

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

JOSÉ BRUNO DE MACÊDO GOMES

**A NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO E SUA IMPLICAÇÃO NA
DOSIMETRIA DA PENA**

**ARACAJU
2018**

JOSÉ BRUNO DE MACÊDO GOMES

**A NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO E SUA IMPLICAÇÃO NA
DOSIMETRIA DA PENA**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito parcial de aprovação na disciplina TCC II do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE.

Orientador: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

**ARACAJU
2018**

G633n GOMES, José Bruno de Macêdo.

A Natureza Jurídica Do Femicídio E Sua Implicação
Na Dosimetria da Pena / José Bruno de Macêdo Gomes;
Aracaju, 2018. 49 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração
e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

1. Femicídio 2. Qualificadora Subjetiva 3. Ne Bis In
Idem I. Título.

CDU 343.277(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

JOSÉ BRUNO DE MACÊDO GOMES

**A NATUREZA JURÍDICA DO FEMINICÍDIO E SUA IMPLICAÇÃO NA
DOSIMETRIA DA PENA.**

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como um requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira.

Aprovado em 03 / 12 / 2018

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Fabio Brito Fraga
Prof. Esp. Fabio Brito Fraga
Faculdade de administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Prof. Me. Anderson Gleis Santos
Faculdade de administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Aracaju/SE

2018

“Somente o jurista puro, que escreve tratados ou faz lições, se pode permitir o luxo de ter opiniões rígidas quanto a certas questões de direito e de dar combate aberto à jurisprudência dominante, se a julga errada.”

(Piero Calamandrei)

AGRADECIMENTOS

No fim de 2013, quando resolvi girar o timão da minha vida para um sentido que nunca pensei ir, não imaginava as tempestades que iria enfrentar no alto-mar que é viver longe de casa.

Para enfrentar as tormentas que surgiram ao longo destes quase 5 anos, tive ao meu lado uma forte tripulação. Alguns se foram, outros permanecem, fortes, inarredáveis.

Dentre esses estão minha humilde e querida mãe Ivoneide que, diante de todas as dificuldades, ajudou-me a manter a grande nau; minha tia Gláucia, pessoa com sabedoria salomônica; minha espirituosa tia Doda, cuja alegria contagia; e meu tio Silvio, pessoa de força espiritual invejável. Sem vocês seria impossível chegar aos cais. Têm minha eterna gratidão.

Também merece meu carinho e gratidão uma das pessoas com o maior coração que já conheci. Dar guarida a um desconhecido e, em momento algum, cobrar por isso, mostra que ainda há pessoas de extremo altruísmo no mundo. Por isso, meu muito obrigado, Danilo Santos!

Agradeço também meu festivo amigo Kledson de Andrade. Trouxe-me momentos de descontração inesquecíveis.

Não posso olvidar dos nobres amigos que me deram total apoio emocional para seguir firme nos momentos mais excruciantes desta jornada. Portanto, agradeço-lhes David Moura, Esdras Fonseca, João Arthur, Maximille Santos, Marcílio Sampaio, Samuel Medeiros, Tibério Fonseca e, em especial, meu grande amigo, e confidente, Anderson Santos.

Agradeço, também, minha amiga Dayane Rodrigues, cujos pequenos diálogos diários me trazem bastante satisfação.

Devo demonstrar, ainda, minha gratidão pelas duas ilustres figuras que surgiram na minha vida no decorrer do curso... Sérgio Ricardo e Ubirajara Botelho. Obrigado pelos momentos de descontração e aprendizado, meus amigos!

Por fim, muito obrigado ao meu orientador Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira. “Um professor sempre afeta a eternidade. Ele nunca saberá onde sua influência termina.” – Henry Adams.

RESUMO

O presente trabalho aborda a natureza jurídica da circunstância qualificadora feminicídio, isto é, tratar-se de uma qualificadora subjetiva ou objetiva, a fim de demonstrar ao leitor as implicações na dosimetria da pena a depender da corrente adotada. Após fazer uma breve análise de definições jurídicas que rodeiam a qualificadora objeto deste trabalho, adotou-se a corrente doutrinária que afirma ser o feminicídio uma qualificadora de natureza subjetiva. Assim sendo, diante da impossibilidade da convivência de duas qualificadoras de natureza jurídica subjetiva aplicada aos mesmo fato, objetivando evitar a ocorrência de *bis in idem*, demonstrou-se que em caso de incidência do feminicídio, não é possível a aplicação de outras qualificadoras de natureza subjetiva, bem como não se pode aplicar as causas de aumento de pena previstas no §7º do art. 121 do Código Penal em concomitância com as circunstâncias agravantes previstas no art. 61 do mesmo diploma. Por fim, constatou-se, também, a impossibilidade de se falar em feminicídio privilegiado-qualificado, haja vista essa situação só ser possível em caso de qualificadora de natureza objetiva.

Palavras-chave: Feminicídio. Qualificadora Subjetiva. *Ne Bis In Idem*.

ABSTRACT

The present work deals with the juridical nature of the qualifying circumstance femicide, that is, if it is a subjective or objective qualifier, in order to demonstrate to the reader the implications in the dosimetry of the penalty depending on the adopted current. After a brief analysis of legal definitions that surround the qualifying object of this work, the doctrinal current that affirms the femicide as qualifier of subjective nature. Therefore, in view of the impossibility of the coexistence of two qualifiers of a subjective legal nature applied to the same fact, with a view to avoiding the occurrence of bis in idem, it was demonstrated that in case of incidence of femicide, it is not possible to apply other qualifiers of a nature subjective, as well as the causes of increase of sentence provided for in §7 of art. 121 of the Criminal Code in concomitance with the aggravating circumstances set forth in art. 61 of the same law. Finally, was also noted the impossibility of talking about privileged-qualified femicide, since this situation is only possible in the case of a qualifier of an objective nature.

Keywords: Femicide. Subjective Qualifier. *Ne Bis In Idem*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 CONTEXTO HISTÓRICO PARA O SURGIMENTO DA QUALIFICADORA FEMINICÍDIO NO BRASIL.....	12
2.1 A Dificuldade Atual para Apurar a Quantidade de Feminicídios Ocorridos no Brasil	16
3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE QUALIFICADORAS.....	19
3.1 Sistematização da Norma Penal Incriminadora.....	19
3.2 Conceito de Qualificadora	20
3.3 Distinção Entre Qualificadora Subjetiva e Objetiva	21
4 O CONCEITO DE FEMINICÍDIO E SUA DIFERENÇA EM RELAÇÃO AO FEMICÍDIO.....	23
5 NATUREZA JURÍDICA DA CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA FEMINICÍDIO	27
5.1 Entendimento Doutrinário	27
5.2 Entendimento Jurisprudencial	30
6 VEDAÇÃO DO <i>BIS IN IDEM</i>	33
7 IMPLICAÇÕES DO FEMINICÍDIO NA DOSIMETRIA DA PENA DIANTE DE SUA NATUREZA SUBJETIVA.....	36
8 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

A violência é algo que vem preocupando bastante os brasileiros, visto que são revelados, ano a ano, índices nos quais o Brasil atinge uma marca superior no número de homicídios quando comparados aos anos anteriores, havendo, porém, anos nos quais houve uma pequena diminuição.

No Atlas da Violência de 2018 é possível encontrar a informação de que, segundo o Ministério da Saúde, no ano de 2016, o Brasil atingiu a marca histórica de 62.517 homicídios. Referido número, ainda de acordo com o Atlas da Violência 2018, corresponde “a uma taxa de 30,3 mortes para cada 100 mil habitantes”.

O Estado de Sergipe, aliás, ainda tendo como base a pesquisa supracitada, figura como a unidade federativa mais violenta do Brasil quando o assunto é homicídio, tendo uma taxa de 64,7 homicídios por 100 mil habitantes, sendo seguida por outras unidades federativas nordestinas.

Quando a lupa do pesquisador é apontada especificamente para os casos de violência contra mulheres, observa-se que dos 62.517 homicídios ocorridos no Brasil no ano de 2016, 4.645 tiveram como sujeito passivo pessoas do sexo feminino.

Todos os dados citados até o momento foram encontrados no Atlas da Violência 2018, porém, não há neste estudo uma indicação do número de homicídios perpetrados contra mulheres por razões da condição de sexo feminino, ou seja, não há como, por referida pesquisa, afirmar quantos casos de feminicídio¹ ocorreram no Brasil no período analisado.

O sítio eletrônico G1, entretanto, traz essa informação. Referido *site* aduz que no ano de 2017 ocorreram 4.473 assassinatos de mulheres no Brasil, sendo que deste total, 946 foram identificados como caso de feminicídio.

Ainda segundo à matéria, o número total de assassinatos corresponde a um aumento de 6,5% do registrado no ano anterior. Mencionada porcentagem, entretanto, pode ser maior, já que até referido momento havia ausência de informação de alguns estados pois ainda não tinham fechado os dados do ano de 2016.

¹ Desde de já, é importante ter em mente que os termos “feminicídio” e “femicídio” - que serão abordados em capítulo próprio deste trabalho - não constam no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa – VOLP.

A matéria afirma, ainda, que há uma subnotificação de tais casos, sendo possível que os assassinatos de mulheres por questões ligadas ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher, sejam ainda maiores do que os números registrados até o memento de sua publicação.

