



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais -
FAJS

BÁRBARA FREITAS GOMES

A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO À QUALIFICADORA DO
FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE CRIMINÓLOGICA E
FEMINISTA

Brasília
2017

BÁRBARA FREITAS GOMES

**A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO À QUALIFICADORA DO
FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE CRIMINÓLOGICA E
FEMINISTA**

Trabalho apresentado para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof^a. Dra. Camilla de Magalhães Gomes.

**Brasília
2017**

BÁRBARA FREITAS GOMES

**A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO À QUALIFICADORA DO
FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE CRIMINÓLOGICA E
FEMINISTA**

Trabalho apresentado para a obtenção do
título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientadora: Prof^a. Dra. Camilla de
Magalhães Gomes.

BRASÍLIA, ____ DE _____ DE 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof.

Prof.

Prof.

**Brasília
2017**

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a lei 13.104/2015, que incluiu a qualificadora do feminicídio ao artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal (CP) no rol dos homicídios qualificados. Ao discutir o funcionamento do novo tipo penal, vislumbraremos a possibilidade ou não de se aceitar a presença da figura privilegiada nesse tipo penal. Assim, partindo de uma análise dos estudos da criminologia crítica e da influência dos movimentos feministas no processo de chegada da qualificadora do feminicídio na legislação, iremos estudar a natureza do novo tipo penal para que possamos observar a possibilidade de existência de um “feminicídio privilegiado”, e se esse desdobramento processual acarretaria algum tipo de retrocesso. Dessa forma, analisaremos a melhor forma de funcionamento da qualificadora para que o homicídio de mulheres não seja mais “justificado” ou suavizado pela sociedade. É preciso demonstrar a gravidade do delito, para que ele seja conhecido e compreendido.

Palavras-chave: Feminicídio. Qualificadora. Privilégio. Violência de gênero. Criminologia. Feminismo.

Sumário

INTRODUÇÃO	6
1.FEMINISMO E CRIMINOLOGIA	9
1.1 Criminologia crítica	5
1.2 Possibilidade de uma criminologia com perspectiva de gênero.....	13
2. O FEMINICÍDIO COMO UMA PAUTA DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS	22
2.1 Crime passional e a legítima defesa da honra	23
2.2 A contribuição dos movimentos feministas.....	27
2.3 “Quem ama não mata”	29
2.4 A chegada da Lei Maria da Penha	30
2.5 A necessidade da inclusão do feminicídio na Lei Penal	33
3. DISCUSSÃO SOBRE O CONTEÚDO E DESDOBRAMENTO DA LEI Nº 13.104 COM A POSSIBILIDADE DO USO DO PRIVILÉGIO	38
3.1 A natureza das qualificadoras no Direito Penal e a sua coexistência com o privilegio	40
3.1.1 Homicídio privilegiado e o concurso com as qualificadoras.....	40
3.1.2 Natureza objetiva	42
3.1.3 Natureza subjetiva	44
3.2 A natureza da nova qualificadora do feminicídio	44
3.3 O concurso da qualificadora com o privilégio	49
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a lei 13.104/2015, que incluiu a qualificadora do feminicídio ao artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal (CP) no rol dos homicídios qualificados, e assim, ao discutir o funcionamento do novo tipo penal, vislumbraremos a possibilidade ou não de se aceitar a presença da figura privilegiada na legislação.

Dessa forma, a partir de uma análise que começa na criminologia crítica e da incorporação de pautas feministas aos debates criminológicos, passaremos a estudar o processo de chegada da qualificadora do feminicídio na legislação brasileira frente à forte influência dos movimentos feministas. Assim, de acordo com os estudos feitos nos primeiros capítulos, iremos observar se a legislação ao possibilitar o uso do privilégio com a nova qualificadora acarretaria um retrocesso na legislação, trazendo de volta o uso termos machistas para “justificar” a morte de mulheres como por exemplo o uso do indiscriminado da expressão “crime passionai”. Ademais, será preciso observar se a qualificadora está cumprindo o papel de demonstrar a gravidade do problema sem suavizá-lo afim de torná-lo visível, para que seja conhecido e compreendido, e assim sejam intensificadas medidas de prevenção.

Para se alcançar o objetivo proposto, o presente trabalho foi dividido em três capítulos, sendo o primeiro capítulo uma compreensão teórica sobre a convivência dos estudos feministas com a criminologia crítica. Assim, faz-se necessário entender como os estudos da criminologia crítica, que vieram para deslegitimar o uso punitivo do direito penal como meio de proteção igualitária, abordaram a presença da mulher como vítima ou autora de delitos. A partir dessa questão, diante da criminologia e do feminismo, tentaremos vislumbrar a possibilidade ou não de os dois caminharem juntos no combate ao discurso e práticas às machistas do nosso ordenamento jurídico

Na sequência, o segundo capítulo relata o caminho percorrido pelos movimentos feministas até se chegar à conclusão da necessidade de se descrever na legislação o tipo penal do feminicídio, onde por muitos anos percebeu-se que o comportamento machista era legitimado, inclusive no próprio ordenamento jurídico. Assim, por muitas vezes, o assassinato da mulher era algo justificado pelas práticas machistas, fazendo com que os chamados “crimes passionais” fossem aceitos na

sociedade. Portanto, este estudo histórico é de grande importância para que a nova qualificadora seja melhor compreendida.

Ainda, haverá um debate sobre a necessidade da criação de um tipo penal específico para o feminicídio, analisando a importância das medidas punitivas, como a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que prevê medidas protetivas à mulher em situação de violência doméstica e familiar, no combate à violência contra as mulheres.

Nesse contexto, a inclusão da qualificadora vem para abordar o que a Lei 11.340/2006 não abordou, e acabar com os chamados “crimes passionais”, e traz o debate sobre a violência e o homicídio da mulher no Brasil. Com a nova qualificadora a morte de mulheres não é mais romantizado como era antigamente.

Assim, caminharemos até a publicação da lei no Brasil, e iremos observar como a qualificadora vem funcionando para julgar crimes contra as mulheres. Neste contexto, iremos adentrar em uma discussão que atualmente é muito debatida na doutrina e na jurisprudência, que é a possibilidade de existir um feminicídio com a minorante do privilégio, trazendo assim um questionamento quanto ao retrocesso que isso poderia significar, seria possível trazer para os novos julgamento de crimes de feminicídio a presença de defesas que se utilizavam da “legítima defesa da honra” ?

Buscaremos, também, analisar a natureza da nova qualificadora do feminicídio para que seja possível entendermos processualmente a legitimidade de funcionamento com a minorante do privilégio, assim iremos questionar a real eficácia da nova qualificadora frente a eventual existência de um “feminicídio privilegiado”. Ao final, iremos buscar a melhor forma de qualificadora, que seja realmente capaz de demonstrar a gravidade do delito, sem suavizar o crime como ocorria no passado, e assim erradicar essa violência tão grave da sociedade.

Assim sendo, o presente trabalho busca compreender o passado, e analisar como uma sociedade, que é historicamente patriarcal e machista, pode criar uma legislação que proteja as mulheres. A possibilidade de um feminicídio privilegiado trouxe para discussão se a nossa legislação está realmente pronta para abordar esse tipo de crime. Dessa forma, é questionado se o atual código foi modificado para recepcionar a nova qualificadora de maneira que o seu funcionamento seja realmente eficaz em demonstrar a seriedade da violência e do homicídio de mulheres no Brasil,

sem que isso signifique uma forma de se romantizar o delito.

1. FEMINISMOS E CRIMINOLOGIAS

Quando se deseja compreender determinada ciência, é necessário primeiramente que se conheça sua história e a evolução da discussão de determinados problemas, entre outros aspectos. Visto isto, para entender a necessidade da inclusão da qualificadora do feminicídio, faz-se necessário compreender o caminho que as mulheres vêm percorrendo até a atualidade, principalmente na Criminologia.

A violência contra a mulher é histórica e tem um caráter estrutural, que se perpetua devido à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal. Tal relação de poder leva à criação de estereótipos, os quais são transmitidos de uma geração para outra e reproduzidos tanto no âmbito público (governo, política, religião, escolas, meios de comunicação), como no âmbito privado (família, parentes, amigos). A partir de condições históricas, são naturalizadas formas de discriminação contra a mulher em razão de gênero.¹

Neste sentido, tenho intuito de traçar um breve trajeto do estudo da Criminologia. Ademais admito preliminarmente, a possibilidade da constituição de uma Criminologia Crítica e de uma Criminologia Feminista, tentando vislumbrar a possibilidade ou não de as duas caminharem juntas.

Além disso, procuro apreender como o feminismo adentrou nos discursos criminológicos e desta maneira influenciou a produção teórica, por meio da propositura de novos debates de inclusão de gênero.

1.1 Criminologia crítica

Para iniciar o debate deste capítulo, temos que entender que o sistema penal no Brasil vem tendo uma perda de legitimidade. Na verdade, o próprio modelo de Direito moderno, chamado de monismo jurídico², que identifica o Direito com a Lei, ou seja um modelo positivista estatal, e deposita no Direito a esperança da resolução de todos os problemas sociais, vem perdendo legitimidade. Nesse sentido, para entender essa crise do sistema penal, é essencial investigar o direito penal e as suas funções reais.

1 GEBRIM, Luciana Maibashi. "Violência de gênero: tipificar ou não o feminicídio/femicídio?." id/503048 (2014).

2 Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 105-117.

Assim, faz-se importante entender a trajetória da chamada Criminologia Crítica para compreender o seu papel nas questões sociais atuais.

Até a década de 1960, os discursos da criminologia tradicional se centravam na figura do criminoso, isto é, tinham um viés biológico, e por muito tempo foi entendida sobretudo como o estudo das causas do crime, independente do estudo das reações sociais e do Direito Penal.³

As mudanças sociais ocorridas após a metade do século XX trouxeram consigo uma nova forma de analisar o fenômeno criminal. Nesse momento, um outro paradigma denominado *Paradigma da Reação Social* ou *labelling approach* apareceu para criticar o antigo paradigma etiológico, que supõe uma noção ontológica de criminalidade, na qual entende-se que existe uma premissa preconstituída à reação social e, desta maneira, deixam de fora do estudo as análises quanto aos mecanismos institucionais e sociais por meio dos quais realiza-se a definição de certos comportamentos qualificados como criminosos.⁴

Nesse sentido, Baratta afirma que o paradigma da reação social parte do pressuposto de que não se pode compreender a criminalidade quando não se estuda a ação do sistema penal, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais.⁵ Percebe-se que a atividade das instâncias oficiais de controle social (polícia, juízes, instituições penitenciárias) influencia fortemente na escolha de um *status* social de delinquente, enquanto há aqueles que, apesar de terem realizado o mesmo comportamento punível, não são alcançados pelas agências de controle social.⁶

O sistema penal, por exemplo, se apresenta como igualitário, atingindo igualmente todos os cidadãos, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, alcança apenas determinadas pessoas, de determinados grupos sociais. Da mesma maneira como ele se apresenta justo, que buscaria prevenir delitos, restringindo limites em favor da necessidade, mas na verdade seu desempenho é repressivo. Assim como sistema se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana, quando na verdade leva à fixação de um estigma na pessoa.⁷

3 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013. pag 55.

4 *Ibidem*, pag 55.

5 *Ibidem*, pag 30.

6 *Ibidem*, pag 26.

7 BATISTA, Nilo 2007 p. 25.

A teoria do *labelling approach* chegou influenciada pelo interacionismo simbólico e a etnometodologia. Segundo o interacionismo, inspirada nas ideias de George H. Mead, a realidade social é construída por inúmeras interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que afasta das situações concretas e continua a se estender através da linguagem. Também segundo a etnometodologia, de Alfred Schutz, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer pelo plano objetivo, mas o produto de uma construção social. A chegada dessa nova teoria mudou a perspectiva de análise dos criminólogos e proporcionou uma virada de paradigma, importantíssima na Criminologia.⁸

O paradigma parte de conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como reciprocamente interdependentes para formular sua tese central: a de que o desvio e a criminalidade não são qualidades intrínsecas das condutas ou entidades ontológica preconstituídas à reação social e penal, mas qualidades (etiquetas) atribuídas a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social. Isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.⁹

Desta forma, com a chegada da teoria da reação social, a criminologia crítica vem para transformar o propósito de estudo, que cada vez mais, transforma-se numa teoria crítica e sociológica do sistema de justiça criminal ocupando-se, fundamentalmente, da análise de sua complexa fenomenologia e funcionalidade, nas sociedades capitalistas e patriarcais.¹⁰

Vera Andrade diz, acerca do paradigma etiológico da Criminologia tradicional, que este era construído na ideia de ser possível identificar sujeitos pelas suas características patológicas, foi retirado de cena, dando espaço para o paradigma da reação social:

Uma conduta não é criminal “em si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui à

8 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

9 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis*, p. 24-36, jan. 1995.

10 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 50. julho, 2005, pág 74.

conduta o caráter criminal e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.¹¹

Ainda, Nilo Batista explica que a Criminologia Crítica, ao contrário da Criminologia Tradicional, não aceita, sem questionar, o Código Penal, mas investiga como, porque e para quem, e a favor de quem se elaborou este Código. Ela procura analisar politicamente o sistema penal, e a missão que efetivamente lhe corresponde, juntamente com os instrumentos formais de controle social.¹²

Rompendo definitivamente com o paradigma etiológico, o paradigma da reação social prepara então o terreno para que o sistema penal possa finalmente ser colocado em dúvida. A crítica criminológica se dirige a quebrar o mito do Direito Penal como um direito igualitário, mostrando que ele tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e deter a criminalização de indivíduos a elas pertencentes. Assim, a lei penal exprime o sistema de valores do universo moral de uma cultura burguesa, dando máxima garantia a proteção do patrimônio privado, tendo como objetivo atingir desvios típicos de grupos marginalizados.¹³

Da mesma maneira, existe a incapacidade das agências de controle social, na maioria das vezes por parte dos juízes, de penetrar na realidade do mundo do acusado. Esta incapacidade de inserção tem colocado em dúvida a atitude valorativa dos juízes em relação às pessoas de diferentes classes sociais. Muitas vezes, mesmo que inconscientemente, os juízes tendem a ser diversificados conforme a posição social do acusado, no momento da apreciação dos elementos subjetivos do delito, e em face ao caráter sintomático da personalidade.¹⁴

A Criminologia Crítica, em parte do seu estudo, procurou elaborar políticas criminais alternativas para as classes subalternas na tentativa de conceber uma sociedade mais democrática. As elites consideram relevantes a contenção do desvio, apenas no limite em que não prejudiquem a funcionalidade do sistema capitalista, e conseqüentemente, a conservação de uma hegemonia durante o processo seletivo na definição de criminalidade.¹⁵

11 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 24-36, j

12 BATISTA, Nilo 2007 p. 32

13 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013. p. 176.

