artigo. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. *Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 114, ano 23, p. 225/239, maio/jun. 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso em Sentido Estrito. *RSE: 20150310069727/DF*. 1ª Turma Criminal. Relator: Desembargador George Lopes Leite. Brasília, 29 de outubro de 2015. Disponível em <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254720142/recurso-em-sentido-estrito-rse-20150310069727>>. Acesso em: 12 out. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal de Territórios. Recurso em Sentido Estrito. *RSE 20150310174699/DF*. 2ª Turma Criminal. Relator: Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos. Brasília, 22 de julho de 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.Contro-ladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresenta>>

cao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&endereçoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=955062> .Acesso em: 12 de mar. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso em Sentido Estrito. *RSE 20150310102700*. 2ª Turma Criminal. Relator: Desembargador Souza e Avila. Brasília, 28 de janeiro de 2016. Disponível em: <[http://pesquisajurisinternet.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&ramoJuridico=&baseDados=\(BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_HISTORICA\)&argumentoDePesquisa=916484&desembargador=&indexacao=&tipoDeNumero=&tipoDeRelator=&camposSelecionados=\(ESPELHO\)&numero=&tipoDeData=&dataFim=&dataInicio=&ementa=&orgaoJulgador=&legislacao=&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](http://pesquisajurisinternet.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&ramoJuridico=&baseDados=(BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_HISTORICA)&argumentoDePesquisa=916484&desembargador=&indexacao=&tipoDeNumero=&tipoDeRelator=&camposSelecionados=(ESPELHO)&numero=&tipoDeData=&dataFim=&dataInicio=&ementa=&orgaoJulgador=&legislacao=&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1)> .Acesso em: 13 mar. 2017.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Estudos sobre as Novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos (Lei nº 11340/06 e nº 11.343/06)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de Gênero. Tipificar ou não o femicídio/feminicídio? *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59/75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/503037>>. Acesso em: 20 ago.2016.

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>>. Acesso em: 29 de abr. 2016.

LAGARDE Y DE LOS, Rios Marcela. Antropologia, feminicidio y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. In: Bullen, Margaret; Mintegui, Carmen Diez (org). *Retos Teóricos y nuevas prácticas*. Donostia: Ankulegi Antropologia Ellkartea, 2008. p. 209/239.

LUCENA, Mariana Barrêto Nobrega de. *Morte de mulheres no Brasil: feminicídio ou homicídio comum? violência doméstica ou questão de segurança pública?* Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

MELLO, Adriana Ramos de. Breves Comentários a Lei 13.104/215. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.958, p.273/29, ago. 2015.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*, Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

MIRANDA, Alessandra de La Veja. *Práticas Conciliatórias, Violência Doméstica e Lei nº 11.340/06*: ensaio etnográfico exploratório sobre o “funil conciliatório em um juizado especial de competência geral do Distrito Federal (2010). Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/602/794>> . Acesso em: 01 set. 2016.

NARCARATO, Juliana Martínez. *Quem ama, não mata*: o enfrentamento do feminicídio na América Latina, maio de 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/37693397/JMNacarato_Enfrentamento_do_femicidio_na_America_Latina_-_Zur2_2015.pdf>. Acesso em: 28 ago.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A nova lei do feminicídio em face do princípio constitucional da isonomia. Avanço ou Retrocesso? *Revista BoniJuris*, Curitiba, v. 27, n.7, p. 6/9, jul. 2015.

PAES, Mariana Armond Dias. *Inclusão do feminicídio no Código Penal é uma questão de igualdade e gênero*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/mariana-paes-femicidio-questao-igualdade-genero>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

PIRES, Amom Albernaz. *A natureza jurídica da qualificadora do feminicídio e sua quesitação pelo Tribunal do Júri*. Disponível em: <<https://amomalbernaz.jusbrasil.com.br/artigos/172762972/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-femicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

SOUZA, Suellen André de. Leis de combate a violência contra a mulher na América Latina: uma breve abordagem histórica. in: *SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA*, 27. 2013, Natal, 2013. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371348947_ARQUIVO_TextoAnpuhNatalSuellen.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

ZANELLA, Everton et al. *Feminicídio*: considerações iniciais. São Paulo, MPSP, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos>. Acesso em: 29 maio 2016.