Assim, diante do quadro da violência sofrida pelas mulheres e das manifestações de movimentos sociais, foi introduzida ao Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal -, pela Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015, a qualificadora “feminicídio”, prevista especificamente no art. 121, §2º, VI do Código Penal, acompanhada da norma penal explicativa que define o que é feminicídio (art. 121, § 2ª-A do CP).

Com o objetivo de evitar que com o surgimento da referida inovação, pela qual se busca dar uma maior proteção para as mulheres, direitos fundamentais sejam violados, surge a necessidade de identificar a natureza jurídica da referida qualificadora, isto é, tratar-se o feminicídio de uma qualificadora de natureza subjetiva ou objetiva.

Concluindo-se, pois, estar diante de uma qualificadora subjetiva, a implicação que se pode inferir é a impossibilidade de coexistir com outra qualificadora de mesma natureza e algumas circunstâncias agravantes (art. 61, CP), tendo em vista a vedação da dupla punição pelo mesmo fato (*non bis in idem*), bem como com as circunstâncias que tornam o homicídio privilegiado (art. 121, §1º CP); por outra lado, caso se chegue ao entendimento de ser uma qualificadora objetiva, o reflexo prático será outro, por ser possível a incidência de uma qualificadora subjetiva e outra objetiva ao mesmo fato e, ainda, com o homicídio privilegiado. Tal identificação é de suma importância, haja vista as diversas implicações que a natureza de uma qualificadora pode causar no momento da dosimetria da pena.

Porém, é importante ficar atento também para não incorrer no erro de aplicar a qualificadora feminicídio em conjunto com o “motivo determinante”, uma das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, sob pena de incorrer no mesmo erro que incidiria caso houvesse a aplicação de referida qualificadora com outra de mesma natureza, na hipótese de se chegar à conclusão de que se trata de uma qualificadora de cunho subjetivo.

Observa-se, pois, que o tema ora analisado, tem um interesse prático muito relevante, tendo o condão de influenciar diretamente na dosimetria da pena de uma pessoa (homem ou mulher) que pratica o crime de homicídio contra uma mulher no

âmbito doméstico e familiar (art. 121, §2º-A, I), ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, §2º-A, II).

Destarte, caso constata-se que a qualificadora feminicídio tem natureza subjetiva, e não podendo haver a aplicação de duas ou mais qualificadoras subjetivas ao mesmo fato, pode-se afirmar que referida qualificadora não tem relevância para dosimetria da pena, tratando-se, provavelmente, de mais uma hipótese de direito penal simbólico ou de populismo penal; por outro lado, concluindo-se que se trata de uma qualificadora de natureza objetiva, haverá uma grande relevância prática, pois influenciará diretamente na dosimetria da pena.

Ocorre que, tendo natureza objetiva, é necessário saber, ainda, se o feminicídio não vai de encontro ao princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Certo, todavia, é que a nova qualificadora introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvidas, traz uma série de reflexões sobre a sua aplicação, não se restringindo apenas à dosimetria da pena. Pode-se citar, como exemplo, a definição de mulher, sujeito passivo de referido delito. Isto é, a definição de “mulher” deve ser a biológica ou a jurídica?

Existe também a necessidade de se discutir sobre a aplicação da majorante prevista na primeira parte do inciso I, do §7º do art. 121 do Código Penal ou a condenação do sujeito ativo do feminicídio em concurso formal com o crime de aborto provocado por terceiro, previsto no art. 125 do mesmo diploma.

Não obstante serem questões deveras empolgantes, o presente trabalho não as abordará, mantendo-se adstrito à sua questão problema, isto é, identificar a natureza jurídica da feminicídio (qualificadora objetiva ou subjetiva) e analisar sua implicação na dosimetria da pena, isto é, se é capaz de trazer uma sanção mais rigorosa que a atualmente aplicada, conjugando-a com demais circunstâncias que tenham a mesma natureza.

Para tanto, será necessário discutir algumas questões que circundam o tema, ou seja, o que é uma qualificadora, a existência de natureza jurídica diversa de determinadas qualificadoras e, ainda, a possibilidade ou não da aplicação de qualificadoras da mesma natureza a um mesmo caso.

Cumprido salientar, por fim, que no presente trabalho adotou-se a linha de pesquisa qualitativa, utilizando-se o método teórico, bibliográfico, documental e dedutivo para analisar a natureza jurídica do feminicídio, circunstância qualificadora

introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015.

Ao valer-se de referidos métodos, foram utilizados como fontes a legislação brasileira que versa sobre o tema, bem como a jurisprudência dos Tribunais de Justiça Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça.

Lançou-se mão, ainda, de vasta doutrina que aborda o tema e, ainda, assuntos correlatos.

Destarte, o trabalho partiu de noções gerais sobre o direito até desaguar na natureza jurídica do feminicídio, bem como suas implicações na dosimetria da pena.

Não obstante serem utilizados vários dados disponibilizados por instituições que pesquisam sobre violência, o presente trabalho não deixa de ter como metodologia de pesquisa uma linha majoritariamente teórica, haja vista os dados colhidos terem ligação apenas com o contexto histórico para criação do feminicídio, não influenciando na questão problema aqui analisada.

Neste sentido, tendo em vista que a natureza jurídica do feminicídio não depende da análise dos dados referentes ao seu crescimento, mas sim da *mens legis* de referida qualificadora, o trabalho ora elaborado traz uma metodologia analítica apenas no que diz respeito à implicação do feminicídio na dosimetria da pena.

2 CONTEXTO HISTÓRICO PARA O SURGIMENTO DA QUALIFICADORA FEMINICÍDIO NO BRASIL

A violência perpetrada em desfavor das mulheres ao redor do mundo, por razões de gênero, não se trata de nenhuma novidade. Existem diversas obras artísticas que retratam essa realidade ao longo da história. Telenovelas, filmes, músicas, obras literárias etc., geralmente trazem o homicídio passional como o seu enredo.

Na música, *v. g.*, pode-se citar a emocionante canção “O Julgamento”, do compositor mineiro Amado Batista, a qual narra a situação em que o marido, após chegar em casa mais cedo, flagra a esposa entregando-se ao amante e, assim, atira contra ambos, ceifando-lhes a vida².

Na literatura, temos a célebre obra Otelo, do dramaturgo inglês William Shakespeare (1564 – 1616), na qual a personagem Otelo, tendo sua mente envenenada pelo ambicioso Iago, que pretendia se tornar tenente e, ainda, se vingar de Otelo por acreditar ter este dormido com sua mulher, dá fim a vida de sua esposa Desdêmona, pois acreditava que esta o traía com seu amigo, o Tenente Cássio, o que, logo em seguida, diante do relato da esposa de Iago, Emília, e de cartas encontradas com o jovem veneziano Rodrigo – apaixonado por Desdêmona -, é desmentido, levando Otelo a cometer suicídio, haja vista o desgosto de ter tirado a vida de sua bela mulher.

É cediço que muitas vezes a vida imita a arte. Mas, lamentavelmente, sabe-se que nos casos de violência contra mulheres, a situação é inversa. A arte se vale de casos reais para lastrear sua trama, para formar seu enredo. Com efeito, nos últimos anos, o homicídio contra mulheres por razões de condição do sexo feminino foi um assunto amplamente debatido.

Não raramente, na mídia, principalmente nos programas sensacionalistas policiais, são noticiados casos nos quais os companheiros ou ex-companheiros, por ciúmes ou inconformados com o fim do relacionamento, ceifam a vida das mulheres.

Neste ano, inclusive, a brutalidade das agressões cometidas por Luís Felipe Manvalier em desfavor da advogada Tatiane Spitzner, morta no estado do Paraná,

² Não obstante ser uma situação na qual sealaria em homicídio privilegiado, não deixa de refletir mais uma situação na qual a mulher é vítima de violência.

tomou a mídia nacional. O agressor, recentemente, segundo o *site* Paraná Portal, foi denunciado pelo assassinato da advogada de 29 anos. A agressão foi filmada e, não obstante a ausência de detalhes – como teria em um filme ou em uma obra literária –, as imagens são assustadoras.

A violência é tamanha, e muitas vezes motivada por questões passionais envolvendo casais, que a autora Luiza Nagib Eluf, em seu livro “A paixão no banco do réus: casos passionais e feminicídio: de Pontes Visgueiro a Mizael Bispo de Souza”, apresenta uma série de casos nos quais o parceiro, insatisfeito com o fim do relacionamento ou alguma possível traição por parte da uxória, retira-lhe a vida.

O último caso – de 17 apresentados em ordem cronológica – narrado pela autora é o de Mizael Bispo de Souza que foi condenado a 18 anos e 8 meses de reclusão pelo assassinato de Mércia Mikie Nakashima, advogada de 28 anos, ocorrido no ano de 2010. A pena, todavia, foi elevada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em junho de 2017, para 22 anos e 8 meses de reclusão. (ELUF, 2017).

Luiz Flávio Gomes, em comentário feito ao jornal Folha de São Paulo, fez a seguinte afirmação:

A violência machista por quem se sentia o *lixo dos lixos* diante do fim do relacionamento deparou-se com o sinal vermelho da Justiça, indicativo de que essa vergonha nacional não pode ter continuidade em nosso país, que é o 7º no *ranking* mundial nesse tipo de delito. Nós, os humanos, somos diferentes dos animais porque temos liberdade de escolher (dentro de certas circunstâncias) e podemos reconhecer a vulnerabilidade da nossa existência. Se tivéssemos mais consciência dessa vulnerabilidade, teríamos mais cuidado com a vida dos outros. Existem mil maneiras de resolver conflitos. Recorrer à violência é um atraso civilizatório abominável. (GOMES apud ELUF, 2017)

As palavras do jurista refletem bem a percepção de Eluf no que diz respeito a tolerância – na verdade, ausência dela – para crimes de tal natureza.