14 Ibidem, p.177.

15 Ibidem p. 197.

Entre todos os instrumentos de uma política criminal alternativa, o mais inadequado é o direito penal. Uma perspectiva vagamente reformista e humanitária não é suficiente, sendo necessárias políticas de reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento de uma democracia de igualdade.¹⁶ Deve-se conter ao máximo o direito penal e aliviar a pressão negativa do sistema punitivo sobre as classes mais baixas. A despenalização deve ocorrer com a substituição de sanções por outras formas de controle não estigmatizantes.¹⁷

Da mesma maneira que a função real do cárcere é questionada, existe um fracasso histórico dessa instituição para fins de controle de criminalidade e reinserção na sociedade. Visto isto, faz-se necessária a abolição da instituição carcerária para a possibilidade da visão de uma nova criminologia.

Com o entendimento já firmado, de que a seletividade é intrínseca ao sistema penal, existem distintas correntes que se identificam sob o rótulo “criminologia crítica” e projetaram inúmeras ações no campo político, em sua grande maioria voltadas à constrição das hipóteses de criminalização e superação da forma carcerária de penas. As teorias críticas apresentaram, ao longo das décadas de 1980 e 1990, uma série de propostas políticas criminais alternativas que abrange desde a reforma, a humanização dos sistemas penais e a sua abolição. Dentre as principais, destacam-se as correntes minimalistas e abolicionistas.¹⁸

Parece claro que a Criminologia Crítica vem para repensar o papel do direito e do sistema penal, no sentido em que questiona todo seu aparato de funcionamento. É fundamental perceber a relação entre desigualdade social e a exigência de repressão. Quanto maior a desigualdade dentro da sociedade, mais repressivo vai ser o sistema de controle de desvio. O Direito Penal é um instrumento de produção de desigualdade, de conservação das relações de subordinação, e não é mais considerado um direito igual por excelência.¹⁹

1.2 Possibilidade de uma criminologia com perspectiva de gênero

Neste contexto, através do desenvolvimento histórico da criminologia,

16 Ibidem p. 201.

17 Ibidem, p. 202.

18 CAMPOS, Carmen Hein de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira, p. 151/152.

19 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013. p. 162.

questiona-se onde estaria situado um estudo com perspectiva de gênero²⁰. Seria possível analisar profundas desigualdades entre homens e mulheres dentro de uma sociedade patriarcal a partir de uma criminologia com perspectiva de gênero?

De acordo com Carmen Hein, a incorporação do paradigma da reação social propiciou a primeira virada, e, a inclusão da perspectiva de gênero corresponderia à segunda virada na criminologia. O desenvolvimento da categoria gênero construiu um novo referencial teórico capaz de analisar as demandas feministas, até então ignoradas.²¹

Ainda, Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho explicam que o movimento feminista além de ter proporcionado visibilidade à violência praticada pelos homens contra as mulheres, apresentou as metarregras sexistas que orientam a elaboração, a aplicação e a execução do direito como um todo.²²

Neste contexto, Soraia Mendes aponta a importância da adoção do ponto de vista feminista, no sentido de adentrar na realidade vivida pelas mulheres:

Adotar o ponto de vista feminista significa um giro epistemológico, que exige partir da realidade vivida pelas mulheres (sejam vítimas, réus ou condenadas) dentro e fora do sistema de justiça criminal. Penso que aí está o objetivo maior de uma criminologia feminista, que não tem como ser concebida como “um novo ingrediente” nos marcos do que já foi produzido por outras criminologias.²³

A Criminologia Feminista, representante dos movimentos feministas no campo de estudo do Direito e do sistema penal, ao trazer para objeto de discussão o gênero e a mulher, contribuiu para a realização de denúncias das violências sofridas na aplicação do Direito, baseado em uma forma patriarcal e masculina de interpretação.

Entretanto, apesar de reconhecer a importância da inclusão dos movimentos feministas nos campos do Direito, percebeu-se que o sistema penal, sustentado firmemente na figura centralizada do homem, produz uma dupla violência contra a mulher. Primeiramente, existe uma omissão e desvalorização da violência que acontece dentro do âmbito familiar, com isso grande parte dos crimes são deixados de

20 Carmen Hein conceitua gênero como algo que (2013, p 94) “ nasce para rejeitar o determinismo biológico implícito no termo ‘sexo’ ou na ‘diferença sexual’ e sublinhar o caráter relacional das definições normativas da feminilidade.”

21 CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Porto Alegre: Tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013, p.174.

22 CAMPOS, Carmen Hein de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira, p. 165.

23 MENDES, Soraia Rosa. Série IDP - Criminologia feminista : novos paradigmas. 1ª Edição.. Saraiva, 1/2014. VitalSource Bookshelf Online..p.158.

lado. Além disso, quando a mulher é quem comete o delito, percebe-se, segundo Carmen Hein que a condição de gênero resulta um aumento da punição ou o agravamento das formas de execução das penas. Não incluir um paradigma feminista no discurso criminológico confirma a ideia de que o lugar de pertencimento das mulheres é o espaço privado e o dos homens é o espaço público.²⁴

Por este caminho, Vera Andrade, alerta sobre a ambiguidade em que o movimento feminista é inserido.

O movimento feminista que reemerge no Brasil dos anos 70, se insere plenamente nesta ambigüidade, pois ao mesmo tempo em que demanda a descriminalização de condutas hoje tipificadas como crimes (aborto, adultério e sedução, por exemplo), demanda ao mesmo tempo a criminalização de condutas até então não criminalizadas, particularmente a violência doméstica e o assédio sexual. Demanda, também, o agravamento de penas no caso de assassinato de mulheres e a redefinição de alguns crimes como estupro, propondo o deslocamento do bem jurídico protegido (que o estupro seja deslocado de “crime contra os costumes” como o é hoje para “crime contra a pessoa”) com vistas a excluir seu caráter sexista e que, neste mesmo sentido, o homem (e não apenas a mulher, como o é hoje) possa ser vítima de estupro.²⁵

Ou seja, Vera Andrade explica que, apesar dessa ambiguidade em que vive essa Criminologia Feminista, a autora percebe um duplo condicionamento, um de ordem histórica e um de ordem teórica. O condicionamento histórico diz respeito justamente à própria história do movimento feminista no Brasil. O feminismo reaparece na década de 70 e demarca seu território. Apesar de não ter tido a radicalidade dos movimentos europeus e norte americanos, por conta da ditadura militar, foi o feminismo que trouxe novos debates para a agenda penal. A violência doméstica, a questão do aborto, os homicídio de mulheres sem punição, a discriminação de gênero no âmbito do trabalho são temas que foram abordados e que o feminismo tornou visível.²⁶

Já o condicionamento de ordem teórica, que está na base dessa demanda pelo sistema, indica que o Brasil tem uma dificuldade em inserir uma produção criminológica crítica e feminista. Há na sociedade acadêmica um déficit de discussão sobre diálogo entre a militância feminista e as diferentes teorias críticas do Direito nela produzidas ou discutidas. Percebe-se que este déficit faz gerar a busca por um castigo.

24 CAMPOS, Carmen Hein de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira, p. 152.

25 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 44.

26 Ibidem, p. 44.

Enquanto, de um lado, a Europa busca um sentido simbólico como base para os movimentos criminalizadores, no Brasil dos anos 80, a base é a punição. De acordo com Andrade, criou-se então uma situação paradoxal. Essa procura pelo sistema acaba por reunir o movimento de mulheres, que é um dos movimentos mais progressistas do país, com um dos movimentos mais conservadores e reacionários, o movimento de “Lei e ordem”. Ambos acabam unidos por um elo, que é mais repressão, mais castigo e mais punição.²⁷

Com isso, a autora explica que trata-se de um sistema com uma base ideológica bastante sedutora, com um grande apelo legitimador principalmente para as mulheres :

Estamos perante uma ideologia extremamente sedutora, também para as mulheres, e com um fortíssimo apelo legitimador (da proteção, da evitação, da solução) como se à edição de cada lei penal, sentença, ou cumprimento de pena, fosse mecanicamente sendo cumprido o pacto mudo que opera o traslado da barbárie ao paraíso. Por isto mesmo esta ideologia legitimadora se mantém constante até nossos dias e consubstancia o que Alessandro Baratta denomina o “mito do Direito Penal igualitário”.²⁸

Nesse sentido, Andrade conclui que o sistema penal, como foi dito anteriormente, não é apenas um meio ineficaz para a proteção das mulheres, como também duplica a violência exercida contra elas e as divide. Isto porque se trata de um subsistema de controle social seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres e porque é, ele próprio, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder sobre as vítimas. Visto isso, a mulher é afetada e torna-se vítima de dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas, que é a desigualdade de classes, e a violência das relações patriarcais, traduzidas na desigualdade de gênero, recriando os estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade, o que é particularmente visível no campo da moral sexual. Entende-se, então, o sistema penal não ser um fator de unidade entre as mulheres, porque atua, ao contrário, como um fator de dispersão e uma estratégia excludente, recriando as desigualdades e preconceitos sociais.²⁹

Nilo Batista, nesse mesmo contexto, diz ser incompreensível que o movimento

²⁷ Ibidem, p. 44.

²⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 59, jan. 2005.

²⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 46.

de mulheres se atrele a propostas progressistas, que antigamente surpreendiam a sociedade, mas hoje, é mais do que certo, que os sistemas penais representam a vontade de um capitalismo desumano, diante da legitimação de uma hegemonia neoliberal através de um Estado penal.³⁰

Andrade questiona como seria possível defender um sistema que não atende as necessidades das vítimas, e que na maioria dos casos está mais interessado em seguir suas próprias lógicas internas, do que servir aos apuros de quem sofreu os danos. Afirma, que na verdade as leis criminais possuem um conteúdo com uma perspectiva masculina. O sistema reforça os estereótipos de gênero, e muitas vezes não leva em consideração as palavras da mulher por conta da imagem que foi construída na sociedade, no sentido de dificultar a superação desses estereótipos.³¹

Apesar da importante fala de Vera, ocorre na realidade, uma crítica criminológica quando as feministas tomam espaço na sociedade, e propõe alteração na legislação de violência doméstica e do estupro. Até este momento, a questões de gênero eram invisíveis aos olhos dos criminólogos e criminólogas nacionais. Nesse sentido, as propostas induziram um debate público, da necessidade da utilização do Direito Penal.

Neste contexto, Carmen Hein, mesmo concordando serem incontestáveis os danos que o Direito Penal provoca, faz uma crítica ao posicionamento de Vera Andrade, pois discorda que o feminismo seja co-responsável pela expansão do sistema penal, aliado a movimentos de “lei e ordem”, de maneira que a Lei Maria da Penha também trabalharia nesse sentido.³²

A Lei Maria da Penha possui algumas medidas que comportam afirmar que a Legislação se centra nas políticas de prevenção, nas medidas de proteção, nos juizados com competência cível e criminal, e não no aumento de pena. Tem uma perspectiva de máxima contração penal e da redução de danos para as mulheres em situação de violência. A preocupação central era oferecer mecanismos de proteção e

30 BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu. In MELLO, Adriana Ramos de. Comentários à Lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009, 2ª Ed, p.20.

31 LARRAURI, Elena.(a) ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?

32 CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Porto Alegre: Tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013, p.167.

assistência às mulheres.³³

Nesse sentido, o uso do Direito Penal como forma de nomeação é mais parecido com um gesto político, uma forma inicial de apreensão de experiências ou fenômenos escondidos. Nomear para fazer existir. Trazer para o espaço público a violência que sempre ocorreu no privado.³⁴ Argumenta-se que as mulheres são mortas em circunstâncias em que os homens não costumam ser, e que é necessário expor esta realidade, a fim de que o público conheça a situação de certas mulheres, de modo a contribuir para uma mudança da mentalidade patriarcal.

A criação de leis de proteção às mulheres não se trata de uma ampliação do Direito Penal, ou de recurso meramente simbólico, mas do aperfeiçoamento da atualização da norma penal para incidir em condutas que antes eram acolhidas pela sociedade, embora sempre causadoras de dano a bem jurídico já sob proteção da lei penal.³⁵ De acordo com Debora Diniz, o melhor movimento para assumir é o de nomear para apreender, no qual é diferente de nomear para punir. Nesse sentido, é possível dissociar-se de demandas por ampliação dos castigos ou novas tipificações penais.³⁶

Dessa maneira, Carmen Hein explica que existem diferentes pautas no feminismo, assim como na criminologia. Então, não seria viável afirmar qual era realmente a principal agenda feminista, não há como assegurar que o feminismo foi responsável por uma expansão do sistema penal, uma vez que inconcebível afirmar um único interesse no movimento feminista, ou uma única visão da legitimidade da adoção do sistema penal como instrumento de proteção das mulheres:

Assim como não é possível falar-se em uma criminologia também não existe um feminismo ou mesmo um feminismo oficial no Brasil. Da década de setenta até a segunda metade da década de noventa, pode-se sustentar que havia uma unidade de agenda política do feminista que estava centrada na consolidação de direitos. A década de noventa é marcada, não apenas pela inclusão de novas pautas nessa agenda política, mas também, pela conformação de organizações de direitos humanos das mulheres. Essa diversidade de temas e de organizações de mulheres surgidas nesse período é reflexo da fragmentação pós-moderna, dos diferentes interesses e

33 Calazans, Myllena, and Iáris Cortes. "O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha." Brasil. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Yuris (2011): 39-63.

34 DINIZ, D. ; COSTA, B. S. ; GUMIERI, Sinara. . Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. Revista Brasileira de Ciências Criminais , v. 114, p. 225-239, 2015.

35 CASTILHO, Ela V. de Castilho. Sobre Feminicídio. Boletim IBCCRIM, maio/2015

36 DINIZ, D. ; COSTA, B. S. ; GUMIERI, Sinara. . Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. Revista Brasileira de Ciências Criminais , v. 114, p. 225-239, 2015.

das diversidade de pautas políticas.³⁷

Para a autora, não é correto que a criminologia tenha ignorado por anos estudos feministas, e que tenha se preocupado com esta nova forma de enfrentar os problemas do sistema penal apenas quando há necessidade de responsabilização dos homens pelas violências contra as mulheres. Não é compreensível, para um modelo de pensamento crítico, não ter se interessado pelos danos provocados às mulheres quando autoras ou vítimas de delitos.³⁸

Na verdade, os paradigmas criminológicos se afastam muito de produzir estudos com epistemologia feminista. A questão de gênero, na melhor das hipóteses, é mencionada como um mero ‘modelo aditivo’ em criminologia.

Entretanto, valido é reafirmar que, em qualquer um destes vieses, a criminologia se constitui como um saber parcial. Mesmo quando fundadas na crítica sistemática dos conceitos, do método e da ideologia da criminologia tradicional, as vertentes criminológicas radicais não conseguiram apresentar bases analíticas de produção de conhecimento que não fossem em sua essência sexistas.