Outro caso que marcou o Brasil, e poderia estar no livro da autora, foi o assassinato da jovem Eloá Cristina Pimentel, de 15 anos de idade, que ocorreu em 17 de outubro de 2008. A jovem, após ser mantida como refém durante 100 horas em um apartamento em Santo André, no ABC paulista, foi assassinada com um tiro na virilha e outro na cabeça pelo ex-namorado Lindemberg Alves Fernandes, que foi condenado, em 16 de fevereiro de 2012, a 98 anos e 10 meses de prisão. (GLOBO, [2012]).

Eloá Pimentel, Mércia Nakashima, Tatiane Spitzner e diversas outras mulheres foram e, infelizmente, ainda serão vítimas deste repugnante tipo de violência.

Segundo o Mapa da Violência, no Brasil, “Dos 4.762 homicídios de mulheres registrados em 2013 pelo SIM [Sistema de Informações de Mortalidade], 2.394, isso é, 50,3% [...] foram perpetrados por um familiar da vítima.” (WAISELFISZ, 2015).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), por sua vez, divulgou em seu sítio eletrônico um levantamento, no ano de 2013, no qual informa que entre o ano de 2001 e 2011 há uma estimativa de que foram cometidos no território brasileiro mais de 50 mil “feminicídios”³, havendo, pois, uma proporção de 5 mil assassinatos de mulheres por ano no referido período, sendo que aproximadamente um terço destes homicídios ocorreram no domicílio da vítima, fazendo-se acreditar que grande parte destes crimes foram cometidos por motivações ligadas a relação doméstica e familiar de violência contra as pessoas do sexo feminino. (GARCIA et al., 2013).

Eluf, em sua obra supracitada, traz a informação de que a Argentina, a Bolívia, o Chile, a Colômbia, a Costa Rica, o Equador, El Salvador, a Guatemala, Honduras, o México, a Nicarágua, o Panamá, o Peru e a Venezuela, até o ano de 2015, eram nações que já possuíam leis versando sobre o crime de feminicídio. Ou seja, na América, pelo menos 14 países antes do Brasil já possuíam legislação tratando do homicídio de mulheres por questões ligadas ao sexo feminino. (ELUF, 2017).

Dos países citados, na América Latina, o primeiro país a tornar típico o feminicídio foi a Costa Rica no ano de 2007. (VÍLCHEZ apud GARCIA et al., 2016).

De certa forma, parece que não apenas o clamor social, buscando um maior rigor nas punições aplicadas contra quem comete assassinato em desfavor de mulheres por questões ligadas ao gênero, mas também uma pressão internacional, tiveram certa influência para que o Brasil introduzisse em seu ordenamento jurídico a qualificadora feminicídio, mesmo que referida influência tenha ocorrido de maneira indireta.

³ A pesquisa realizada pelo IPEA não faz distinção entre feminicídio e femicídio. A diferença será devidamente abordada neste trabalho.

Aliás, como será visto adiante, existem convenções internacionais que versam sobre a necessidade de proteção à mulher, as quais foram utilizadas para justificar a inserção da qualificadora feminicídio em nosso ordenamento jurídico.

Diante do quadro de violência anteriormente narrado, movimentos sociais em defesa do gênero feminino, notadamente os movimentos feministas, reuniam-se constantemente, e ainda se reúnem, tendo como escopo cobrar dos governantes políticas públicas necessárias para erradicar a violência contra a mulher também no Brasil.

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência contra a Mulher no Brasil, responsável pelos trabalhos que antecederam a criação da Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015, no Relatório Final, fez a seguinte afirmação:

Brasil é signatário de importantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, no âmbito global e regional. No âmbito global destacam-se a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Convenção CEDAW - e seu Protocolo Facultativo, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁵⁶ e no âmbito regional, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. Estes instrumentos em conjunto com a Constituição Federal formam um sistema de proteção constitucional ampliado de importância ímpar.

Nesse sentido, por exemplo, foi criada a Lei. 11.340 de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, cujo nome é uma homenagem, segundo o sitio eletrônico do Senado, a Sra. Maria da Penha Maia⁴.

Segundo o sitio eletrônico supracitado, a Lei Marinha da Penha cumpre as determinações estabelecidas em uma das convenções indicadas pelo Relatório Final da CPMI, qual seja, a Convenção de Belém do Pará.

A CPMI de Violência Contra a Mulher no Brasil, especificamente na Justificação do Projeto de Lei 292 de 2013, informou, ainda, que, de acordo com a ONU Mulheres, cerca 66 mil mulheres, entre 2004 e 2009, foram assassinadas por ano em todo o mundo, “em razão de serem mulheres”. (SENADO, p. 02).

⁴ O nome da lei é uma homenagem a Maria da Penha Maia, que foi agredida pelo marido durante seis anos até se tornar paraplégica, depois de sofrer atentado com arma de fogo, em 1983.

Especificamente no Brasil, a CPMI asseverou que entre o ano 2000 e o ano 2010, 43,7 mil mulheres foram assassinadas⁵.

Diante dos relatos midiáticos e da pressão de movimentos sociais, bem como os instrumentos alhures citados, foi criada “com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência” (CPMI, 2013), a já mencionada Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência contra a Mulher no Brasil.

Depois de um longo período de trabalho, foi apresentado o Projeto de Lei 292 de 2013, que deu origem a Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015. Referida lei alterou dois dispositivos de outras legislações do ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro foi art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), incluindo o feminicídio – objeto do presente trabalho – como qualificadora do homicídio, bem como novas majorantes específica do feminicídio; a segunda alteração ocorreu no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), elencando o feminicídio como uma hipótese de crime hediondo.

Assim sendo, de acordo com o levantamento da IPEA de 2016, o Brasil foi o 16ª país na América Latina a aprovar lei sobre o feminicídio. (GARCIA et al., 2016).

2.1 A Dificuldade Atual para Apurar a Quantidade de Feminicídios Ocorridos no Brasil

Mesmo com a entrada em vigor da Lei nº 12.104/2015, ainda é difícil saber os efeitos práticos da qualificadora, isto é, se realmente houve uma diminuição ou não nos assassinatos de mulheres em razão da condição do sexo feminino.

Se por um lado fala-se em subnotificação de tais casos, por outro, segundo informação contida na matéria já citada do sítio eletrônico G1, há uma inflação dos números.

No Distrito Federal, a priori, identifica-se qualquer assassinato de mulher (femicídio) como assassinato por razões de condição de sexo feminino (feminicídio). Observe o seguinte excerto da referida matéria:

⁵ Em relação a este dado, não é possível afirmar se referidos assassinatos foram em razões de gênero. Mas certo é que 41% deles, ainda segundo o Relatório Final citando a ONU Mulheres, foram cometidos nas casas das vítimas, figurando como autores do crime os companheiros ou ex-companheiros.

No Distrito Federal, desde o ano passado, houve uma mudança metodológica nos registros. **Todo assassinato de mulher já entra no sistema como feminicídio.** Segundo o subsecretário de Gestão da Informação da Secretaria de Segurança Pública do DF, Marcelo Durante, cabe ao processo de investigação definir se ele será “rebaixado ou não”. “Apesar de a gente ter tido uma redução no número de mortes de mulheres, os feminicídios foram ocupando espaço maior. Isso se dá, especificamente, por conta de a Polícia Civil estar cada vez mais internalizando esses procedimentos. As instituições estão aprendendo a lidar com isso.” (grifamos)

Parece que no Distrito Federal, ainda na fase de inquérito policial, diferente do que ocorre na fase processual, na qual prevalece a máxima do *in dubio pro reo*, a dúvida é em desfavor do investigado.

Com a evolução do direito o processo deixou de ser inquisitorial, cabendo, pois, ao *Parquet* a capitulação do crime cometido, não ficando adstrito à conclusão da policial judiciária.

Outro ponto negativo é a polarização que o Brasil vive hoje. Com movimentos feministas e os que se opõe a tal ativismo, uma guerra de narrativas é formada, e são utilizados, muitas vezes, dados que não condizem com a realidade, ou, às vezes mal analisados.

Como exemplo, pode-se citar a “youtuber” Thais Azevedo, a qual afirmou, em vídeo, utilizando dados do e Mapa da Violência de 2016, que 6% (por cento) dos assassinatos cometidos no Brasil no ano de 2014, foram cometidos por mulheres em desfavor dos parceiros.

Todavia, os dados citados não foram encontrados em nenhum dos documentos indicados pela mesma.

Na verdade, pode ter ocorrido um erro quanto ao instrumento utilizado, já que as porcentagens citadas, na verdade, são encontradas no levantamento de 2016 do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, referente aos anos de 2011 a 2013. Entretanto, a porcentagem indicada no levantamento faz referência aos assassinatos cometidos não só no Brasil. Dispõe o levantamento citado:

[...]de forma consistente, em 66 países do mundo, os parceiros íntimos são os principais assassinos de mulheres. Aproximadamente 40% de todos os homicídios de mulheres no mundo são cometidos por um parceiro íntimo. Em contraste, essa proporção é próxima a 6% entre os homens assassinados. Ou seja, a proporção de mulheres assassinadas por parceiro é seis vezes maior do que a proporção de homens assassinados por parceira (Stöckl et al., 2013).

Em termos percentuais, sem dúvida, há um número muito maior de parceiros que ceifam a vida de suas parceiras. Entretanto, tendo em vista que, *v. g.*, no Brasil, no ano de 2016, segundo o Atlas de Violência de 2018, citando informações do Ministério da Saúde, ocorreram 62.517 assassinatos no Brasil, sendo que 4.645 deste total foram assassinatos de mulheres, transformando as porcentagens indicadas pelo levantamento do IPEA em números reais, aplicando-os apenas no Brasil, pode-se chegar à conclusão que mais há mais mortes de homens por suas parceiras que o inverso.

Ora, 40% de 4.645 é 1.858. Já 6% de 57.872 – número total de assassinatos de homens no Brasil em 2016 – corresponde, aproximadamente, a 3.472 assassinatos.

Entretanto, não se pode tomar esses números como verdades absolutas, haja vista a época em que foram coletados os dados do IPEA, bem como o fato de variar de região para região o número de assassinatos.

Por outro lado, até pessoas com maior credibilidade acadêmica acabam cometendo equívocos ao tratar do tema. Luiza Nagib Eluf (2017) afirma que “um levantamento feito pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), divulgada em 2013, revelou que pelo menos 5.600 mulheres são mortas por ano no Brasil, vítimas de crimes passionais”. Neste caso, entretanto, o equívoco também deve ser relevado. A autora utilizou o levantamento disponibilizado em 2013 pela IPEA, no qual a expressão “feminicídio” é utilizada para qualquer caso de assassinato de mulheres.

O fato é que, no momento atual, ainda é muito difícil afirmar, com exatidão, os números de homicídios e sua motivação. A reboque, afirmar a quantidade de feminicídios com exatidão, utilizando o sentido técnico da palavra, será uma tarefa paulatina no decorrer dos próximos anos.

Com a ajuda dos meios de comunicação, ao que parece, este trabalho, pode ser mais simples. O sítio eletrônico G1, inclusive, já disponibilizou a ferramenta chamada de Monitor da Violência, na qual é possível observar, desde o ano de 2015, a quantidade de casos de feminicídio ocorridos no território nacional.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE QUALIFICADORAS

A Lei nº 13.104 de 9 de março de 2015, como já relatado, alterou alguns dispositivos de duas legislações nacionais – o Código Penal e a Lei de Crimes Hediondos. No Código Penal foi alterado especificamente o art. 121, sendo introduzido, em seu §2º, o inciso VI⁶ nomeado, atipicamente, de feminicídio.

O §2º, do art. 121, do Código Penal elenca as hipóteses nas quais incide qualificadoras do crime de homicídio.

Mas afinal, o que é uma qualificadora? Para responder essa pergunta, é necessário saber como a norma penal incriminadora é sistematizada.

3.1 Sistematização da Norma Penal Incriminadora

Rogério Greco (2017, p. 97) explica que é possível verificar em uma norma penal incriminadora dois preceitos: o preceito primário e o preceito secundário. O autor ainda ministra:

O primeiro deles, conhecido como preceito primário (*preceptum iuris*), é o encarregado de fazer a descrição detalhada e perfeita da conduta que se procura proibir ou impor; ao segundo, chamado preceito secundário (*sanctio iuris*), cabe a tarefa de individualizar a pena, cominando-a em abstrato.

Destarte, voltando os olhos ao art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848/40, percebe-se que “matar alguém” é o *preceptum iuris* do dispositivo, já o *sanctio iuris* da norma é “Pena – reclusão, de seis a vinte anos”, ou seja, no preceito secundário está presente a cominação da pena para a conduta prevista no preceito primário.

Sobre a cominação da pena à conduta tipificada, Eugênio Pacelli e André Callegari (2016, p. 363) fazem o seguinte apontamento, *in verbis*:

[...]o legislador dimensiona objetivamente o campo da punibilidade pelo fato, considerando então de modo abstrato [...]. O grau da reprovação do fato, portanto são fixados em bases mínimas e máximas, segundo sejam necessárias para o cumprimento das funções da pena.

⁶ Além da inclusão do inciso IV no §2º, do art. 121, ocorreu outra alteração que será alhures abordada.

Nota-se desta lição uma grande semelhança com a Teoria Tridimensional do Direito, formulada por Miguel Reale (1910 – 2006), pois há um diálogo entre o fato (homicídio), valor (percepção do legislador sobre a gravidade do fato) e a norma (pena fixada em abstrato).

Por fim, antes de abordar especificamente as qualificadoras, é importante salientar que a pena cominada abstrato no caput do art. 121 do Código Penal, exatamente o seu preceito secundário, refere-se a sua forma simples, isto é, não se trata de um homicídio privilegiado ou qualificado.

3.2 Conceito de Qualificadora

Levando em consideração todas as informações apresentadas, pode-se, agora, com mais facilidade, compreender o que é uma qualificadora e qual seu reflexo na pena.

Nas palavras de João Paulo Orsini Martinelli (2017, p. 184), as qualificadoras são “circunstâncias do crime que aumentam sua pena devido ao maior grau de reprovabilidade em relação à sua modalidade simples.”

Os autores Eugênio Pacelli e André Callegari (2016, p. 363), no mesmo sentido, lecionam que as qualificadoras, quando aplicadas ao mesmo tipo penal, “estabelecem nova moldura punitiva, fixando também os limites mínimos e máximos da pena [...]”.

Percebe-se, pois, que as circunstâncias qualificadoras têm o condão de alterar a pena cominada em abstrato, isto é, há uma alteração no *sanctio iuris*. Devido ao maior grau de reprovabilidade dos motivos, meios, modos ou a finalidade da prática da conduta tipificada, a pena cominada em abstrato será elevada.

Assim sendo, o Código Penal, no §2º do art. 121, relaciona as qualificadoras do crimes de homicídios, que são, com a entrada em vigor da Lei nº 13.104/15, o fato de o crime ter sido cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe (inciso I); por motivo fútil (inciso II); com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (inciso III); à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (IV); para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (V); contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (VI); e por fim, incluída pela Lei nº 13.142/2015, caso o crime seja cometido contra autoridade ou

agente descrito nos arts. 142 e 144 da Carta Magna de 1988, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou perante consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição (VII).

Nestas hipóteses, as penas cominadas em abstrato são elevadas, sendo, a pena mínima, reclusão de 12 anos e a pena máxima, reclusão de 30 anos.

Outra consideração interessante que deve ser feita em relação às qualificadoras é a divisão, já mencionada, em circunstâncias que dizem respeito ao motivo, meios, modos e finalidades.

Referida divisão é feita pela doutrina, e tem relevância não só acadêmica, mas também prática, já que a partir dela é possível identificar, com mais clareza, a natureza jurídica de cada qualificadora, isto é, saber, com mais facilidade, se a qualificadora é objetiva ou subjetiva, o que tem reflexo na dosimetria da pena.

3.3 Distinção Entre Qualificadora Subjetiva e Objetiva

Adiantou-se, no subcapítulo anterior, que as circunstâncias qualificadoras podem ser divididas de algumas formas, podendo ser quanto ao motivo, ao modo, ao meio ou à finalidade; ou podem ser divididas quanto sua natureza.

João Paulo O. Martinelli (2016, p. 184), assevera o seguinte:

É possível, ainda, dividir as qualificadoras em subjetivas e objetivas. As qualificadoras subjetivas são aquelas de ordem pessoal referentes ao íntimo da pessoa, por exemplo, o motivo que levou o agente a praticar o delito. Objetivas são as qualificadoras externas ao sujeito, como o meio ou modo de praticar a conduta.

A professora Alice Bianchini, por sua vez, aduz que as qualificadores serão de ordem subjetiva quando estiverem conectadas à motivação do fato típico cometido, ao passo em que as qualificadoras objetivas relacionam-se com a forma de sua execução, isto é, os meios e os modos. Assim sendo, as qualificadoras subjetivas vinculam-se ao agente, enquanto as de ordem objetiva dizem respeito ao crime. (BIANCHINI, 2016)

Observa-se, destarte, que o ponto nevrálgico para diferenciar uma qualificadora objetiva de uma qualificadora subjetiva é definir se a prática do crime resultou de algo inerente a pessoa que o cometeu, ou seja, se a circunstância do

crime é de caráter pessoal, íntimo ao sujeito ativo ou se diz respeito a fatores externos ao agente.

Assim sendo, pode-se notar que as circunstâncias qualificadoras que dizem respeito ao motivo e finalidade do delito têm natureza subjetiva, pois estão relacionadas ao íntimo do agente, já as qualificadoras que dizem respeito ao modo ou meio de execução do homicídio, são de natureza objetiva.

Nesse sentido, Cleber Masson (2016, p. 616), por exemplo, relaciona como qualificadoras de caráter pessoal, ou seja, de natureza subjetiva, as previstas nos incisos I, II, V, VI e VII e, ainda, a traição, que é prevista no inciso IV, do §2º do art. 121 do Código Penal; já, como circunstâncias qualificadoras de natureza objetiva, elenca os incisos III e IV, ressalvando, neste último caso, a traição, pois entende ter natureza subjetiva.