Neste sentido, até mesmo a criminologia crítica, que adota um ponto de vista das classes subalternas como garantia de uma práxis teórica e política alternativa, fixa sua atenção em situações definidas pelo que é o espaço público, limitando seu conceito de atores sociais aos que são visíveis na esfera pública, tal como ocorre com as classes sociais. Tomando a perspectiva de gênero, no máximo, em termos aditivos.³⁹

Percebe-se que há uma grande diversidade de pesquisas no movimento feminista, e essas variadas investigações que transformam a sua teoria em uma área múltipla. A pauta feminista é complexa. De um lado, por exemplo, sustentava-se que havia uma incorporação da Criminologia Feminista ao paradigma de gênero, mas não as categorias cor da pele, heterossexualidade, classe, que confirmam a diversidade de pesquisas do feminismo. A realidade de cada mulher é diferente, negras e lésbicas têm pautas muito desiguais do feminismo branco e de classe média, que não podem ser generalizadas.⁴⁰

Entretanto, ao estabelecer um sujeito “certo” pode-se acabar fundando-se em um viés essencialista. Este deve ser evitado, e se reconhece que o gênero

37 CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Porto Alegre: Tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013, p.167

38 CAMPOS, Carmen Hein de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira, p. 165.

39 Mendes, Soraia da Rosa. "(Re) pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista." (2013).

40 CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria crítica feminista e crítica à (s) : estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Porto Alegre: Tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio grande do Sul, 2013

associado com outras categorias (raça/etnia, situação econômica, educação, etc.), confere diferentes opressões ou subordinações às mulheres, construindo um sujeito complexo e plural.

Neste sentido, as feministas nos últimos anos vêm desconstruindo as teorias da criminalidade, como por exemplo, o descentramento do sujeito e a desconstrução e a fragmentação da categoria 'mulher' pelo feminismo, e com a instabilidade das categorias sexo/gênero, raça/etnia, classe, feminista do torna nítida a impossibilidade de um sujeito criminológico fixo. Compreende-se então, que apesar de prático unificar o sujeito, haveria sempre mulheres que não seriam abarcadas pelo discurso, tornando-se excludente.

Carmen Hein então, questiona a possibilidade de uma Criminologia Feminista. Existe uma impermeabilidade da criminologia ao discurso feminista, quanto de suas preocupações teóricas. Apesar de ser impossível ignorar como as análises feministas desconstruíram as bases masculinas fundacionais da criminologia, ainda hoje há resistência em incluir as contribuições de gênero no seu estudo, provocando tensões entre ambas perspectivas. Apesar do debate continuar em aberto dentro do feminismo, os dois discursos apresentam condições teóricas muito adversas para o estabelecimento de um estudo conjunto.⁴¹

Neste contexto, a autora conclui que a criminologia crítica ao resistir a essa desconstrução, choca-se com a perspectiva feminista e pós-moderna. Então, a possibilidade de uma criminologia feminista depende da capacidade de coexistir com dois aspectos radicalmente diferentes e de conviver com o desconforto teórico de que as análises feministas não se ajustam às concepções tradicionais das 'ciências'. Isso leva Carmen Hein a sustentar a impossibilidade da instituição de uma criminologia feminista, mas sim a existência de uma crítica feminista à criminologia, por ocupar um lugar de fala não autorizado.⁴²

Apesar da força do movimento feminista, a tensão entre Criminologia e o Feminismo continua, a sua teoria ainda hoje segue sendo ignorada por juristas brasileiros, ainda com o seu grande aporte teórico, que permitiria a discussão das teorias do controle e do delito. Nesse sentido a criminologia permanece antifeminista.

41 CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Porto Alegre: Tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013, p.175.

42 Ibidem, p.220.

A possibilidade de aproximação entre criminologia e feminismo ou uma criminologia feminista só poderá prevalecer a partir de uma criminologia aberta à desconstrução. Ao colocar no centro do debate criminológico a perspectiva de gênero, a criminologia feminista rompeu com as fronteiras da criminologia crítica, afirmando que a discussão do crime e da criminalidade não poderia mais ser conformada exclusivamente no âmbito da criminologia, e que talvez a discussão esteja, ela mesma, teoricamente superada.⁴³ Os temas que são de interesse da Criminologia estão sendo deslocados para outras áreas, a criminologia não tem mais a centralidade em todos os debates, nesse sentido não poderá ser mais possível uma Criminologia Feminista.

Percebe-se que a Criminologia Crítica e o Feminismo possuem pautas diferentes, e que por anos criminólogos não se interessavam em elencar temas de gênero, ou discutir o papel da mulher como vítima ou como autora de delitos. As divergências entre as duas áreas é marcante, como foi abordado, e deve-se entender que a opção punitiva não é a melhor solução para a pauta feminista, mas também, perceber que o seu total abandono também não é aceitável. É preciso encontrar um equilíbrio entre a incorporação de discursos feministas na sociedade, sem que isso legitime o uso do poder punitivo de maneira desigual.

Com isto, Zaffaroni vem para defender apenas o uso tático e pragmático do poder punitivo, com alcance limitado sem que isto inviabilize a estratégia maior feminista, quando não aceita uma legitimação geral e o apelo ao valor simbólico.⁴⁴ Desta forma, traz o equilíbrio tão discutido entre o uso do Direito Penal e o seu total abandono.

Em vista do apresentado, entende-se que para fazer uso do poder punitivo, o movimento feminista não precisa se atrelar a movimentos reacionários, como os de “lei e ordem”, ou fazer uso de maneira imoral do valor simbólico. Deve ser uma tática temporária e com comprometimento a objetivos estratégicos, sempre lembrando que a maneira como o Direito Penal se apresenta atualmente não deve ser legitimado.⁴⁵

43 Ibidem, p.220

44 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “El discurso feminista y El poder punitivo”. In BIRGIN, Haydée (org.). Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. p. 30.

45 Ibidem,p. 38.

2. O FEMINICÍDIO COMO UMA PAUTA DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS.

No capítulo anterior foi possível perceber como a mulher foi menosprezada nos debates de estudos criminológicos. Embora a criminologia crítica tenha vindo para deslegitimar um sistema penal opressor, a mulher não foi abordada como objeto e também como sujeito de estudo.

Visto isto, percebeu-se a dificuldade de inserção da mulher nos estudos criminológicos e como parte da sociedade. Ela era vista segundo uma ordem patriarcal, em que a mulher apenas se submetia à autoridade dos maridos, fato que pode estimular comportamentos masculinos violentos, quando a mulher não seguia um padrão “ideal” de submissão pré-estabelecido.

Neste caso, seria possível utilizar o Direito Penal como aliado aos direitos das mulheres? Anteriormente analisamos que apesar do Direito Penal ser produto de uma sociedade patriarcal, ele não pode ser totalmente abandonado, e que o seu uso tático e pragmático é válido. Então, o nosso objetivo atual é investigar o uso válido do Direito como forma de nomeação para apreensão, e o seu caminho até a chegada da nossa legislação atual. Sabemos que até a criação da nova qualificadora do Femicídio houve um árduo caminho a ser percorrido.

A qualificadora do feminicídio está prevista na legislação desde 2015 com a entrada em vigor da Lei nº 13.104/2015, que alterou o art. 121 do Código Penal para estabelecer o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Assim, a inclusão da nova qualificadora prevê o homicídio de uma mulher cometido por razões da condição de sexo feminino, isto é, quando o crime envolve: “violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

A trajetória histórica da legislação penal brasileira sobre o tratamento dado aos homicídios de mulheres nem sempre foi assim. Ao longo dos anos a mulher sofreu com a prática da reprodução de violência de gênero que se encontra presente além dos aspectos da legislação, em argumentos jurídicos e decisões judiciais que utilizam de estereótipos, preconceitos e discriminações contra as mulheres que sofrem violência, desqualificando-as e convertendo-as em verdadeiras réis dos crimes dos quais são vítimas. Se antigamente era admitido a tese “pela defesa da

honra”, hoje com a inclusão da qualificadora, fica patente que a sociedade já não mais aceita que o homem exerça o controle sobre a vida da mulher.⁴⁶

2.1 O crime passional e a legítima defesa da honra.

Certos homicídios são chamados popularmente de “passionais”. O termo deriva de “paixão”; portanto, crime cometido por paixão. Em linguagem jurídica, convencionou-se chamar de “passional” os crimes cometidos em razão de relacionamento sexual ou amoroso.⁴⁷ Em uma primeira análise, superficial e equivocada, poderia parecer que a paixão tornaria nobre a conduta do autor do delito, que teria matado por não suportar a perda de seu objeto de desejo ou em defesa da sua honra. No entanto, a paixão que move a conduta criminosa não resulta do amor, mas sim do ódio, da possessividade, do ciúme ignóbil, da busca da vingança, do sentimento de frustração, aliado à prepotência, da mistura de desejo sexual frustrado com rancor.⁴⁸

No tempo do Brasil colônia, a lei portuguesa admitia que um homem matasse a mulher e o seu amante se surpreendidos em adultério. Em contrapartida para a mulher isso não era admitido. Felizmente, o primeiro Código Criminal, promulgado em 1830⁴⁹, eliminou essa regra.⁵⁰

O Código posterior, de 1890⁵¹, não considerava homicídio aquele praticado sob um estado de total perturbação dos sentidos e da inteligência. Entendia que determinados estados emocionais, como aqueles gerados pela descoberta do adultério da mulher, seriam tão intensos que o marido poderia haver uma insanidade momentânea. Nesse caso, não teria responsabilidade sobre seus atos e não sofreria condenação criminal.⁵²

46 ONU MULHERES, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E MINISTÉRIO DAS MULHERES, DA IGUALDADE RACIAL E DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio_FINAL.pdf >.

47 ELUF, Luiza Nagib. A Paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgüeiro a Mizaél Bispo de Souza. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 113.

48 Ibidem, p. 159.

49 BRASIL. Código Penal. Lei 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm

50 ELUF, op. cit. 220.

51 BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm

52 Ibidem, p p. 220.

O Código Penal promulgado em 1940⁵³, ainda em vigor, eliminou a excludente de ilicitude referente à “perturbação dos sentidos e da inteligência”, ou seja movido pela emoção ou paixão. Assim, num evidente avanço, em seu art. 28, inciso I, estabeleceu que o criminoso que, movido pela emoção ou paixão, praticar crime, não terá sua imputabilidade penal excluída. Ao mesmo tempo em que torna imputável o criminoso que mata mediante “emoção”, uma nova categoria de delito, o homicídio privilegiado (CP, art. 121, d 1º) vem trazer para a legislação uma pena especialmente diminuída, quando se tratar de crime cometido sob a influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima (CP, art. 65, III, c, última parte).

Nesse sentido, o avanço ocorrido na legislação não era a solução desejada pela defesa, tendo em vista que a condenação não se comparava com a liberdade. Embora tendo penalidade reduzida a defesa pleiteava mais. Com isso, os advogados inovavam e criavam até soluções não técnicas sob a ótica jurídica, foi o caso da tese da legítima defesa da honra. Isto foi um meio de legitimar o ato praticado pelo marido ou companheiro, e o Júri, sem muito esforço da defesa, era convencido. O discurso havia mudado, mas o método ainda era o mesmo.⁵⁴

Com isso, percebe-se que o ordenamento jurídico penal vigente, com mais de setenta anos, elaborado por uma e para uma sociedade patriarcal, permitia preceitos e interpretações discriminatórias. Era possível encontrar teorias, argumentos jurídicos e sentenças judiciais que, por exemplo, construía a figura da legítima defesa da honra ou da violenta emoção para justificar de alguma maneira o crime, culpabilizar a vítima e garantir a total impunidade ou a diminuição de pena em casos de agressões e mortes de mulheres, em geral praticados por seus maridos ou companheiros.⁵⁵

Percebemos que tudo isso era resultado de uma sociedade que via e tratava a mulher como posse do homem, tendo basicamente a função de procriação, de manutenção do lar e de educação dos filhos. Em 1969, Magalhães Noronha afirma:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo

53 BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm

54 ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais – da ascensão ao desprestígio. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Direito Penal. UFPE – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2003.

55 Pimentel, Sílvia; Pandijarjian, Valéria e Belloque, Juliana. Legítima Defesa da Honra. Ilegítima impunidade de assassinos.

Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina. In: Corrêa, Mariza e Souza, Érica Renata de. Vida em Família: uma perspectiva comparativa sobre "crimes de honra". Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2006, p.65-134.

teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido.⁵⁶

Essas disposições discriminatórias sustentaram por décadas o entendimento jurisprudencial de que o constrangimento da prática de atos sexuais dentro do casamento não se configura como crime. Apenas em 2005, pela Lei nº 11.106, foi revogado o inciso VII do artigo 107 do Código Penal que possibilitava a extinção de punibilidade do marido que subjuga sua mulher, compelindo-a pela violência à prática de atos sexuais. Percebe-se que até o início desse século era considerado legítimo o crime de estupro, respaldado pelo regime de direitos e deveres do casamento.

Como podemos esperar que a mulher fosse tratada como sujeito de direitos se o próprio ordenamento jurídico e a jurisprudência também seguiam perpetuando a cultura de impunidade para os homicida de mulheres, além de permitir que o marido tenha direito sobre a posse sexual da mulher? Ao se analisar o ordenamento jurídico e a doutrina, percebemos que o sentimento patriarcal e machista ainda era algo bem presente na sociedade. Então, apesar do atual Código ter eliminado a exclusão de ilicitude referente à paixão e à emoção, o Júri popular continuava a aceitar outras teses para absolver o marido ou companheiro vingativo. A legítima defesa da honra foi usada numerosas vezes, com sucesso, para absolver o homicídio de mulheres.⁵⁷

Assim sendo, a figura da “legítima defesa da honra” consiste em uma tese jurídica que visa tornar impune a prática de maridos, irmãos, pais ou ex-companheiros e namorados que matam ou agredem suas esposas, irmãs, filhas, ex-mulheres e namoradas, justificadas” na defesa da honra da família ou da honra conjugal.⁵⁸

Desta forma, notamos que os chamados “crimes de honra” em geral são casos de agressões e homicídios contra mulheres, sob a alegação de prática de

56 Noronha, E. Magalhães. Direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. v. 2 -Dos crimes contra a pessoa.

Dos crimes contra o patrimônio. p. 27.

57 ELUF, Luiza Nagib. A Paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Mizael Bispo de Souza. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 159.

58 Pimentel, Silvia; Pandijjarjian, Valéria e Belloque, Juliana. Legítima Defesa da Honra. Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina. In: Corrêa, Mariza e Souza, Érica Renata de. Vida em Família: uma perspectiva comparativa sobre "crimes de honra". Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2006, p.65-134 .

adultério e/ou do desejo de separação por parte da mulher. Assim, é possível perceber onde discriminação e a violência contra as mulheres ganha máxima expressão. Esta situação passou a ser comum, de maneira que nos tribunais passaram a alegar “em defesa da honra conjugal e/ou do acusado”, tentando justificar o crime sob alegações machistas, de modo a garantir a impunidade ou a diminuição da pena.