Ocorre que a definição da natureza jurídica de algumas qualificadoras não é algo pacífico na doutrina. Com a circunstância qualificadora introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015, não foi diferente, como será explicado no capítulo 5.

4 O CONCEITO DE FEMINICÍDIO E SUA DIFERENÇA EM RELAÇÃO AO FEMICÍDIO

Em capítulo anterior, ao ser feita a abordagem do contexto histórico para inserção da qualificadora feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, viu-se que em momento precedente à entrada em vigor da Lei nº 13.104/15 a expressão “feminicídio” era utilizada indistintamente, abrangendo tanto a qualificadora do crime de homicídio quanto os demais casos de assassinato de mulheres.

Entretanto, hodiernamente, com a entrada em vigor da lei supracitada, é necessário distinguir as suas situações, pois nem todo femicídio se traduz em um feminicídio.

O Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei 13.104 de 09 de março de 2015, elenca o feminicídio no inciso VI do §2º do art. 121 que assim dispõe:

Art. 121. Matar alguém:
 Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
 [...]
 § 2º Se o homicídio é cometido:
 [...]
 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. (BRASIL, 1940).

Diante de tal redação, o autor Cleber Masson (2016, p.41) conceitua feminicídio como “o homicídio doloso cometido contra a mulher por razões de condição de sexo feminino”.

Luiza Nagib Eluf (2017), por sua vez, afirma que o feminicídio é o assassinato de pessoa do sexo feminino, mas com alguma peculiaridade, a fim de que seja destacada e não abrangida pelo homicídio, qual seja, o ato de matar a mulher por razões da condição de sexo feminino, não sendo, pois, qualquer assassinato de mulher tido como feminicídio.

Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú lecionam que ambos os termos são utilizados como sinônimo nos países situados na América Latina, sendo utilizados para denominar o assassinato de mulheres por questões de gênero.

Entretanto, explicam que se tratam de expressões distintas, isto é, palavras que caracterizam situações diferentes. O *femicídio*, designação dada por Diane Russel em 1970, deveria ser utilizado para fazer referência e dar visibilidade às mortes violentas, assassinatos de mulheres em circunstâncias de opressão, discriminação e questão ligadas ao gênero. O *feminicídio*, por sua vez, explicam os professores, foi cunhado pela pesquisadora mexicana Marcela Lagarde, sendo utilizada para definir a mortes de mulheres por questão de gênero, diferenciando-se do femicídio pelo fato de ter um caráter político, traduzido no descaso do poder público em dar efetividade ao tratados e convenções internacionais que versam sobre erradicação da violência contra mulher, bem como pela omissão condenar os agentes que cometem tal conduta. (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2018).

Referidas definições elencadas pelos Gueiros e Japiassú, entretanto, não parecem ser as mais utilizadas pelos doutrinadores brasileiros. O termo feminicídio, que dá nome à qualificadora prevista no inciso VI, §2º, do art. 121 do Código Penal, é utilizada, especificamente, para fazer referência aos assassinatos de mulheres por razão de condição de sexo feminino, isto é, em razão de violência doméstica ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher⁷ (art. 121, §2-A, I e II respectivamente).

Pois bem. Sabendo, agora, o conceito da qualificadora prevista no art. 121, §2º, VI, do CP, resta diferenciá-la do femicídio.

No “Texto para Discussão”, do IPEA, já mencionado, Leila Posenato Garcia e Gabriela Drummond Marques da Silva (2016, p. 10) fazem a seguinte afirmação:

O termo “feminicídio” foi cunhado na década de 1970 como alternativa ao termo neutro “homicídio” para referir-se exclusivamente à morte de uma mulher por um homem, causada por um conflito de gênero, e chamar a atenção para a discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática contra a mulher, que tem a morte como sua forma mais extrema (Radford e Russell, 1992). Os marcos conceituais e legais da região da América Latina utilizam indistintamente os termos “femicídio” e “feminicídio” para se referirem à morte violenta de mulheres por razões de gênero (OACNUDH, 2014). (grifamos)

Observa-se, pois, que há, ainda, quem não diferencie os termos feminicídio (para se referir ao assassinato de mulheres por razões de condição do sexo feminino) e o femicídio (qualquer assassinato de mulher).

⁷ A definição de violência doméstica e menosprezo e discriminação à condição de mulher será abordado em capítulo próprio.

No âmbito das ciências jurídicas, todavia, ainda mais por se tratar de uma questão que envolve o *jus puniendi* do Estado, a distinção, o uso técnico das duas expressões, são de relevância ímpar.

Cleber Masson (2016, p. 42) assim define os institutos:

[...] é importante destacar que **feminicídio e femicídio não se confundem**. Ambos caracterizam homicídio, mas, enquanto aquele se baseia em razões da condição de sexo feminino, este consiste em qualquer homicídio contra a mulher. Exemplificativamente, se uma mulher matar outra mulher no contexto de uma briga de trânsito, estará configurado o femicídio, mas não o feminicídio.

André Estefam (2018), no mesmo sentido de Cleber Masson, leciona que femicídio é gênero, termo utilizado para definir qualquer assassinato de mulher, isto é, basta que o homicídio tenha como sujeito passivo uma mulher, não sendo necessário que o crime se dê por questões ligadas ao gênero feminino, para se falar em femicídio. O feminicídio, por sua vez, é espécie, sendo utilizado apenas nas hipóteses nas quais a vida da mulher é ceifada tendo como motivação o gênero feminino, isto é, por razões de condição de sexo feminino.

Neste diapasão, é possível observar que há uma clara diferença entre a expressão femicídio, quando utilizada por André Estefam e Cleber Masson e quando utilizada por Gueiros e Japiassú.

É de suma importância distinguir as duas situações, principalmente no que diz respeito à coleta de dados. Luiz Nagib Eluf (2017) leciona que a criação da figura penal do feminicídio, ao jogar luz no fato de que uma mulher morreu por ser mulher, escancara a violência de gênero, podendo assim “aumentar seu rigor punitivo”, o que é uma medida para intimidação do agressor.

Com efeito, não existe dúvida da necessidade de punir com maior rigor crimes que causam na sociedade maior repulsa. Um fato, quando valorado de forma negativa pela sociedade, deve ter um tratamento adequado pelo poder público.

Eventualmente, tais fatos são tipificados, sendo previamente estabelecida sanção legal para o infrator.

Não obstante a necessidade de tipificação de determinadas condutas, estas não podem ser situações isoladas. O direito penal é a *ultima ratio*, a privação da liberdade é medida extrema, não deve ser a regra.

A figura típica do feminicídio, enquanto qualificadora, já se encontra em vigor em nosso ordenamento jurídico. Resta agora ter uma devida apuração dos casos abrangidos por referida norma a fim de que seja averiguada a devida constatação de sua eficácia e, para tanto, diferenciar os casos de feminicídio e femicídio é uma medida necessária.

5 NATUREZA JURÍDICA DA CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA FEMINICÍDIO

A Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015, que alterou o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, acrescentando, ao §2º a circunstância qualificadora “feminicídio”, trouxe um debate doutrinário que não se restringe ao meio acadêmico, como será demonstrado.

Com a entrada em vigor da referida lei, surgiu a necessidade de definir a natureza jurídica do feminicídio, isto é, a natureza objetiva ou subjetiva da qualificadora ora analisada.

Conforme apontado na nota de rodapé à página 16, além da inclusão do inciso VI ao §2º do art. 121, a Lei nº 13.104/15 promoveu outra alteração no Código Penal.

Pois bem. Referida alteração trata-se da inclusão de uma norma penal de caráter explicativo, norma está que esclarece o que o legislador quis dizer com a expressão “razões da condição de sexo feminino”.

O dispositivo ora comentado é o §2-A, do art. 121 do Código Penal.

Nas lições de Alice Bianchini (2016, p. 205/207), esta norma fornece três situações onde a circunstância qualificadora estará presente. São elas: a) em casos de violência doméstica e familiar; b) por menosprezo à condição de mulher; e c) por discriminação à condição de mulher.

5.1 Entendimento Doutrinário

Entre os doutrinadores, não obstante a divergência de alguns autores, há um entendimento bastante acentuado de que a circunstância qualificadora feminicídio tem natureza subjetiva.

Precisa é a lição ministrada por Rogério Sanches Cunha (2017, p. 70), *in verbis*:

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

No mesmo sentido são os ensinamentos de Alice Bianchini (2016, p. 215/216) ao aduzir que “as três situações que configuram feminicídio previstas na norma penal interpretativa do §2º-A do art. 121 do Código Penal [...] são de caráter subjetivo, uma vez que representam a motivação da ação homicida.”

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2015), fazem a seguinte afirmação sobre a qualificadora prevista no art. 121, §2º, VI, do Código Penal, *in verbis*:

Perceba-se que o legislador não trouxe uma qualificadora para a morte de mulheres. Se fosse assim, bastaria ter dito: “Se o crime é cometido contra a mulher”, sem utilizar a expressão “por razões da condição de sexo feminino”.

Outro doutrinador que entende tratar-se o feminicídio de uma qualificadora subjetiva é Cleber Masson (2016, p. 619) – o que já ficou evidente no capítulo anterior. Veja a lição do autor:

O feminicídio constitui-se em circunstância pessoal ou subjetiva, pois diz respeito à motivação do agente. O homicídio é cometido por razões de condição de sexo feminino. Não há nenhuma ligação com os meios ou modos de execução do delito.

Há, porém, autores que ministram ensinamentos em sentido contrário. A exemplo de Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 617), ao aduzir que o feminicídio se trata de “uma qualificadora *objetiva*, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Não aquiescemos à ideia de ser uma qualificadora *subjetiva* [...] somente porque se inseriu a expressão ‘por razões de condição de sexo feminino’”.

Sendo assim, acrescenta, ainda, que a circunstância qualificadora feminicídio pode “conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo”, sendo esta a real proteção à mulher. Entender de forma diversa seria, para o autor, tornar a qualificadora inútil.

A análise feita por Guilherme de Souza Nucci é interessante, pois foge da definição comumente utilizada pela doutrina para diferenciar uma qualificadora objetiva de uma subjetiva.

Na verdade, pelo exemplo que o autor utiliza para demonstrar uma hipótese de homicídio *privilegiado-qualificado* – o que seria possível, diante do entendimento adotado por ele, isto é, de ser o feminicídio uma qualificadora objetiva -, a

qualificadora prevista no inciso IV não estaria relacionada ao motivo, mas sim a outra circunstância que, ao que parece, é o fato de o homem ser, em regra, mais forte que a mulher.

Aliás, o autor admite a possibilidade de, inclusive, não haver a incidência do feminicídio na hipótese de um homem matar uma mulher, não estando esta, entretanto, em condição de inferioridade sob qualquer prisma.

Observe o exemplo cuja referência foi feita no penúltimo parágrafo: “O companheiro surpreende a companheira tendo relações sexuais com o amante em seu lar, na frente dos filhos pequenos.” (NUCCI, p. 617).

Não parece ser o melhor entendimento, indo, aliás, contra a ideia de proporcionalidade. Ora, se a pena, como visto no capítulo 3, é cominada em abstrato, levando em consideração o grau de reprovabilidade da conduta, aceitar a incidência da qualificadora feminicídio em concomitância com uma circunstância que privilegia o homicídio, parece um entendimento totalmente teratológico.

Imagine a situação em que um policial militar ao chegar em sua residência encontra sua esposa, madrasta do seu pequeno filho de 6 meses de idade, com a criança nos seus braços, decapitada, ficando evidente que a mulher teria cometido o homicídio. Imediatamente o homem dá fim a vida da mulher. Pergunta-se: a conduta do homem em matar a mulher que acabou de tirar a vida do seu pequeno filho, é tão reprovável por ser ela parte mais frágil na relação? Parece razoável responder que não. O mesmo raciocínio pode ser utilizado no exemplo fornecido por Guilherme de Souza Nucci.

Cleber Masson (2016, p. 43) dá um ótimo exemplo que ajuda a perceber que nem todo homicídio de mulher, ainda que em âmbito familiar e doméstico, caracteriza o feminicídio. Observe:

O irmão mata a irmã, dentro de casa, para ficar com a totalidade da herança dos pais. Embora nítida a violência doméstica e familiar, não há falar em feminicídio, pois estão ausentes as "razões da condição do sexo feminino". É indiscutível o homicídio qualificado, mas pelo motivo torpe (ganância, ambição desmedida, cupidez). Aliás, tamanha a sua cobiça, certamente o agente mataria, se tivesse, outro irmão. Não foi o sexo da sua irmã que motivou o homicídio, e sim a busca desenfreada pela riqueza.

Não obstante a autoridade do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, parece ser a melhor doutrina, *in casu*, a que encampa a corrente segundo a qual o feminicídio trata-se de uma qualificadora de natureza subjetiva.

Com efeito, não basta apenas que o homem, por ser, em regra, fisicamente mais forte que a mulher, seja tido como feminicida quando os motivos que o levaram a cometer o ilícito nada têm a ver com a condição de mulher da vítima.

5.2 Entendimento Jurisprudencial

Na jurisprudência, diferente do que ocorre na doutrina, parece haver uma certa hegemonia no entendimento de que a circunstância qualificadora feminicídio tem natureza objetiva.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em seu sítio eletrônico, noticiou o primeiro caso no qual uma pessoa foi condenada em decorrência de ter cometido feminicídio.

Ao proferir a decisão, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sustentou que o feminicídio tem natureza objetiva, podendo, desta forma, conviver com qualificadoras subjetivas, como o motivo torpe ou motivo fútil. Veja a Ementa da decisão:

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

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reforçou a ideia que vem sendo adotada pela justiça ordinária ao considerar que a natureza do feminicídio é objetiva. Observe o seguinte excerto da emenda de um julgamento de *Habeas Corpus* sobre o tema:

[...]Extraí-se dos autos que a Corte de origem não reconheceu o alegado *bis in idem*, porquanto enquanto o motivo torpe está relacionado à razão do delito, ao que levou o réu a praticar o crime, o reconhecimento do feminicídio decorreu da ocorrência de violência doméstica e familiar. Ressaltou, ainda, que o acusado acreditava que tinha posse sobre a vítima, a qual manifestou o desejo de por fim ao relacionamento conjugal - motivo torpe, e o crime foi praticado contra o gênero mulher, prevalecendo o acusado de relações domésticas e familiares - feminicídio. Dessa forma, tem-se que o Tribunal a quo decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte superior, porquanto, tratando-se o motivo torpe de qualificadora de natureza subjetiva, e o feminicídio de qualificadora objetiva não há se falar em *bis in idem* no reconhecimento de ambas, de modo que não se vislumbra ilegalidade no ponto. Destaco que, conforme determina o art. 121, § 2º-A, II, do CP, a qualificadora do homicídio deve ser reconhecida nos casos em que o delito é cometido em face de mulher em violência doméstica e familiar. Assim, o fato de o paciente valer-se do relacionamento familiar que possuía com a vítima é aferível de maneira objetiva, e não se confunde com a circunstância de ter cometido o delito em razão de acreditar que tinha posse sobre a ofendida, a qual é de natureza subjetiva [...] (STJ, 2018)

Diante destes precedentes colacionados, observa-se que não há uma simbiose entre o que maior parte da doutrina vem sustentando e o atual entendimento dos tribunais, seja nos Tribunais de Justiça ou no Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, talvez, alguns magistrados, a fim de punir com maior rigor os assassinos de mulheres quando tal crime é praticado em decorrência do menosprezo ou discriminação do agente pela figura feminina, ou em decorrência da relação familiar ou doméstica, o que é, certamente, mas repugnante que o homicídio simples, acabam fazendo um exegese menos literal para aplicar tanto o motivo torpe quando o feminicídio no caso concreto.

Todavia, mesmo reconhecendo a fragilidade feminina em comparação ao homem e, sem dúvida, o fato de ser mais reprovável que o homicídio simples o assassinato de uma mulher por motivos ligados a sua condição de mulher, o Estado, representado pelo juiz, deve obediência às normas, dentre elas os princípios.

Neste diapasão, é possível encontrar julgados que reconhecem a natureza subjetiva do feminicídio, afastando a sua aplicação em conjunto com outras qualificadoras de mesma natureza.

Como exemplo, pode-se citar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, no Recurso em Sentido Estrito tombado sob o número 7007320569, julgado em 28/08/2016, a qual, confirmando o entendimento do magistrado de primeira instância, entendeu não ser possível a aplicação da qualificadora motivo torpe em conjunto com a qualificadora feminicídio, pois esta engloba a primeira. (TJRS, 2016).

Veja o excerto da decisão proferida pelo egrégio tribunal supracitado:

[...]entendo que a motivação torpe descrita na peça acusatória é elemento necessário ao preenchimento da qualificadora específica do feminicídio, devendo esta prevalecer sobre àquela, pois constitui, propriamente, uma *especificação da torpeza do fato*.

(...)

Portanto, de modo a evitar a ocorrência de *bis in idem*, reputo acertado o expurgo da qualificadora por motivação torpe. (TJRS, 2016).

Entretanto, em julgados mais recentes, a Egrégia Corte rio-grandense vem adotado o entendimento de que a feminicídio se trata de uma circunstância qualificadora de natureza objetiva, como é possível observar do julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade tombado sob o número 70078431186, publicado em 08 de novembro de 2018, proferido pelo Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, tendo como relator o Desembargador José Antônio Cidade Pitrez.

Com efeito, mesmo sendo o feminicídio uma das hipóteses mais reprováveis de ilícito prevista no nosso ordenamento jurídico, como será visto adiante, o agente que comete referido crime deve receber a punição adequada, prevista em lei. Nem mais, nem menos, apesar de não ser o que se verifica na prática.

6 VEDAÇÃO DO *BIS IN IDEM*

Em um Estado Democrático de Direito, no qual a dignidade da pessoa humana é um dos seus fundamentos (art. 1º, III, da Carta Magna), não se pode admitir que o Poder Público utilize o aparelho estatal para oprimir o seu povo.

Assim sendo, são impostos ao Estado, através de princípios constitucionais, expressos ou tácitos, limites ao seu poder. Tais limites, por óbvio, devem ser aplicados, também, ao seu poder de punir.

Neste diapasão, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 86) leciona:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do *Iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses *princípios limitadores* passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Continua o autor:

Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988.

Celso Antônio Bandeira de Mello, (2009, p. 948/949), por sua vez, aduz:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Cleber Masson (2017, p. 23) conclui:

Os princípios têm a função de orientar o legislador ordinário, e também o aplicador do Direito Penal, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos.

O presente capítulo, porém, não se presta a abordar todos os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo do Estado. O princípio do *ne bis in idem* foi escolhido justamente pela sua correlação com o efeito prático da adoção do entendimento de que a circunstância qualificadora feminicídio tem natureza subjetiva.