No momento em que o júri absolvía um criminoso “passional”, estava a representar o sentimento da época, bem como a vontade da sociedade. Por isso, sem muito esforço, o réu era absolvido, perdoando a reação furiosa do criminoso e acompanhando a tendência reinante na sociedade. Não era comum entre os jurados a tese da condenação. A absolvição era a regra; a condenação, exceção, sobretudo no início do século XIX. Os próprios jurados comungavam do mesmo pensamento.⁵⁹

Quando os operadores do Direito aceitavam a tese da legítima defesa da honra ou da violenta emoção, e de todo e qualquer recurso para desqualificar e culpabilizar a vítima pelo crime, havia um verdadeiro julgamento não do crime em si, mas do comportamento da mulher, com base em uma dupla moral sexual.⁶⁰

O julgamento se concentrava no estudo detalhado da vida pessoal da vítima, sendo feito de uma maneira perversa, no sentido de culpabilizar a própria vítima. Por outro lado, a defesa abordava que com a traição, a dignidade do homem foi abalada. Eram proclamadas todas as virtudes do homem. Em contrapartida, eram abordados todos os defeitos da mulher, enfatizando detalhes sórdidos.⁶¹

Já os fatos apresentados pela acusação, condizentes com a personalidade do homem, não surtiam efeito diante dos jurados em julgamento, como ocorria com a mulher e havia uma ideia de que a vítima “fez por merecer”. Neste contexto, era traduzido o entendimento da sociedade de que a mulher não era sujeito de direitos, apenas de deveres. Acabava que a conduta do homem era sempre “justificada”. Nesse sentido, apesar da mudança trazida pelo Código de 1940, caminho pelo qual se atinge a absolvição continuava a ser a velha defesa do criminoso passional, Mas

59 ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais – da ascensão ao desprestígio. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Direito Penal. UFPE – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2003

60 Pimentel, Silvia; Pandijjarjian, Valéria e Belloque, Juliana. Legítima Defesa da Honra. Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina. In: Corrêa, Mariza e Souza, Érica Renata de. Vida em Família: uma perspectiva comparativa sobre "crimes de honra". Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2006, p.65-134 .

61 Ibidem, p, p.65-134 .

agora consubstanciado em outros institutos jurídicos, fundada no comportamento “adúltero” da mulher.⁶²

2.2 A contribuição dos movimentos feministas

De acordo com Adriana Ramos, o feminismo surgiu como movimento social e político que defende a igualdade de direitos entre homens e mulheres, e trouxe o problema da violência contra a mulher para o debate público tendo como objetivo exigir por parte do Estado políticas públicas de enfrentamento à violência.⁶³

A história do feminismo teve fases e evoluções. De acordo com Amélia Valcárcel existiram “*las tres olas del feminismo*”:

a primeira fase aparece no século XVIII com a reivindicação da cidadania, seguida da segunda fase que surge em meados do século XIX tendo como objetivo central a reivindicação do direito ao voto e a educação, para em seguida aparecer a terceira fase que se inicia no século XX que seria a consolidação social e a busca pela paridade total.⁶⁴

No Brasil, a apropriação da ideologia do movimento feminista tomou forma para assumir um contexto público a partir da década de trinta, do século passado. Isso possibilitou uma melhor organização das mulheres com repercussão na sociedade na busca da igualdade de gêneros.⁶⁵

A reivindicação pelo direito ao voto Brasil inciou-se em 1910, com a fundação do Partido Republicano Feminino, no Rio de Janeiro, tendo como sua primeira presidenta a feminista baiana Leolinda Daltro em 1919. Depois houve a criação da Liga pela Emancipação intelectual da Mulher, por Bertha Lutz, a qual foi transformada em 1922 na Federação Brasileira pelo Progresso Feminino. Diferente de outros lugares, o direito ao voto apenas foi contemplado pela Constituição Brasileira de 1934.

Com o passar dos anos, o movimento feminista deixou de se preocupar tanto apenas com o direito ao voto, e passou a questionar novas situações do universo feminino. Com o novo posicionamento do movimento, a questão da violência contra a mulher se tornou uma pauta muito importante e, a partir de então, na década de

62 ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais – da ascensão ao desprestígio. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Direito Penal. UFPE – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2003.

63 MELLO, Adriana Ramos. Femicídio: Uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil. Pág. 4.

64 2008 Apud MELLO. Adriana Ramos.pág.4.

65 ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais – da ascensão ao desprestígio. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Direito Penal. UFPE – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2003, P.57.

70, do século passado, este assunto foi tratado com mais importância, na medida em que cada vez mais as denúncias se intensificavam.⁶⁶

O debate sobre a violência contra as mulheres se iniciou no anos 80, constituindo uma das principais áreas de atuação dos movimentos feministas no Brasil. Esses debates são resultado de mudanças sociais e políticas no país, que seguiram o caminho do movimento de mulheres no processo de redemocratização. Nessa época, um dos principais objetivos do movimento foi dar visibilidade à violência contra as mulheres e combatê-la mediante intervenções sociais, psicológicas e jurídicas.⁶⁷

Ademais, a partir da década de 80, houve um grande debate em torno dos diversos significados e conceituação da violência contra mulheres. A expressão Femicídio passou a ser utilizada para referir-se aos homicídios praticados por parceiros íntimos, contrapondo-se à definição jurídica e doutrinária de ‘crimes passionais’. De acordo com Carmen Hein, *“a incorporação da perspectiva de gênero contribui para mudar o discurso sobre as violências.”*⁶⁸

O machismo com que eram orientadas as leis e a forma dos procedimentos adotados na polícia passaram a ocupar posições centrais na luta dos movimentos feministas. Dentre as políticas públicas alcançadas pelo movimento no Brasil, encontram-se as Delegacias de Atendimento à Mulher, principal porta de entrada das mulheres na rede de serviço de combate à violência, e a Lei n. 11.340, de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.⁶⁹ Por este ângulo, foram uma resposta do Estado aos movimentos e são até hoje a principal política pública de combate à violência contra a mulher no Brasil.

Desde 1988, a Constituição brasileira já trazia o princípio da igualdade entre homens e mulheres, em todos os campos da vida social. Veja em seu § 8o no art. 226, in verbis:

66 MELLO, Adriana Ramos. Femicídio: Uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil. Pág. 4.

67 SANTOS, Cecília MacDowell; e IZUMINO, Wânia. “Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero”.

68 CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Porto Alegre: Tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013, p.146.

69 MELLO, Adriana Ramos. Femicídio: Uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil. Pág. 4.

§ 8o - 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.⁷⁰

Nesse sentido, o princípio constitucional reconhece a violência no âmbito das relações de família. A inclusão desse artigo na Constituição de 1988 autorizou, dentre outros fatores, anos mais tarde, a aprovação da Lei Maria da Penha, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.⁷¹

Uns dos argumentos mais importantes do movimento feminista era fazer com que as velhas práticas de violência doméstica saíssem do silêncio.⁷² O homicídio de mulheres, por exemplo não é algo novo nem diferente, sempre existiu e talvez seja essa a questão a ser debatida.⁷³ Os movimentos feministas tiveram um papel fundamental em trazer a questão da violência sofrida contra mulher durante anos do âmbito privado para o público.

2.3 “Quem ama não mata”

O combate contra a morte de mulheres em nome da “honra masculina” também foi um importante objeto de debate e luta entre as feministas. O crime divisor de águas aconteceu em 30 de dezembro de 1976, quando depois de uma violenta discussão, Ângela Diniz, *socialite* mineira, foi morta com três tiros no rosto e um na nuca por seu companheiro, com quem morava há quatro meses, o paulista Raul Fernandes do Amaral Street, conhecido por Doca Street.⁷⁴ Ao dar sua versão do delito, Doca, ao tentar justificar seu ato, alegou estar enciumado de Ângela em virtude de uma mulher que ela tentara seduzir, a alemã Gabrielle Dayer. Alguns meses após a morte de Ângela, Gabrielle foi também dada como morta, em Cabo Frio.⁷⁵

No Brasil, ainda sob a ditadura do presidente Ernesto Geisel, inserida em uma sociedade machista e patriarcal, a defesa do réu alegou que qualquer homem perderia a cabeça numa situação semelhante. Os advogados de Doca Street reviraram a vida da vítima pelo avesso, com o intuito de encontrar justificativas para

70 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

71 MELLO, op. cit. Pág. 9.

72 *ibidem* Pág. 8.

73 *ibidem*. Pág. 2.

74 ELUF, Luiza Nagib. A Paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Mizael Bispo de Souza. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 98.

75 *ibidem*, p. 100.

a conduta do réu. A defesa explorou ao máximo o "defeito" de Ângela, a sua liberdade.⁷⁶

Doca Street foi defendido pelo seu advogado Evandro Lins e Silva, que havia sido Procurador-Geral da República, chefe da Casa Civil do presidente Jango Goulart e Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu primeiro julgamento e acabou sendo condenado a dois anos de reclusão, sendo aplicado o *sursis* (suspensão condicional da pena), o que significaria que Doca Street nem precisaria recolher-se à prisão. Era praticamente a absolvição, perto do crime que havia acabado de cometer. A defesa utilizou a tese da legítima defesa da honra, com excesso culposo, e conseguiu apenas dois anos de pena. O réu, ao ser interrogado em plenário, afirmou que havia "matado por amor".⁷⁷

Com essa decisão da justiça, os movimentos feministas começaram a mobilizar a sociedade reivindicando pelo fim da violência contra a mulher, com o *slogan* "quem ama não mata", referindo-se à declaração de Doca Street de que teria supostamente "matado por amor". Muitos grupos feministas surgiram nessa época e praticamente todos adotaram essa palavra de ordem para protestar contra os homicídios de mulheres, e fazer campanhas contra a violência.⁷⁸

Desta forma, a acusação não aceitou o resultado do primeiro julgamento e Doca Street foi condenado a 15 anos de prisão em um novo júri que foi formado em Cabo Frio em 1981. Houve grande repercussão dos movimentos feministas, nos dias que antecederam o julgamento, vigílias ocorreram nas portas dos tribunais e caminhadas nas ruas. As feministas realmente fizeram pressão para que a acusação não aceitasse que mais um crime contra mulheres passasse impune.⁷⁹

A condenação de Doca foi um verdadeiro marco na história da luta das mulheres⁸⁰ um divisor de águas. Pela primeira vez ocorreram manifestações feministas contra a impunidade, em casos de homicídio de mulheres por homens. A tese da legítima defesa da honra, utilizada pela doutrina e jurisprudência dos tribunais, que apenas servia para discriminar a mulher, passou a ser questionada

76 Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-moreno/post/morte-da-pantera.html>

77 ELUF, Luiza Nagib. A Paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgüeiro a Mizaél Bispo de Souza. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 102.

78 BRAZÃO, Analba. e OLIVEIRA, Gaucira Cesar de. (orgs.). Violência contra as mulheres – Uma história contada em décadas de lutas. Brasília: CFEMEA: MDG3 Fund. 2010. (Coleção 20 anos de cidadania e feminismo. 6).p.21.

79 *ibidem* p.21.

80 ELUF, op. cit, p. 106.

por toda a sociedade. O julgamento que antes era favorável para Doca passou a ser bastante desfavorável, e muito disso se deveu aos movimentos feministas.⁸¹

2.4 A chegada da Lei Maria da Penha

A partir do século XX, o processo de conquista de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais ganhou maior relevância, quando a ação organizada de movimentos sociais diversos contribuiu para a ampliação da cidadania e novos sujeitos foram incorporados, em particular as mulheres, tendo como reconhecidos os seus direitos.⁸²

As organizações feministas brasileiras perceberam que a luta por cidadania consistia na superação de hierarquias temáticas na medida em que os direitos humanos são indivisíveis. Nesse sentido, a agenda feminista mostrou-se ampla, abrangendo as questões do trabalho, da renda, da participação política e social, da saúde, da sexualidade e do aborto, da discriminação étnico-racial, do acesso à terra, do direito a uma vida sem violência, dentre outras questões.⁸³

A luta por igualdade, incluindo a igualdade nas relações familiares, teve destaque importante nessa agenda, na medida em que significava o rompimento com a lógica patriarcal da subordinação feminina. Os movimentos feministas passaram a lutar por uma legislação que garantisse seus direitos. Apesar da Constituição de 1988 já assegurar a igualdade em termo de direitos entre homens e mulheres, faz-se necessário não só a titularidade dos direitos, mas, também, poder usufruir desses direitos.⁸⁴

No processo de conquista por direitos, as organizações e os movimentos de mulheres constituíram um campo de luta contra o preconceito. Esse processo de luta voltado para a eliminação de todas as formas de discriminação, incluindo a dominação masculina, apresenta ao longo das últimas três décadas, um conjunto de importantes avanços legislativos e de políticas públicas que não pode ser subestimado.⁸⁵

81 *ibidem* p. 80.

82 Barsted, L. L. (2011). Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: 13-38.

83 *ibidem*, p 13-38.

84 *ibidem*, p 13-38.

85 *ibidem*, p 13-38.

A luta pelo direito a uma vida sem violência, que possibilitou a aprovação da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como 'Lei Maria da Penha', foi uma conquista para as mulheres. Com a sua chegada, foram criados mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar e garantir a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial. A constituição de uma legislação específica para violência doméstica é um caso exemplar de exercício de uma cidadania ativa, expressa no discurso e na atuação das feministas no espaço público.

A necessidade de um ambiente diferenciado e de maior preparo técnico dos servidores para lidar com questões como esses tipos de crimes levou à criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Houve também a necessidade de produção de medidas protetivas de urgência, que têm caráter de prevenção, assistência e contenção da agressão, e possui como objetivo o rompimento do ciclo de violência.

Nesse sentido, a longa interlocução dos movimentos feministas com os Poderes Legislativo e Executivo aponta para a necessidade de investimentos contínuos nesse tipo de debate, com o Poder Judiciário e as demais instituições da justiça. É importante considerar, dessa forma, a atuação do feminismo brasileiro, como ator político no cenário nacional e sua capacidade de impulsionar políticas públicas, voltadas para a efetivação da cidadania das mulheres, especialmente, no que se refere ao enfrentamento da violência.⁸⁶

Nesse mesmo sentido, percebe-se que, com a atuação dos movimentos feministas, o poder de fala foi apresentado às mulheres, e com isso o surgimento de debates sobre legislações específicas de combate à violência. Assim sendo, Carmen Hein afirma:

Ao construir uma legislação específica para nortear o tratamento legal da violência doméstica, o feminismo disputa um lugar de fala até então não reconhecido pelos juristas tradicionais. É que a afirmação dos direitos das mulheres através de uma legislação específica, ameaça a ordem de gênero no direito penal afirmada por esses juristas. Dito de outra forma, os pressupostos teóricos sob os quais têm se sustentado a formulação sexista sobre o que deve ou não ser considerado um tema de relevância jurídica.⁸⁷

86 *ibidem*, p 13-38.