Feitas tais considerações, necessário analisar, por fim, o princípio que dá nome ao capítulo ora analisado.

Estefam e Gonçalves (2016, p. 138), ao abordarem o estudo do princípio do *ne bis in idem*⁸, ensinam que:

Cuida-se da proibição de dupla condenação por fato único. A vedação, que se funda em critério de equidade, no direito de liberdade e no devido processo legal, interessa tanto ao Direito Penal quanto ao Processo Penal.

Uma vez imposta e executada a sanção, esgota-se a função da pena, de tal modo que a renovação do apenamento pelo mesmo ato constituiria punição gratuita e infundada, fazendo do Direito Penal instrumento de vingança, e não de Justiça.

Cleber Masson (2017, p. 63), por sua vez, limita-se a afirmar que o princípio analisado deriva da dignidade da pessoa humana e proíbe de forma absoluta a dupla punição pelo mesmo fato.

Interessante, também, o ensinamento de Eugênio Pacelli e André Callegari (2016, p.156), ao afirmarem:

Esse princípio consagra o direito do agente de não ser sancionado duas vezes (ou mais) pelo mesmo fato. Em uma tradução livre, poder-se-ia designar esse princípio como “não duas vezes (*ne bis*) pela mesma razão (*in idem*)”.

Não poderá, pois, o mesmo agente ser sancionado penalmente por mais de uma vez, se essa sanção decorrer do mesmo fato e do mesmo fundamento daquela já aplicada.

Já Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 168/169) afirma que:

⁸ Nos cursos ou manuais de direito penal, o princípio do *ne bis in idem* – ou *no bis in idem* – não é muito aprofundado. Talvez isso ocorra por ser um princípio implícito no Constituição Federal de 1988. Referido princípio é tratado com mais abrangência em uma ótica processual, já que consta na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art. 8º, nº 4. Convenção está que foi promulgada no Brasil no pelo Decreto nº 678/92. Entretanto, os autores conseguem trazer algumas definições sobre o que seria o *ne bis in idem*, bem como situações nas quais o legislador, mesmo que não falando diretamente sobre o princípio, buscou vedar a aplicação de dupla punição pelo mesmo fato.

O processo de aplicação da pena pode acarretar a ofensa ao princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato, sem que o magistrado se aperceba. Considerando-se os vários estágios utilizados para estabelecer a pena justa, é fundamental a redobrada atenção para ponderar uma única vez cada circunstância envolvendo o delito.

Na fixação da pena-base, levando-se em consideração os requisitos estabelecido pelo art. 59 do Código Penal, devem-se usar apenas aqueles que não constituírem, noutros termos, causas legais de aumento ou diminuição de pena.

Vê-se, destarte, que o ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos em regra, repudia a punição dupla pelo mesmo fato.

Assim sendo, é necessário impor embargos a qualquer medida que tenha o condão de se afastar da justiça. Não se deve olvidar que uma sanção já imposta esgota sua função de pena caso seja aplicada novamente, de modo que renovação do apenamento, pelo mesmo fato, transformará o Direito Penal em instrumento de vingança, e não de Justiça. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016).

7 IMPLICAÇÕES DO FEMINICÍDIO NA DOSIMETRIA DA PENA DIANTE DE SUA NATUREZA SUBJETIVA

Durante todo este trabalho, buscou-se traçar, capítulo a capítulo, uma linha de raciocínio que facilita a compreensão até do leitor mais leigo na ciência jurídica.

Pois bem. Adotando-se a corrente doutrinária que sustenta a natureza subjetiva da circunstância qualificadora feminicídio, vários reflexos práticos serão totalmente divergentes do que seriam caso fosse adotado o entendimento doutrinário de tratar-se de uma qualificadora de natureza objetiva.

Ab initio é importante deixar consignado que ainda que haja divergência doutrinária quanto a aplicação das circunstâncias que privilegiam o crime em concomitância com as qualificadoras de natureza objetiva, não há dúvida quanto a impossibilidade de coexistência de mais de uma qualificadora de natureza subjetiva aplicada ao mesmo fato.

Nesse diapasão, José Nabuco Filho (2015, p 204) faz a seguinte afirmação:

Sabe-se que é possível que o homicídio tenha mais de uma qualificadora, tanto quanto se sabe que nem todas as qualificadoras são compatíveis entre si. Jamais poderão, em um mesmo homicídio, coexistir duas qualificadoras de natureza subjetiva.

[...]

É impossível se cogitar que um homicídio é ao mesmo tempo praticado por motivo torpe e fútil,¹² por motivo torpe e fim de assegurar a execução de outro crime. Porém, é factível um homicídio praticado por motivo torpe (inciso I), com explosivo (inciso III) acionado de emboscada (inciso IV).

Não por acaso o Tribunal de Justiça do Piauí proferiu a seguinte decisão, *in verbis*:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 1. OPOSIÇÃO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. 2. PRONÚNCIA. COEXISTÊNCIA DE QUALIFICADORAS DE CARÁTER SUBJETIVO. MOTIVO FÚTIL E MOTIVO TORPE. INCOMPATIBILIDADE. 3. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA EXCLUIR A QUALIFICADORA DE MOTIVO FÚTIL.

1. É extemporâneo o recurso interposto antes da publicação da decisão a que se opõe, salvo se houver reiteração posterior, o que, na espécie, não se verificou.

2. Tratando-se de homicídio supostamente cometido contra uma só vítima, é incompatível a incidência concomitante das qualificadoras do motivo fútil e torpe, porquanto são antagônicas e de caráter subjetivo.

3. O crime cometido em razão de dívida de traficância de entorpecentes é, em tese, torpe, e não fútil, impondo-se, assim, a concessão, de ofício, de

Ordem de Habeas Corpus, em favor de todos os pronunciados, para excluir-se a incidência da qualificadora do motivo fútil. (grifamos) (TJPI, 2009)

E não poderia ser diferente. Como visto em subcapítulo 3.2, o sujeito ativo do homicídio, estando em perfeito estado mental – pelo menos na primeira situação - ceifa a vida de outro cidadão impulsionado por alguma motivação, por alguma finalidade, de algum modo, ou, ainda, por algum meio.

As qualificadoras previstas no art. 121, §2º incisos I e II, isto é, respectivamente, motivo torpe e o motivo fútil, estão relacionadas com a motivação do crime e têm natureza subjetiva, pois estão ligadas ao agente que pratica o ilícito, não ao fato. (MASSON, 2016, p. 27).

Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 615) leciona que o motivo torpe é aquele “repugnante, indecente, ignóbil, logo, provocador de repulsa à sociedade”. Já o motivo fútil é aquele “insignificante se comparado com ao resultado provado. [...] é a flagrante desproporção entre o motivo e o resultado obtido”.

Assim sendo, extrai-se, pois, que duas qualificadoras que dizem respeito ao íntimo do agente, não ao fato, não podem coexistir. Ou o sujeito comete um crime por motivo fútil ou o comete por motivo torpe. O assassinato do marido para ficar com a herança é algo repugnante, portanto, torpe, e não algo insignificante, o que seria fútil.

Sobre o tema em análise, *in casu*, o principal aspecto parece ser a impossibilidade da incidência da circunstância qualificadora feminicídio com as demais qualificadoras subjetivas, pois, caso contrário, estar-se-ia permitindo a punição do agente, duas vezes, pelo mesmo fato.

Ora, assumindo que o feminicídio diz respeito ao motivo que levou o sujeito ativo a cometer o fato típico, e referida qualificadora tendo o condão de alterar o *sanctio iuris*, isto é, a pena cominada em abstrato, aplicar outras qualificadoras que digam respeito aos motivos ou fins do cometimento do crime, seria punir o agente duas vezes, ou mais, por um mesmo fato.

Referido raciocínio fica mais evidente ao se ter em mente que o assassinato de mulher por razões de condição de sexo feminino, por si só, já é algo torpe, já é uma conduta que causa repulsa à sociedade. Daí porque há, inclusive, quem sustente o caráter meramente simbólico da qualificadora analisada.

No mesmo sentido, ao expor os motivos para sustentar a natureza subjetiva do feminicídio, Alice Bianchini (2016, p. 217) leciona:

O que faz com que o assassinato de uma mulher seja considerado feminicídio é exatamente a motivação do delito.

[...]

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

Não diferente é a lição ministrada pelo advogado José Nabuco Filho (2015, p 205), ao afirmar:

[...]no que se refere ao motivo torpe, a impossibilidade de coexistência com o feminicídio também é manifesta. A rigor, matar por razão de sexo feminino não deixa de ser torpe, já que se trata de uma motivação que contrasta com os valores éticos predominantes na sociedade. [...]Cogitar a possibilidade de que um homicídio tenha a qualificadora do feminicídio e do motivo torpe, seria propor inaceitável *bis in idem*.

Assim sendo, é de extrema importância, a fim de evitar a dupla punição pelo mesmo fato, que, na hipótese de aplicação da qualificadora ora analisada não sejam aplicadas as agravantes prévias no art. 61 do Código Penal que tenham a mesma finalidade.

Referida lição pode ser extraída dos ensinamentos de Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú (2018), que afirmam, *in verbis*:

[...]não raro, hipóteses qualificadoras do homicídio constam, também, como circunstâncias agravantes no art. 61, do CP. Nesse sentido, no momento da aplicação da pena – para não violar o princípio do *ne bis in idem* – cumpre não efetuar uma dupla valoração das mesmas circunstâncias.