87 DE CAMPOS, Carmen Hein. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. 2011.

Assim, a legislação, que possuía um espaço de debate exclusivamente masculino, com a chegada da Lei Maria da Penha passou a incluir pautas femininas. Desse modo, a discussão sobre a questão de violência contra a mulher, que antes não era abordada, passou a ser analisada e trouxe para o debate público inúmeros tipos de violência sofrido pelas mulheres. A Lei 11.340/06 foi um grande avanço e pela primeira vez foi dado espaço de falas às mulheres.

Neste contexto, vale lembrar que apesar de reconhecermos a grande importância e influência da Lei, que ainda é o principal mecanismo jurídico de coibição à violência doméstica e familiar, ela não alongou a sua previsão para a matança de mulheres. Isto é, a legislação apenas prevê situações de violência não letal ocorridas em ambientes domésticos, carecendo de previsão para os casos de mortes ocorridos no mesmo ambiente.

2.5 A necessidade da inclusão do feminicídio na Lei Penal

A violência contra as mulheres é uma manifestação de diversas desigualdades historicamente construídas, que vigoram, com pequenas variações, nos campos social, político, cultural e econômico na maioria das sociedades e culturas. Percebemos ao longo desse trabalho que isso vem ocorrendo devido à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal. Por isso, é possível dizer que é necessário desnaturalizar os papéis na sociedade para construir uma cultura de respeito aos direitos humanos das mulheres.⁸⁸ A normalização da violência contra a mulher é tão excessiva que já faz parte do nosso cotidiano, de uma realidade quase inalterável, onde as próprias mulheres atuam com base em um padrão de submissão imposto pela cultura patriarcal.

Muitos dos crimes contra as mulheres são investigados e julgados sem qualquer perspectiva de gênero. Não se leva em consideração as desigualdades entre homens e mulheres, a subordinação, a submissão da mulher nas relações. Muitas mulheres sequer acreditam que aquele homem com quem conviveram possa matá-las.⁸⁹

Nesse sentido, como já foi relatado anteriormente, a legislação brasileira no decorrer dos anos permitiu disposições discriminatórias e colaborou para a

88 Sobre as violências contra as mulheres. Disponível em : <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/sobre-as-violencias-contra-a-mulher/>

89 ONU MULHERES, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E MINISTÉRIO DAS MULHERES, DA IGUALDADE RACIAL E DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em:< http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf>. Acesso em 19 mar 2017.

perpetuação de decisões judiciais discriminatórias que vão contra os direitos humanos e ignoram os princípios constitucionais de 1988.⁹⁰ Por exemplo, durante décadas, o homem que matasse uma mulher, esposa, namorada, amante, ex-esposa, ex-namorada ou ex-amante, tinha uma saída fácil para livrar-se da punição com as justificativas de “legítima defesa da honra” e “foi crime passionai”.

Ao longo do tempo, permitimos que os homicídios de mulheres fossem tratados apenas como mais um crime no marco da violência social. Este tipo de homicídio foi historicamente banalizado, ao possibilitar percepções tais como “foi crime passionai”, como normalmente divulgam os meios de comunicação. É preciso erradicar o termo “passionai” por ser um conceito misógino, constituído para ignorar todo o sistema de dominação patriarcal que, portanto, busca seguir mantendo um histórico social de mulheres subordinadas.⁹¹ Ao aceitar esse tipo de argumento, estaríamos voltando ao tempo em que o homem poderia se eximir da responsabilidade ao cometer um delito contra a mulher.

A legislação continuou sendo ineficaz, mesmo com a reforma democrática que se deu na Constituição de 1988, que consagrou a igualdade entre homens e mulheres e com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Esta foi aprovada em 9 de junho de 1994 em seus artigos 1º e 6º, letra “a”, onde assumiu como compromisso jurídico internacional e nacional a proteção das mulheres, considerando que o direito de toda mulher de viver livre de violência abrange, entre outros, o direito a ser livre de todas as formas de discriminação.⁹² Apesar da mudança significativa da legislação em benefício a proteção das mulheres, como foi o caso da inclusão da Lei Maria da Penha, os homicídios em razão de gênero, cometidos por seus maridos ou companheiros continuaram aumentando.⁹³

Para confrontar esta situação, o crime de feminicídio foi atualmente incluído na legislação com entrada em vigor da Lei nº 13.104/2015, que alterou o art. 121 do

90 Pimentel, Silvia; Pandijarjian, Valéria e Belloque, Juliana. Legítima Defesa da Honra. Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina. In: Corrêa, Mariza e Souza, Érica Renata de. Vida em Família: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”. Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2006, pp.65-134.

91 MELLO, Adriana Ramos. Femicídio: Uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil. Pág. 25.

92 Pimentel, Silvia; Pandijarjian, Valéria e Belloque, Juliana. Legítima Defesa da Honra. Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina. In: Corrêa, Mariza e Souza, Érica Renata de. Vida em Família: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”. Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2006, pp.65-134 [Coleção Encontros]

93 GARCIA, Leila Posenato et al. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013.

Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), em que o feminicídio passou a ser uma circunstância qualificadora do crime de homicídio. Assim, neste sentido, trata-se do homicídio de uma mulher cometido por razões da condição de sexo feminino, isto é, quando o crime envolve “violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

A Lei que estabelece a inclusão da qualificadora do Feminicídio foi criada a partir de uma recomendação da CPMI que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros, de março de 2012 a julho de 2013. Nesse sentido, de acordo com relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a Violência contra a Mulher (CPMI) do Congresso Nacional:

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante.⁹⁴

O termo femicídio, utilizado pelos movimentos feministas da América Latina, contribui para que o caráter social seja ressaltado juntamente com a violência, baseada na iniquidade de gênero. Devem-se afastar enfoques individualizantes que tendem a culpar as vítimas, tratando o assunto apenas como um problema passional ou privado. Neste contexto, é ocultada a verdadeira dimensão do problema da violência, bem como as experiências das mulheres e a responsabilidade dos homens.⁹⁵

Nesta lógica, a importância da inclusão no Código Penal brasileiro da qualificadora do feminicídio, explicitamente classificado e tipificado é necessário para pôr fim ao silêncio social e à desatenção que cerca desse tipo de crime. É preciso trazer o crime de feminicídio à luz, para que se possa erradicá-lo. A preocupação principal deve ser distingui-lo das demais tipificações dos crimes passionais, entendidos como menos graves e legitimados pelo sistema jurídico com penas mais brandas.⁹⁶. Tratar o crime de Feminicídio como um delito passional é retroceder, já ultrapassamos esse entendimento.

94 BRASIL, Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório Final. Brasília, julho de 2013.

95 2002 Apud Gebrim, Luciana Maibashi, pág.62.

96 MELLO, Adriana Ramos. Femicídio: Uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil. Pág. 9.

A maior aposta da qualificadora é promover a visibilidade do feminicídio, para seja possível conhecer a verdadeira magnitude desta conduta ilícita, mas é preciso ir além do valor simbólico. É necessário abrir os espaços privados, e mostrar que os feminicídios não são só por parte de seus companheiros ou ex-companheiros, mas também há homicídios de mulheres em outros contextos, como as que exercem prostituição, ou são mortas depois de terem sido estupradas, ou vítimas de outras condutas de violência sexual.⁹⁷ Ou seja, mulher está sujeita a violência em diversos momentos da sua vida e em diversos contextos sociais, e devemos entender que a sua vulnerabilidade ultrapassa o espaço doméstico.

O crime de feminicídio enfatiza a desigualdade que é caracterizada nas relações entre homens e mulheres na sociedade. O machismo, que é o principal responsável por essas mortes, atravessa o país de Norte a Sul. Assim, a morte da mulher é resultado dessa degradação da figura da feminina. Dessa forma, a nova lei vai muito além de coibir a impunidade que existia com os “ crimes passionais”, ela vem para dar visibilidade à discriminação, à opressão, à desigualdade e à violência contra a mulher, que culmina diretamente na sua morte.⁹⁸ É preciso nomear o crime para acabar com banalidade do crime.

Não basta apenas uma mera tipificação penal do feminicídio, considerando que o ordenamento jurídico subsiste o controle patriarcal que é exercido contra a mulher. Nesse contexto, a autora Adriana Ramos em seu texto *Femicídio: uma análise sócio-jurídico do fenômeno no Brasil*, afirma ser preciso haver mudanças estruturais na sociedade que permitam uma reforma geral de toda a legislação e das políticas públicas que expressam ou tacitamente contenham preceitos discriminatórios que violem a dignidade humana.⁹⁹

A visibilidade do feminicídio é importante pelo seu valor simbólico, a sociedade precisa conhecer a real magnitude da matança de mulheres que existe no Brasil. De fato, a presença de uma lei não vai solucionar todos os problemas de atos violentos, se não acompanhada de políticas preventivas. Também é necessário um Poder Judiciário mais preparado para esse tipo de crime, principalmente com mais sensibilidade em questões de gênero.

97 *ibidem*, Pág. 24.

98 ONU MULHERES, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E MINISTÉRIO DAS MULHERES, DA IGUALDADE RACIAL E DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf>.

99 MELLO, Adriana Ramos. *Femicídio: Uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil*. Pág. 9.

Conclui-se que é necessário que o Código Penal trate e tipifique feminicídio para pôr fim ao silêncio da violência sofrida pelas mulheres na sociedade ao longo dos anos. O feminicídio deve ser conhecido e debatido para poder erradicá-lo. A criação da qualificadora é importante na medida em que distingue das possibilidades das figuras privilegiadas, que é fruto do delito de origem passional, entendidos como menos graves e legitimados pelo sistema jurídico com penas mais brandas.

Ademais, a CPMI que analisou a violência contra as mulheres no Brasil afirmou que as políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres devem ser efetivamente assumidas pelos poderes públicos. O Estado tem obrigação de criar políticas de enfrentamento à violência, isso requer a criação de mecanismos políticos de empoderamento das mulheres autônomos e bem estruturados. Requer, ainda, tanto orçamento específico para o desenvolvimento de políticas públicas integradas e multissetoriais quanto o fortalecimento da Lei Maria da Penha, com a criação de Juizados, Promotorias e Defensorias Especializadas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, além do julgamento célere dos agressores e homicidas, do enfrentamento das elevadas taxas de feminicídios e da superação de preconceitos e estereótipos profundamente arraigados.¹⁰⁰

A qualificadora é um avanço na legislação. Primeiro entrou em vigor a Lei Maria da Penha, que trata da violência no âmbito doméstico, e em 2015 foi possível a inclusão da qualificadora do feminicídio. De uma vez por todas a sociedade vem reconhecendo o que as mulheres sofreram por anos e anos. A Lei nº 13.104 traz como objetivo o debate do delito contra mulheres, na medida em que encara esse crime na Lei Penal.

100 BRASIL, Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório Final. Brasília, julho de 2013.

3 DISCUSSÃO SOBRE O CONTEÚDO E O DESDOBRAMENTO DA NOVA LEI Nº 13.104 COM A POSSIBILIDADE DO USO DO PRIVILÉGIO.

Discorreremos nos capítulos anteriores sobre importância do discurso feminista e de gênero dentro do direito, assim como, sobre o longo caminho percorrido para que fosse possível a criação de leis de proteção as mulheres. Neste sentido, foi possível perceber a evolução destes temas no mundo e no Brasil. Se no passado era comum alegar “legítima defesa da honra”, hoje esse tipo de defesa não prospera mais.

Ademais, percebemos que a violência contra a mulher é uma manifestação de diversas desigualdades historicamente construídas ao longo do tempo. Constitucionalmente, entende-se, desde a chegada da Constituição de 1988, a previsão de que todos são iguais perante a lei. Entretanto, foi possível perceber que apenas uma afirmação normativa não fazia com que as mulheres realmente se igualassem aos homens, tendo em vista que elas continuavam a sofrer dentro de seus lares (principalmente) inúmeras formas de violência física e psicológica.¹⁰¹

Com isso, apesar das mudanças na legislação, mesmo com o advento da Lei Maria da Penha, vimos a necessidade da inclusão de uma nova qualificadora na lei Penal para que o homicídio de mulheres não passasse de mais um crime de “ciúmes” banal.

Ao se permitir que o homicídio da mulher continue sendo reconhecido como um crime passional, são amenizadas as reais motivações do agressor, o que faz com que esses tipos de crimes sejam vistos como menos graves. Precisa-se entender que não há nada de passional em matar uma mulher, por ser mulher.

A tipificação penal do feminicídio permitirá dimensionar o crime no Brasil. Assim, será possível entender em quais circunstâncias o delito mais acontece e levantar informações quantitativas e qualitativas para aprimorar as estratégias da Segurança Pública e as políticas públicas de atendimento às mulheres e de responsabilização dos homens agressores.

Neste sentido, a Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015, incluiu no

101 NUCCI, Guilherme Souza. Curso de Direito Penal - Vol. 2 - Parte Especial. Forense, 11/2016. pg.54.

ordenamento jurídico brasileiro o feminicídio como uma nova qualificadora do homicídio doloso (CP, art. 121, § 2º, inciso VI), nos seguintes termos:

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino

§ 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.

.....

Aumento de pena

.....

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.”¹⁰²

Será necessário então, entender como vêm funcionando os novos julgados em relação a esses homicídios, e se essa nova qualificadora está sendo realmente conseguindo demonstrar a realidade de um crime que foi tratado de maneira tão banal durante tantos anos. Os julgamentos dos feminicídios devem ser feitos de maneira a respeitar a vítima, não culpabilizá-la como ocorria no passado. Assim, tendo como objetivo não mais de culpabilizar a vítima, partiremos a analisar com profundidade a qualificadora, a fim de não mais permitir defesas como as de antigamente prosperem. A nova qualificadora deve vir para acabar com os chamados “crimes passionais”, e dar a real importância a esse tipo de violência.

Neste sentido, ao se fazer um estudo aprofundando do novo tipo penal, deve-se dar importância principalmente às consequências processuais que a natureza da qualificadora trouxe e discutir se essa inclusão está sendo eficaz.

Ademais, como a qualificadora foi incluída há pouco tempo, a doutrina e a

102 BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del2848compilado.htm>.

jurisprudência ainda não chegaram em uma única conclusão quando se discute a natureza do novo tipo penal. Assim, devemos ter em mente que a discussão da natureza jurídica é de grande importância, pois com ela poderemos discutir a possibilidade do uso da minorante do privilégio, por exemplo, que no capítulo anterior, foi explicado que era uma inovação para substituir a legítima defesa da honra.

Dessa forma, trazemos como objetivos do presente capítulo, a análise da natureza jurídica da nova qualificadora e suas consequências na quesitação pelo Tribunal do Júri, como, por exemplo, se é possível coexistir a qualificadora com circunstâncias minorantes, tal como, a possibilidade de um “feminicídio privilegiado”?

3.1 A natureza das qualificadoras no direito penal e a sua coexistência com o privilégio.

Desde que a Lei que inclui a qualificadora do feminicídio entrou em vigor, surgiu a seguinte questão a ser discutida: a qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? Diante de tal questionamento, neste capítulo vamos analisar a natureza da qualificadora. Assim, para entender como funciona a possibilidade de coexistência entre a qualificadora discutida e o privilégio, faz-se necessário entender quais são os casos em que serão possíveis o direito ao privilégio previsto no art. 121, § 1º, e a natureza das qualificadoras no Direito Penal no crime de homicídio, quais sejam: objetiva e subjetiva; e da possibilidade do concurso dessas qualificadoras com as causas de privilégio.

Após esta análise, passaremos a discutir se a qualificadora do feminicídio, ao coexistir com a privilegiadora, em conjunto com estudos da criminologia feminista e sobretudo relembrando o caminho percorrido até a criação de leis de proteção às mulheres debatidos nos primeiros capítulos seria uma forma de retroceder? Permitir o uso da privilegiadora com a qualificadora não seria permitir a volta de defesas como “foi crime passional” ou o uso da “legítima defesa da honra”.

3.1.1 Homicídio privilegiado e concurso com as qualificadoras.

Desta forma, faz-se necessário entender quando poderá ser utilizado o privilégio. O § 1º do artigo 121 do Código Penal traz possibilidade do homicídio privilegiado. A natureza jurídica do homicídio privilegiado é de causa de diminuição

de pena, aliás, segundo os critérios de fixação da pena, é aplicado na terceira fase da aplicação da pena, previsto pelo art.68 do Código Penal.

No artigo são mencionadas duas situações distintas. Na primeira parte, será aplicado o privilégio quando o agente cometer o crime *impelido por motivo de relevante valor social ou moral*. Na segunda parte, aborda a situação de agir *sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima*.

De acordo com Rogério Greco, apesar da letra da lei mencionar que o juiz pode diminuir a pena, tratar-se na verdade de um dever por parte do magistrado e não uma faculdade. Reconhecida a causa e diminuição pelo Júri, importa ao julgador apenas o *quantum* da redução, não podendo fazer juízo sobre a possibilidade ou não de sua aplicação.¹⁰³

Da mesma forma, Nucci afirma que o reconhecimento de qualquer causa de diminuição da pena, pelo Conselho de Sentença, torna obrigatória para o juiz a redução da pena. Não seria lógico, de acordo com o princípio constitucional da soberania dos veredictos, haver desprezo por parte do magistrado togado, encarregado, unicamente, de aplicar a pena. Resta ao juiz presidente a graduação da diminuição de um sexto a um terço, quando for confirmado a presença do privilégio.¹⁰⁴

Assim sendo, um dos assuntos mais debatidos nos últimos anos é a possibilidade de um homicídio qualificado-privilegiado. Têm prevalecido na doutrina e na jurisprudência a admissão da forma privilegiada-qualificada, desde que exista compatibilidade lógica entre as circunstâncias. veja :

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO. TESE ACUSATÓRIA RELATIVA À COMPATIBILIDADE ENTRE O PRIVILÉGIO E A QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL. ARGUIDA NULIDADE NA QUESITAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal tem reiterado entendimento no sentido de que há compatibilidade entre as qualificadoras de ordem objetiva e as causas de diminuição de pena do § 1.º do art. 121 do Código Penal, que, por sua vez, têm natureza subjetiva.

2. O entendimento sufragado pelas instâncias ordinárias consideraram que o acolhimento, pelo Conselho de Sentença, da tese segundo a qual o Réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta

103 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, v. 2.

104 NUCCI, Guilherme Souza. Tribunal do Júri, 6ª edição. Forense, 03/2015. [Minha Biblioteca].

provocação da vítima, prejudicava a quesitação acerca da qualificadora do emprego de meio cruel, contraria a jurisprudência do STF e desta Corte.

3. Recurso provido.¹⁰⁵

Entretanto, interpretando os parágrafos 1º e 2º do artigo 121 do Código Penal, é possível entender que não será praticável a existência de homicídio qualificado-privilegiado. Se fosse a intenção o parágrafo deveria estar localizado posteriormente a abordagem das qualificadoras. Todavia, já foi demonstrado que majoritariamente, que por questões de política criminal, a doutrina e a jurisprudência se posicionam favoravelmente à aplicação das minorantes ao homicídio qualificado.¹⁰⁶

Assim sendo, esse debate é importante, visto que, reconhecido o privilégio com a qualificadora, o delito em tela não será considerado hediondo devido às suas características. Observou-se que não ocasiona apenas uma redução da pena, mas também, se reconhecida, retira o caráter da hediondez do delito, veja :

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, § 1º E § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CRIME NÃO ELENADO COMO HEDIONDO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE.

I - Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes).

II - Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) na fixação da pena-base, é apropriado o regime prisional semiaberto para o cumprimento da reprimenda, muito embora a pena aplicada ao paciente, se considerada somente seu quantum, permitisse a fixação do regime inicial aberto (Precedentes).

III - Ante a fixação do regime semiaberto como o inicial de cumprimento da pena, deverá o réu aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso (Precedentes). Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da reprimenda penal, bem como para que o paciente aguarde o julgamento do recurso de apelação em liberdade, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso.¹⁰⁷

Assim sendo, depois de verificada as possibilidades e as consequências do uso do privilégio, passaremos então a analisar a natureza das qualificadoras do homicídio, de maneira a entender quando a natureza é objetiva ou subjetiva. Sendo assim, poderemos tentar entender em qual natureza o feminicídio se encaixa, para se apreender a possibilidade da existência de um feminicídio privilegiado.

105 REsp 1060902/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012

106 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, v. 2.

107 HC 153.728/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 31/05/2010

3.1.2 Natureza subjetiva

O reconhecimento de uma qualificadora proporciona a alteração da faixa de fixação da pena, que passa de reclusão de seis a vinte anos para a de reclusão de doze a trinta anos. Desta forma, na elaboração do tipo penal do § 2.º do art. 121 do Código Penal, considerou-se a particular gravidade das circunstâncias descritas nos incisos. Neste sentido, o tipo básico (“matar alguém”), quando cometido por motivação específica ou de maneira particularizada, pode ser considerado qualificado, ou seja, mais grave. Considera-se crime hediondo qualquer hipótese de crime de homicídio qualificado.

A qualificadora de natureza subjetiva está relacionada à vontade do agente, ou seja, um sentimento interno. Os motivos fútil ou torpe são circunstâncias de cunho pessoal, que apenas dizem respeito ao réu. De acordo com Cezar Roberto Bittencourt, a motivação é algo individual.¹⁰⁸ Assim sendo, o artigo 121, § 2º do Código Penal, nos incisos I, II e V, aborda em quais situações estão presentes as qualificadoras de ordem subjetivas. São elas: mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; motivo fútil; ou para assegurar a execução, a ocultação a impunidade ou vantagem de outro crime.

No que se refere ao motivo torpe, a interpretação é possível ser feita de forma analógica, pois o legislador não tem como descrever todas as possibilidades de motivo torpe, levando-se em consideração que é o motivo repugnante, abjeto, vil, que causa repulsa excessiva à sociedade, sendo impossível trazer consigo todas as possibilidades que podem ser consideradas torpes.¹⁰⁹

O motivo fútil é o flagrantemente desproporcional ao resultado produzido, que deve ser verificado sempre no caso concreto. O homicídio feito por motivo fútil ocorre quando a razão pela qual o agente elimina outro ser humano é insignificante, sem qualquer respaldo social ou moral.¹¹⁰

A qualificadora que está prevista no inciso V se caracteriza pela evidência do ânimo especial de agir, um elemento subjetivo específico por exemplo, quer o agente, ao matar a vítima, assegurar a execução de outro crime.

108 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 2: parte especial. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

109 NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 304.

110 NUCCI, Guilherme Souza. Curso de Direito Penal - Vol. 2 - Parte Especial. Forense, 11/2016. [Minha Biblioteca].

Diversamente das qualificadoras objetivas, que podem se comunicar, as subjetivas são incompatíveis entre si, elege-se somente uma delas, pois são excludentes. Não é possível, por exemplo, de um agente agir por motivo torpe e fútil ao mesmo tempo. As objetivas podem ser imputadas concomitantemente, dependendo da situação concreta.¹¹¹

Sabe-se que o privilégio possui a natureza subjetiva. Desta maneira, a doutrina e a jurisprudência admitem a forma privilegiada-qualificada, desde que exista compatibilidade lógica entre as circunstâncias. Assim sendo, pode-se aceitar a existência concomitante de qualificadoras objetivas com as circunstâncias legais do privilégio, que são de ordem subjetiva. O que não é possível é a convivência das qualificadoras subjetivas com qualquer forma de privilégio, tal como seria o homicídio praticado, ao mesmo tempo, por motivo fútil e por relevante valor moral.¹¹²

Visto isto, Nucci afirma ser preciso uma análise individual de cada caso, para se verificar a compatibilidade das alternativas, pois é difícil concluir com apenas dados hipotéticos. Assim, imagine-se a utilização de recurso que dificultou ou impediu a defesa da vítima e o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação do ofendido, em tese, se houve violenta emoção, nem daria tempo para planejar uma repulsa dificultosa à vítima. Dessa forma, o autor defende uma análise individual, a fim de verificar a compatibilidade entre as circunstâncias legais.¹¹³

3.1.3 Natureza objetiva

As qualificadoras de natureza de caráter objetivo estão demonstradas nos incisos III e IV, e estão associadas ao delito em si, tais como o meio, o modo de execução do crime. O Código Penal, em seu art. 121, § 2º, III, enumerou meios utilizados na prática do crime de homicídio que podem qualificá-lo, utiliza-se uma expressão genérica para sintetizá-los como espécies: meio insidioso, meio cruel e meio de que possa resultar perigo comum.

Nas hipóteses do inciso IV do § 2º do art. 121, o que qualifica o homicídio é o modo insidioso com que o agente o executa, sendo utilizado recurso que dificulta ou torna impossível a defesa. Esses modos são conhecidos como a traição, a emboscada e a dissimulação, que servem apenas de paradigma dos diversos

111 NUCCI, Guilherme Souza. Tribunal do Júri, 6ª edição. Forense, 03/2015. [Minha Biblioteca].

112 NUCCI, Guilherme Souza. Curso de Direito Penal - Vol. 2 - Parte Especial. Forense, 11/2016. [Minha Biblioteca].

113 NUCCI, Guilherme Souza. Curso de Direito Penal - Vol. 2 - Parte Especial. Forense, 11/2016. [Minha Biblioteca].

modos de execução do crime de homicídio que dificultam ou tornam impossível a defesa da vítima.

Assim sendo, é viável que haja a possibilidade de convivência entre qualificadoras objetivas, dos incisos III e IV, do § 2.º, do art. 121 do CP com as subjetivas, presentes nos incisos I, II e V do mesmo dispositivo legal. Dessa forma, as qualificadoras objetivas podem ser imputadas concomitantemente, dependendo da situação concreta.¹¹⁴ Em outros termos, é perfeitamente viável que o agente mate a vítima por motivo torpe, com emprego de fogo e valendo-se de recurso que dificulte a defesa (art. 121, § 2.º, incisos I, III e IV, CP).

3.2 A natureza da nova qualificadora do feminicídio

Assim, após as análises sobre as naturezas das qualificadoras, e a demonstração sobre as possibilidades de coexistência entre elas e o privilégio, e as suas consequências, será possível discutirmos um assunto de grande polêmica atualmente: seria possível a existência de um feminicídio privilegiado? A partir desta indagação, passaremos a analisar a natureza da qualificadora do feminicídio que, como foi visto anteriormente é o principal objeto de estudo na hora de se discutir a possibilidade de coexistência entre a qualificadora e o privilégio.

Veja que esta discussão tem uma importância prática, pois a opção por se a qualificadora de natureza subjetiva ou objetiva trará importantes consequências processuais, que deverão ser debatidas neste capítulo. A doutrina e a jurisprudência ainda divergem sobre este assunto, por isso é importante se aprofundar este tema.

Desta maneira, passamos a analisar o artigo:

Femicídio

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

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.

114 NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 304.

O inciso ingressa com § 2.º-A do art. 121 uma norma penal explicativa, dizendo respeito à condição de sexo feminino.¹¹⁵ A sua inserção parece tratar de uma nova motivação para matar, sendo assim não é apenas pelo fato de uma mulher figurar como sujeito passivo que restará qualificado, razão pela qual a qualificadora introduzida no inciso VI seria subjetiva. Assim sendo, não conviveria com as qualificadoras dos incisos I, II e V.

Nesta mesma linha, Adriana Ramos entende que não basta que o sujeito passivo seja uma mulher, será necessário que se verifique se a agressão foi baseada no gênero, não se trata apenas de um critério objetivo, mas sim uma análise subjetiva dos motivos que levaram ao delito. Não será todo o crime contra a mulher que poderá ser absorvido pela qualificadora, mas sim crime de ódio contra a condição de ser mulher.¹¹⁶

Porém, uma parte da doutrina entende ser uma afirmação equivocada. Assim, compreende-se que o objetivo do feminicídio é matar a mulher por razões advindas da condição de sexo feminino, quer dizer, objetivamente matar o mais fraco, a pessoa que em virtude de sua inferioridade de força física, de sua subjugação cultural, de sua dependência econômica, de sua condição de serviçal ao homem é a parte fraca do relacionamento doméstico ou familiar dentro da sociedade. Dessa forma, Nucci explica que o legislador utiliza essa expressão para conferir maior proteção à mulher, por ser do sexo feminino. Esse é o prisma do feminicídio: matar a mulher por razões da condição de sexo feminino. Matar o mais fraco, algo francamente objetivo.¹¹⁷

Assim, voltando para análise do artigo, a morte tem que ocorrer por “razões de condição de sexo feminino” que, por sua vez, foram elencadas no § 2º-A do art. 121 do Código Penal como sendo as seguintes: violência doméstica e menosprezo à condição de mulher e discriminação à condição de mulher.

Agora, tratando-se de um contexto de violência doméstica e familiar deverá ser utilizado como referência o artigo 5º da Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, conhecida popularmente como lei Maria da Penha, que diz:

115 NUCCI, Guilherme Souza. Curso de Direito Penal - Vol. 2 - Parte Especial. Forense, 11/2016. [Minha Biblioteca].

116 MELLO, Adriana Ramos de. Feminicídio: Breves comentários à lei 13.104/15. Jota. ago, 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/feminicidio-breves-comentarios-a-lei-13-10415>>. Acesso em 19 dez. 2016.

117 NUCCI, Guilherme Souza. Código Penal Comentado, 16ª edição. Forense, 01/2016. [Minha Biblioteca].

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.¹¹⁸

Nesse sentido, Amom Albernaz Pires¹¹⁹ diz ser objetiva a expressão “violência doméstica e familiar”, já que a Lei Maria da Penha já reputa como hipóteses desse tipo de violência aquelas transcritas acima (art. 5º, incisos I, II e III). Dessa maneira, basta comprovar a existência das hipóteses arroladas no artigo 5º da Lei Maria da Penha, e já será possível o reconhecimento da qualificadora. Não são questionados os motivos do crime ou o elemento subjetivo do homicídio. A condição é objetiva.¹²⁰

Assim como Amom Albernaz, uma parte da jurisprudência e da doutrina entende que a natureza da qualificadora é objetiva, pois acredita que se trata de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, não se questionando o motivo do crime, veja:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - FEMINICÍDIO TENTADO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - INCLUSÃO DE QUALIFICADORA - MOTIVO FÚTIL -SUBMISSÃO AOS JURADOS.

I. A Lei 13.104/15 inseriu o feminicídio no ordenamento jurídico. O art. 121, §2º-A, inciso I, do CP, trata dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Não são questionados os motivos do crime ou o elemento subjetivo do homicídio. A condição é objetiva, basta comprovar a existência

118 BRASIL. Lei Nº 11.340, De 7 de Agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>

119 PIRES, Amom Albernaz. A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação pelo Tribunal do Júri. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri-por-amom-albernaz-pires>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

120 Acórdão n.939432, 20150310129458RSE, Relator: SANDRA DE SANTIS 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 06/05/2016, Publicado no DJE: 10/05/2016. Pág.: 88/103

das hipóteses arroladas no artigo 5º da Lei Maria da Penha. O motivo nesse caso, se fútil ou torpe, acarretará a incidência de nova qualificadora.¹²¹

II. Só as qualificadoras manifestamente incompatíveis com os elementos de prova devem ser excluídas de plano pelo Juiz singular.

III. Recurso provido.¹²²

A segunda razão de condição de sexo feminino vem estampada no § 2.º-A, II: “quando crime envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. Há menosprezo quando o agente pratica o crime por nutrir aversão pela mulher vítima, configurando também, desprezo e desvalorização. A discriminação vem no sentido de tratar de forma diferente, pela condição de mulher da vítima. Assim, faz-se necessário uma análise subjetiva do caso para configurar um feminicídio.

Dessa forma, após esta análise do tipo penal e de suas elementares, percebemos como a doutrina e a jurisprudência divergem em afirmar a verdadeira natureza da qualificadora do feminicídio. A desarmonia que é observada gera uma insegurança jurídica na hora de se julgar em crimes contra as mulheres, pois as duas naturezas possuem consequências processuais diferentes.

Dessa maneira, quando se entende que a qualificadora é de natureza subjetiva, os procedimentos devem ser seguidos de determinada maneira. A motivação do crime deve ser trazida e discutida no decorrer do processo e abordada fortemente no momento do plenário. Ao ser levantada a tese do homicídio privilegiado e, tendo sido ela acatada, restará prejudicado o quesito referente ao feminicídio, pois no caso das qualificadoras subjetivas, elege-se somente uma delas, pois são excludentes, há apenas um motivo predominante, a ponto de gerar a qualificadora.¹²³ Assim, quando o Conselho de Sentença reconhecer a forma privilegiada do crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio.

Por outro lado, ao se entender que a qualificadora é objetiva, surgem os seguintes questionamentos: Pode subsistir a qualificadora do feminicídio com as qualificadoras do motivo torpe ou do motivo fútil, que são subjetivas? O TJDF já consolidou o entendimento de que a qualificadora do feminicídio é objetiva, e que é

121 Acórdão n.939432, 20150310129458RSE, Relator: SANDRA DE SANTIS 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 06/05/2016, Publicado no DJE: 10/05/2016. Pág.: 88/103

122 Acórdão n.939432, 20150310129458RSE, Relator: SANDRA DE SANTIS 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 06/05/2016, Publicado no DJE: 10/05/2016. Pág.: 88/103

123 NUCCI, Guilherme Souza. Tribunal do Júri, 6ª edição. Forense, 03/2015. [Minha Biblioteca].

possível dessa maneira subsistir a qualificadora do feminicídio com motivo torpe ou fútil.

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 o companheiro a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse.

2- Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratio essendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar.

3 - Recurso provido.¹²⁴

Portanto, se, de um lado, os jurados deverão verificar a presença ou ausência das qualificadoras subjetivas do motivo fútil ou torpe, isso demandará uma avaliação acerca dos motivos inerentes ao contexto fático-probatório que levaram o autor a agir de determinada maneira. No entanto, sendo a nova qualificadora do feminicídio de natureza objetiva, pois descreve um tipo de violência específico contra a mulher, demandará dos jurados apenas uma mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses legais de violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º-A, I, do CP, c/c art. 5º, I, II e III, da Lei 11.340/2006) ou ainda a presença de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, II, do CP).¹²⁵

Além disso, sendo a qualificadora objetiva, diferente da natureza subjetiva, existem entendimentos quanto à possibilidade de se comunicar aos demais

¹²⁴ Acórdão n.904781, 20150310069727RSE, Relator: GEORGE LOPES 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 100)

¹²⁵ PIREZ, Amom Albernaz. A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação pelo Tribunal do Júri. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri-por-amom-albernaz-pirez>>.

coautores ou partícipes, desde que ingressem na esfera de conhecimento dos agentes.¹²⁶

Conclui-se então, que há uma divergência doutrinária e jurisprudencial, que impossibilita uma resposta concreta quanto a nossa indagação principal: seria possível a existência de um feminicídio privilegiado?

3.3 O concurso da qualificadora com o privilégio.

Vimos nos capítulos anteriores o papel do discurso feminista na criminologia crítica e que, apesar da mesma abarcar temas de grande interesse social, a mulher era completamente deixada de fora no estudo. Assim, passamos a analisar o caminho percorrido pelas leis de proteção à mulher. O Brasil passou anos tratando a mulher como uma mera propriedade dos homens, sendo comuns discursos como o da “legítima defesa da honra” e “foi crime passional” nos tribunais.

Até a chegada da lei que inclui o feminicídio como uma qualificadora, a mulher sofreu por anos com a prática de reprodução de violência de gênero que se encontrava em todos os campos do direito. A legislação, os argumentos jurídicos, e as formas com que eram tomadas as decisões, reforçavam a ideia de uma sociedade machista e patriarcal. Assim, a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, veio como um avanço. Se no passado a “legítima defesa da honra” era possível, hoje a nova lei mostrou a gravidade desse crime, sendo impossível continuar chamando o feminicídio de um “crime passional”.

Tanto demonstrou ser realmente grave, que pela nova qualificadora, feminicídio é um crime hediondo, o que acarreta as seguintes consequências: impossibilidade de anistia, graça e indulto (art. 2º, I, da Lei nº 8072/90); inafiançabilidade (art. 2º, II, da Lei nº 8072/90); cumprimento de 2/5 da pena para o réu primário e 3/5 o para reincidente para a progressão de regime (art. 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 8072/90); prisão temporária com prazo de 30 dias, prorrogável por igual período (art. 2º, par. 4º, da Lei nº 8072/90); livramento condicional mediante cumprimento de 2/3 da pena (art. 83, V, do Código Penal).¹²⁷

126 IMPETUS. Estudo completo do feminicídio. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-femicidio>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

127 <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/femicidio-uma-lei-necessaria/15183>.

Para melhor entendimento da nova qualificadora, foi preciso estudá-la, a fim de conhecermos o funcionamento dos atuais julgados com a chegada da nova lei. Neste sentido, percebemos que algumas destas divergências trarão questionamentos acerca da real funcionalidade da qualificadora.

Por fim, um questionamento de grande importância diz respeito à possibilidade de haver “feminicídio privilegiado”, aonde a qualificadora coexistiria com a figura prevista no § 1º do artigo 121 do Código Penal. Como vimos anteriormente, tudo depende do entendimento quanto à natureza da qualificadora de feminicídio: subjetiva ou objetiva. Devido à divergência existente, ficou prejudicada a análise processual quanto à possibilidade da coexistência da qualificadora com o privilégio. Já sabemos que esta coexistência só é possível quando houver uma qualificadora objetiva em concurso com o privilégio, que possui natureza subjetiva. Assim, ainda não há como afirmar qual seria a real natureza jurídica da nova qualificadora de feminicídio, pois esse entendimento ainda não é pacificado. Isso é perfeitamente compreensível, visto que a lei que incluiu o feminicídio tem pouco tempo de vigência.

Neste contexto, foram discutidas algumas das consequências quanto ao entendimento da natureza ser analisada como subjetiva ou como objetiva. Além da possibilidade do privilégio, existem outras consequências que tornam este assunto ainda mais complexo. Quando a qualificadora é vista como de natureza subjetiva, felizmente, não será possível o concurso da qualificadora com o privilégio. Porém, muitas vezes as consequências processuais dessa natureza podem causar algumas desvantagens quando na hora do júri. Por exemplo, sendo o feminicídio de natureza subjetiva, e sendo o privilégio aceito primeiramente pelo conselho, a tese do feminicídio ficará prejudicada, por se tratar de uma qualificadora subjetiva, e apenas uma qualificadora objetiva poderá ser eleita. Assim, o prejuízo da eficácia da nova qualificadora é claro, uma vez que o seu funcionamento permite interpretações machistas.

Sendo reconhecido o privilégio pelos jurados, não fica ao arbítrio do juiz diminuir ou não a pena, pois a faculdade se refere apenas na quantidade da pena a ser aplicada, pois reconhecido o homicídio qualificado-privilegiado, a inobservância

da redução da pena implicará em violação de preceito constitucional contido em seu art. 5º, XXXVIII, alínea c, que impõe a soberania dos veredictos.

Assim, sendo a qualificadora subjetiva, o crime corre o risco de ser julgado como um homicídio privilegiado, sem ao menos ter sido analisada a hipótese de ser um caso de feminicídio. Desta maneira, estaríamos diante de um retrocesso.

De outra forma, ao entendermos que se trata de uma qualificadora objetiva, caberá aos juízes naturais da causa (os jurados, no caso do Tribunal do Júri) apenas verificar a situação objetiva da presença ou não dessas duas hipóteses dos incisos I e II do § 2º-A do art. 121 do CP.¹²⁸ Posto isso, acolhidos esses argumentos, conclui-se pela possibilidade de feminicídio privilegiado diante da compatibilidade das qualificadoras objetivas com o benefício previsto no art. 121, § 1º do Código Penal. Ainda que o Conselho de Sentença reconheça a incidência de uma das causas minorantes do § 1º do art. 121 do Código Penal, não ficará prejudicada a qualificadora do feminicídio.

Percebe-se que o legislador, ao criar a qualificadora, deixou com que houvesse interpretações diversas em relação à natureza. Sendo assim, há possibilidade de entendimentos de maneiras divergentes, fazendo com que exista uma insegurança jurídica quanto ao tema. Ao mesmo tempo em que ao entender que a qualificadora seja de natureza subjetiva traz o malefício da possibilidade da tese do feminicídio ser ignorada pelo Júri. Por outro lado, dizer que a natureza é objetiva, e ver ser aceita a tese de um feminicídio privilegiado pode trazer para legislação o retrocesso da “legítima defesa da honra”.

Nesse contexto, a discussão acerca da natureza da nova qualificadora que possui basicamente uma análise de dogmática penal e processual, ganhou proporções muito maiores. As suas consequências processuais criam um aspecto de insegurança jurídica que possui um cunho histórico. Assim, é necessário uma associação teórica da análise das elementares da nova qualificadora com os debates da criminologia e dos movimentos feministas.

Assim, ao se analisar que após tantos avanços na legislação ainda seria possível se pensar na existência de um homicídio privilegiado, no lugar do crime de

128 PIREZ, Amom Albernaz. A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua questão pelo Tribunal do Júri. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-questicao-no-tribunal-do-juri-por-amom-albernaz-pirez>>.

feminicídio, e, ainda, se for vista como uma qualificadora de natureza objetiva, a possibilidade de um feminicídio-privilegiado, traz a ideia de que a nova lei foi incluída em uma legislação sem um estudo do real funcionamento da qualificadora. Trazendo de maneira irresponsável a possibilidade de defesas vindas no passado, quando era possível se pensar em uma “legítima defesa da honra”.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini afirmam que, ao aceitar-se que o homem cometa um feminicídio por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima, admite-se que o crime seja cometido por uma justificativa de motivação absurda de achar que a mulher é de sua posse, que a mulher é objeto, que a mulher não pode contrariar as vontades do homem.

É impossível pensar num feminicídio, que é algo abominável, 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.¹²⁹

Assim, apesar da lei que inclui a qualificadora do feminicídio no Código Penal ter significado um grande avanço em relação às leis de proteção a mulher, vindo cobrir aquilo que a Lei Maria da Penha não abordava, o legislador não se atentou em observar se o funcionamento da nova qualificadora também significaria um avanço ou um grande retrocesso.

Vendo por esse lado, faz lembrar o discurso de Carmen Hein em que a autora afirmava que a discussão gerada pela divergência do discurso feminista e direito penal possui duas vertentes:

A primeira, relacionada à sua utilização como um instrumento simbolicamente válido para garantir proteção, particularmente contra a violência doméstica e sexual, através de reformas legais. Assim, essa corrente impulsiona a criação de leis de proteção às mulheres, pede penas mais duras e o controle da violência masculina. A segunda, critica o uso do direito, pois o entende como um campo negativo para as mulheres, como produtor de maior sofrimento e que descuida também dos homens violentos. Nesse sentido, clama pelo uso minimalista do direito penal ou pelo seu abandono.¹³⁰

Já foi discutido neste trabalho que o abandono do direito penal não é uma opção. Porém, essa insegurança jurídica, vinda junto com a nova qualificadora do

129 GOMES, L. F.; BIANCHINI, A. FEMINICÍDIO: ENTENDA AS QUESTÕES CONTROVERTIDAS DA LEI 13.104/2015. Instituto Avante Brasil, 2015. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13-1042015/>>. Acesso em: 12 março 2015

130 CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Porto Alegre: Tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013, p.139.

feminicídio, nos faz refletir sobre a real eficácia da nova lei, a qual tem como objetivo deslegitimar a violência sofrida pela mulher, tirando a banalidade que o crime possuía no passado. A legislação deve trabalhar de maneira a não permitir a figura privilegiada em um crime de gravidade tão grande.

Dessa forma, ao entender que a qualificadora do feminicídio possui natureza subjetiva, concordando que o crime deve ser cometido *por razões da condição de sexo feminino*, tendo uma motivação especial, não bastando apenas o sujeito passivo mulher, estamos diante da impossibilidade de um feminicídio privilegiado, e é justamente contra esse tipo de interpretação que o movimento feminista lutou, tendo como exemplo, a campanha “ quem ama não mata”.

Porém, já sabemos também que corre o risco do feminicídio ser visto apenas como um homicídio privilegiado, e que sua tese nem seja discutida. Assim, analisando as consequências da quesitação no júri, tendo em vista que não podemos correr o risco de um crime de gravidade tão grande ser tratado de maneira mais suave e banal, ou até mesmo como um crime passional, a possibilidade da qualificadora ser de natureza subjetiva deve ser descartada para mantermos a segurança jurídica nos futuros julgados.

Neste sentido, apesar da nova lei trazer expressamente que o simples fato de ser mulher não configura crime de feminicídio, seguiremos o entendimento do TJDF e de parte da doutrina quanto ao entendimento da natureza objetiva da qualificadora, para que o seu funcionamento seja mais eficaz em deslegitimar justificativas machistas que levaram a mulher a ser violentada.

Ao ser reconhecido o privilégio pelo conselho de sentença, sendo a qualificadora de natureza objetiva, a tese do feminicídio não será afastada automaticamente. Entretanto, infelizmente será possível a presença de um feminicídio-privilegiado, tendo em vista que o privilégio possui natureza subjetiva e a sua coexistência é aceita pela legislação.

Sendo assim, percebemos que a legislação foi criada de maneira equivocada, dando margem a dupla interpretação e trazendo a possibilidade de defesas machistas. O homicídio de mulheres não foi abordado pelo Código Penal de maneira correta e a discussão quanto à natureza da qualificadora deveria ter sido feita antes da inclusão da nova qualificadora.

Dessa forma, a solução é uso do privilégio com cautela e o mais indicado é a análise do caso concreto. Não dá pra imaginar que o homem que mata a mulher por conta de ciúmes e por sentimento de posse seja protegido pela minorante. Então, quando acolhemos a ideia de que o feminicídio é de natureza objetiva, apesar da possibilidade da minorante do privilégio, ela não deveria ser cogitada pelo jurados, por isso a necessidade de uma mudança social quanto ao tema. Nesse sentido, conforme as Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres, recomenda-se o uso de expressões como “violência por razões de gênero” e “femicídio” como forma de transmitir a mensagem que a morte violenta de uma mulher por razões de gênero, ou sua tentativa, é resultado da desigualdade social de gênero e não fato individual e, muito menos, algo pelo qual se possa responsabilizar a vítima.¹³¹

Assim, não é possível admitir a existência de “dupla vitimização da mulher”, ou seja, além de ser vítima de um homicídio, o seu comportamento como mulher será analisado afim de que a sua morte seja justificada de alguma maneira. O sistema penal não poderá mais funcionar de maneira machista aceitando a minorante em crimes como desta gravidade. Atualmente não é mais aceita a legitimação da violência contra a mulher. Entretanto, a responsabilidade ficará nas mãos do Conselho de Sentença, que pelo princípio da soberania dos veredictos previstos no art 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal constitui o titular da decisão.

Conclui-se que grandes mudanças ocorreram quanto ao papel da mulher na sociedade ou, melhor dizendo, quanto à sua participação como cidadã. A legislação começou abordar a mulher, e isso possuiu um valor simbólico significativo, pois houve um tempo em que as agressões sofridas pelas mulheres dentro do seio familiar era algo banal. Entretanto, percebemos que a lei que veio acabar com os antigos crimes, como o “passional”, apresenta a possibilidade de uma interpretação ainda machista e patriarcal. Assim, em nada adianta a inclusão da nova qualificadora se teses de “legítima defesa da honra” ainda poderão ser aceitas pelo judiciário e pela sociedade, ainda que não nesses termos expressos.

131 PASINATO, Wânia. diretrizes nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres – feminicídios. Brasília/df, p. 12-110, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/2016/livro-diretrizes-nacionais-femicidios-versao-web.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

Dessa maneira, sabemos que em termos processuais e penais o privilégio é passível de coexistência com a nova qualificadora. Felizmente, atualmente não há na jurisprudência julgados decididos desta maneira, sendo assim, será preciso acompanhar como a nova qualificadora vai funcionar nos próximos anos, e se ela vai realmente cumprir o papel que lhe foi proposto, qual seja demonstrar gravidade dos crimes de violência contra a mulher, que eram suavizados e tratados de maneira banal pelo judiciário e pela sociedade.

Deste modo, cada caso deverá ser analisado separadamente para que a legislação não caia no erro de se deixar retroceder. Cabe, nesse momento, uma atenção maior aos julgados de crimes contra as mulheres, esse primeiro momento de adaptação da nova lei é fundamental, pois saberemos como a sociedade irá se comportar diante desse tipo de crime, e se atualmente ele realmente não será tratado de maneira suavizada e justificada.

Então, conclui-se que por conta do raso aprofundamento da legislação nas consequências jurídicas da nova lei que inclui o feminicídio como qualificadora, a atenção social a esses tipos de crimes deverá ser redobrada, no sentido de que, como percebemos, deixar que apenas o direito penal cuidasse deste tipo de assunto tão delicado não é conveniente, pois será preciso uma mudança social para que a nova lei funcione.

Ademais, como já havíamos falado no decorrer deste trabalho, nomear o feminicídio é muito mais do que apenas incluir um novo crime na legislação penal, é explicitar todas as violências e abusos sofridos por conta da questão de gênero, para que seja conhecido e compreendido. Assim, a lei veio muito mais para trazer uma mudança social e uma maior compreensão sobre a realidade da violência sofrida pela mulher do que uma mera estratégia punitiva, visto que, apesar da inclusão da qualificadora, a legislação ainda pode trazer uma interpretação machista e patriarcal.

CONCLUSÃO

Esta monografia teve como foco o entendimento quanto ao funcionamento da qualificadora do feminicídio vislumbrando à possibilidade ou não de um “feminicídio privilegiado”. Assim, para que houvesse um debate coerente sobre o tema, foi preciso traçar uma linha histórica desde os estudos da criminologia crítica e do feminismo, passando para o processo de chegada da qualificadora do feminicídio na legislação brasileira frente à forte influência dos movimentos feministas. O tema deste trabalho é desafiador e de grande importância, visto que a nova lei que inclui o feminicídio no rol dos homicídios qualificados deve ser debatida e a observância do seu funcionamento é importante na medida em que é preciso observar se a lei está cumprindo o papel de não mais aceitar que o homicídio de mulheres seja justificado por motivos banais e machistas.

A aprovação da Lei nº 13.104/15 teve a intenção de tirar o feminicídio da invisibilidade e fazer com que seja debatido por toda a sociedade para que caminhemos então para propostas de medidas preventivas a violência contra a mulher. Se antigamente era permitido o uso indiscriminado da “legítima defesa da honra”, hoje com a nova qualificadora, apesar da possibilidade do uso do privilégio, a violência contra as mulheres é mais debatida na sociedade e a sua gravidade é reconhecida, de modo que não se trata de apenas de “crime passional”, mas de um crime de índole machista. Por isso, a importância de se discutir o funcionamento da qualificadora para que atualmente não exista mais a ideia de que o homicídio de uma mulher é meramente um “delito passional”, mas sim, um crime grave e incluído no rol dos homicídios qualificados agora com nome próprio: feminicídio.

Assim, ao me deparar com a discussão jurisprudencial acerca da possibilidade da existência de um “feminicídio privilegiado”, ou seja, o feminicídio coexistindo com a minorante do privilégio, que prevê a diminuição da pena “ 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”, visualizei no tema um importante debate que não possuiu um estudo na hora da promulgação da lei, e que mesmo atualmente o debate é raso. Dessa forma, o funcionamento processual da qualificadora deixou margens a duplas interpretações que foram discutidas neste trabalho, e que foi o caso da divergência quanto a

possibilidade de utilização da minorante do privilégio.

Desse modo, foi preciso analisar a natureza da nova qualificadora para podermos chegar em alguma conclusão quanto a coexistência do privilégio, ambas das teses da natureza são positivas e negativas, e percebemos que a qualificadora foi incluída de maneira equivocada, sem se pensar na eficácia da nova norma.

Assim, uma parte da doutrina e da jurisprudência entende que a qualificadora é de natureza subjetiva e que o fato da vítima ser mulher não constitui crime, sendo preciso que agente mate *por razões da condição de sexo feminino*. Já outra parte doutrina, entende possuir natureza objetiva e que o simples fato da vítima ser mulher já constitui o feminicídio.

Dessa forma, ao entender que a natureza é subjetiva, o feminicídio felizmente não poderá coexistir com o privilégio. Porém, vimos que por muitas vezes a consequências processuais podem causar desvantagens na hora do júri. Por exemplo, sendo o feminicídio de natureza subjetiva, e sendo o privilégio aceito pelo conselho, a tese do feminicídio ficará prejudicada, por tratar-se de uma qualificadora subjetiva, apenas uma qualificadora subjetiva poderá ser eleita.

Nesse sentido, corre o risco da tese do feminicídio nem ao menos ser aceita, e para melhor compreensão da gravidade desse crime, achamos melhor entender que a qualificadora possui natureza objetiva. Como se trata de uma qualificadora objetiva, caberá aos juízes naturais da causa apenas verificar a situação objetiva da presença ou não dessas duas hipóteses dos incisos I e II do § 2º-A do art. 121 do CP.¹³²

Assim sendo, acolhidos esses argumentos, infelizmente conclui-se pela possibilidade de feminicídio privilegiado diante da compatibilidade das qualificadoras objetivas com o benefício previsto no art. 121, § 1º do Código Penal. Entretanto, ainda que o Conselho de Sentença reconheça a incidência de uma das causas minorantes do § 1º do art. 121 do Código Penal, não ficará prejudicada a qualificadora do feminicídio, sendo melhor que a tese da qualificadora subjetiva.

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

Percebeu-se que as circunstâncias do feminicídio na letra da lei foram feitas de forma genéricas, dando margem à interpretações machista por parte do Judiciário, possibilitando que os julgadores apliquem a qualificadora de forma que desqualifique a figura da mulher, trazendo a ideia de que é o homem detentor do poder sobre a mulher. Posto isso, conclui este trabalho na expectativa dos futuros julgamentos dos crimes de feminicídio, ao vislumbrar a possibilidade de existência de um “femincídio privilegiado”, e se essa tese será usada com frequência pela defesa, ainda se conselho de sentença irá aceitar. Apesar da possibilidade do concurso da qualificadora com o privilégio, é preciso uma conscientização social quanto ao uso indiscriminado do privilégio, pois nada adianta uma nova qualificadora se a sociedade ainda aceitar esse tipo de justificativa.

O objetivo da nova lei é trazer maior visibilidade para o problema da violência contra a mulher. Apesar da interpretação machista que qualificadora possa vir a ter, atualmente a morte de mulheres é tratada de maneira muito mais séria, e cada vez mais, debatida pela sociedade. O termo “crime passionai” perdeu espaço nos debates, visto que não mais se admite que a morte da mulher seja justificada de maneira machista.

REFERÊNCIAS

Acórdão n.939432, 20150310129458RSE, Relator: SANDRA DE SANTIS 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 06/05/2016, Publicado no DJE: 10/05/2016. Pág.: 88/103

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis jan.1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 50. julho, 2005.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

BARSTED, Leila. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 2: parte especial.12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório Final. Brasília, julho de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf> Acesso em 20 out. 2013.

BRASIL, Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório Final. Brasília, julho de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.904781, 1ª Turma Criminal. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal, Recorrido: Marcos Alexandrino. Relator: George Lopes Leite, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015, p. 105. Brasília, 29 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 02 nov. 2016.

BRASIL. Lei Nº 11.340, De 7 de Agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>

B. S. ; GUMIERI, Sinara. . Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. Revista Brasileira de Ciências Criminais , v. 114, p. 225-239, 2015.

CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil. Porto Alegre: Tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013.

BRAZÃO, Analba. e OLIVEIRA, Gaucira Cesar de. (orgs.). Violência contra as mulheres – Uma história contada em décadas de lutas. Brasília: CFEMEA: MDG3 Fund. 2010. (Coleção 20 anos de cidadania e feminismo. 6).

CAMPOS, Carmen Hein de, and Salo Carvalho. "Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira." Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris (2011).

CASTILHO, Ela V. de Castilho. Sobre Feminicídio. Boletim IBCCRIM, maio/2015

DINIZ, D. ; COSTA, B. S. ; GUMIERI, Sinara. . Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. Revista Brasileira de Ciências Criminais , v. 114, p. 225-239, 2015.

ELUF, Luiza Nagib. A Paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueliro a Mizaél Bispo de Souza. São Paulo, Saraiva, 2013.

GARCIA, Leila Posenato et al. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013.

GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de gênero: Tipificar ou não o femicídio/feminicídio? Revista de Informação Legislativa. Ano 51, n. 202 abr./jun. 2014.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice Feminicídio: Entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Instituto Avante Brasil, 2015. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13-1042015/>>. Acesso em: 20.04.2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, v. 2.

HC 153.728/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 31/05/2010

IMPETUS. Estudo completo do femincidio. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicidio>>. Acesso em: 19 jan. 2017

JUSBRASIL. Não existe feminicídio qualificado privilegiado. Disponível em: <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/176024244/nao-existe-feminicidio-qualificado-privilegiado>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

MELLO, Adriana Ramos de. Femicídio: Breves comentários à lei 13.104/15. Jota. ago, 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/femicidio-breves-comentarios-a-lei-13-10415>>.

MELLO, Adriana Ramos. Femicídio: Uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil.

MENDES, Soraia Rosa. Série IDP - Criminologia feminista : novos paradigmas. 1ª Edição.. Saraiva, 1/2014. VitalSource Bookshelf Online., p.158. 1 DINIZ, D. ; COSTA.

NUCCI, Guilherme Souza. Código Penal Comentado, 16ª edição. Forense, 01/2016. [Minha Biblioteca].

NUCCI, Guilherme Souza. Curso de Direito Penal - Vol. 2 - Parte Especial. Forense, 11/2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme Souza. Tribunal do Júri, 6ª edição. Forense, 03/2015. [Minha Biblioteca].

ONU MULHERES, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E MINISTÉRIO DAS MULHERES, DA IGUALDADE RACIAL E DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf>. Acesso em 19 mar 2017.

PASINATO, Wânia. diretrizes nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres – feminicídios. Brasília/df, p. 12-110, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/2016/livro-diretrizes-nacionais-femicidios-versao-web.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

PIRES, Amom Albernaz. A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação pelo Tribunal do Júri. Disponível em <<http://www.compromissoeatitude.org.br/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-femicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri-por-amom-albernaz-pires>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

Pimentel, Silvia; Pandijarjian, Valéria e Belloque, Juliana. Legítima Defesa da Honra. Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina. In: Corrêa, Mariza e Souza, Érica Renata de. Vida em Família: uma perspectiva comparativa sobre "crimes de honra". Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2006, pp.65-134.

RESP 1060902/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012

SANTOS, Cecília MacDowell; e IZUMINO, Wânia. “Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero”.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “El discurso feminista y El poder punitivo”. In BIRGIN,

Haydée (org.). *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.