Neste diapasão, não é possível reconhecer o feminicídio e aplicar as circunstâncias agravantes do motivo torpe e fútil (art. 61, II, “a” do CP). De igual modo, não é possível aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 61, II, “b” do Código Penal, pois trata-se de mais uma circunstância de caráter subjetivo, sendo incompatível com a motivação do feminicídio.

É importante lembrar, ainda, que há outras circunstâncias previstas no art. 61 do Código Penal que não devem ser aplicadas em conjunto com o feminicídio.

Entretanto, tal impossibilidade se dá não por serem incompatíveis com a natureza jurídica da referida qualificadora, mas sim por já haver causa de aumento de pena específica para tal situação.

Destarte, havendo a aplicação da majorante prevista na primeira parte do inciso I, do §7º do art. 121 do Código Penal, não é possível a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, “h”, parte final, do mesmo diploma, pois ambos os dispositivos trazem sanção mais gravosa para o crime cometido contra gestante⁹. Ora, o fato é cometer o crime contra gestante. Usar as duas causas de aumento de pena para a mesma situação, sem dúvida, enseja em *bis in idem*.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado para reconhecer a impossibilidade de aplicar a segunda parte do inciso II, do §7º, do art. 121, do Código Penal em conjunto com a segunda parte da alínea “h”, do inciso II, do art. 61 do diploma supracitado, haja vista nos dois casos haver uma sanção mais gravosa para quem comete o fato típico contra pessoa com mais de 60 anos.

A primeira parte dos dispositivos supracitados traz uma questão interessante, pois o primeiro dispõe que o feminicídio seja majorado caso cometido contra menor de 14 anos, enquanto o segundo dispositivo fala em “criança”.

A doutrina, segundo Guilherme de Souza Nucci (2016), se divide quanto à definição do conceito de criança no âmbito penal, apontando três correntes: a primeira define criança como a pessoa até sete anos completos; a segunda, seguindo a disposição do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, sustenta que a pessoa é criança até os doze anos incompletos; já a terceira corrente sustenta que a pessoa até quatorze anos incompletos é uma criança.

Entretanto, mesmo havendo divergência doutrinária quanto a definição de “criança” no âmbito do direito penal, sendo aplicada a majorante prevista na primeira parte do inciso II, do §7º do art. 121 do Código Penal, não se pode, sob pena de punir o sujeito ativo duas vezes pelo menos fato, aplicar a agravante prevista na primeira parte da alínea “h”, do inciso II, do art. 61, do Código Penal.

Não se pode olvidar, também, que na primeira fase da aplicação da pena, isto é, a fixação da pena-base, os motivos determinantes do crime não devem ser

⁹ A aplicação da majorante do feminicídio cometido contra gestante ainda é uma questão controversa. Há quem defenda ser uma causa de aumento de pena inaplicável, defendendo que haja o concurso formal entre o feminicídio e o crime de aborto provocado por terceiro sem consentimento da mulher (art. 125, CP).

levados em consideração quando a motivação do agente é elemento do crime, ou trata-se de uma qualificadora ou agravante, evitando que ocorra *bis in idem*.

Nesse sentido é a lição de Cleber Masson (2017, p. 746), *in verbis*:

Só tem cabimento essa circunstância judicial [...] quando a motivação não caracterizar elemento do delito, qualificadora, causa de diminuição ou aumento da pena, ou atenuante ou agravante genérica.

O autor fornece o exemplo do motivo fútil e afirma que se trata de uma qualificadora do crime de homicídio e agravante genérica para os demais crimes. Nesses termos, explica que “se fútil o motivo, será utilizado como qualificadora ou agravante genérica, conforme o caso, e não como circunstância desfavorável, *evitando-se o bis in idem*”. (MASSON, 2017, p. 746/747).

No mesmo sentido é a lição de Rogério Greco (2017), que leciona:

[...] se os motivos que levaram o agente a praticar a infração penal já estão fazendo com que sua pena fuja àquela prevista na modalidade básica do tipo penal, quando da fixação da pena-base não poderá o julgador, por mais uma vez, considerá-los negativamente, ou seja, em prejuízo do agente, sob pena de incorrer no chamado *bis in idem*.

Destarte, sendo o feminicídio uma qualificadora que diz respeito à motivação do agente, acatando-se sua natureza subjetiva, devem ser desconsiderados os motivos determinantes para fins de fixação da pena-base.

Por fim, não se pode olvidar que, sendo a qualificadora feminicídio de natureza subjetiva, não há a possibilidade de coexistir com uma das circunstâncias que privilegiam o homicídio.

Nesse sentido, antes de mudar o entendimento quanto a natureza jurídica do feminicídio, isto é, enquanto reconhecia sua natureza subjetiva, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu a incompatibilidade entre a qualificadora ora analisada e a circunstância que privilegia o crime. Veja ementa do acórdão, *in verbis*:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL -HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO - JÚRI - PRELIMINAR - CRIME COMETIDO MEDIANTE VIOLENTA EMOÇÃO, LOGO EM SEGUIDA A INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA - QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO - INCOMPATIBILIDADE ENTRE A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (SUBJETIVA) E UMA QUALIFICADORA SUBJETIVA DESTE MESMO DELITO - NULIDADE DECRETADA.

- Nos termos da sistemática do Código Penal, torna-se incompatível o reconhecimento do Homicídio privilegiado, de natureza subjetiva, com a qualificadora do feminicídio, de mesma natureza, havendo, portanto nítida

contradição entre elas. Preliminar acolhida. Mérito dos recursos prejudicados. (TJMG, 2018)

Não há como, ao mesmo tempo, uma pessoa matar uma mulher sob o domínio de violenta emoção ou impelido por relevante valor social ou moral, e por motivo de razão de sexo feminino, levando em consideração a norma de caráter explicativo (§2º-A do art. 121 do Código Penal) e o conceito fornecido pelo art. 5º da Lei Maria da Penha.

8 CONCLUSÃO

Abordou-se, ao longo do presente trabalho, ensinamentos e reflexões doutrinárias a fim de definir as implicações da circunstância qualificadora introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 13.104 de 09 de março de 2015 – feminicídio.

Foi visto que uma norma penal incriminadora é formada por dois preceitos – o preceito primário e o preceito secundário -, sendo definido no *sanctio iuris* a individualização da pena, isto é, a cominação da pena em abstrato correspondente ao fato típico.

Para definição da sanção cominada em abstrato, deve-se considerar o grau de reprovabilidade da conduta, bem como estar atento aos princípios constitucionais limitadores de punir do Estado.

A grau de reprovabilidade da conduta orienta, também, a definição das qualificadoras, quem têm o condão de alterar a pena cominada em abstrato. Destarte, sendo a conduta mais reprovável, a pena será, conseqüentemente, maior.

No caso específico do homicídio, foi lecionado que as circunstâncias qualificadoras podem ser relacionadas aos motivos, aos meios, aos modos, ou à finalidade do cometimento do ilícito penal.

O feminicídio é elencado como uma qualificadora que diz respeito ao motivo do crime – pelo menos é o entendimento doutrinário majoritário aqui relacionado. Destarte, referida qualificadora está ligada ao *animus* do agente; é algo, portanto, pessoal.

Uma segunda divisão feita entre as qualificadoras, diz respeito à sua natureza, isto é, terem natureza subjetiva ou objetiva, sendo que a primeira é de caráter pessoal e a segunda está ligada aos meios ou modos de como o crime foi cometido.

Assim sendo, adotou-se o entendimento de que a circunstância qualificadora prevista no inciso VI, do §2º, do art. 121, do Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940, tem natureza subjetiva, pois diz respeito à motivação do sujeito ativo.

Adotado referido entendimento, diante dos princípios limitadores do poder punitivo do Estado, especificamente o princípio do *ne bis in idem*, também conhecido como vedação da dupla punição pelo mesmo fato, concluiu-se que a aplicação do

feminicídio não pode coexistir com as demais qualificadoras que também tenham natureza subjetiva, como é o caso do motivo torpe ou do motivo fútil.

Ainda neste diapasão, asseverou-se que não é possível a aplicação de algumas das causas de aumento de pena previstas no art. 121, §7º do Código Penal, com as circunstâncias agravantes previstas no art. 61 do mesmo diploma legal e com os motivos determinantes previsto nas circunstâncias judiciais do art. 59.

Por fim, assentou-se, também, a impossibilidade de se falar em feminicídio privilegiado-qualificado, ante a impossibilidade de uma qualificadora de subjetiva coexistir com uma circunstância que privilegia o homicídio.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Thais. **Participação no Parlatório Livre – 08/07/2017**. 2017. (23min42s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Y5Urv7HL52l&t=268s>>. Acesso em: 29 set. 2018;

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio: Entenda as questões Controvertidas da Lei nº 13.104/2015. ASSUNTO ESPECIL - DOUTIRINA**, São Paulo, maio. 2015. Disponível em:< http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015?ref=news_feed>. Acesso em: 03 abr. 2018;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** : Parte Geral. 17ª Edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2153 p;

BRASIL. Projeto de Lei n. 292, de 16 de jul. de 2013. Projeto de Lei do Senado. **Feminicídio**. Brasília, p. 01-12, jul. 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&disposition=inline>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940;

BRASIL. Lei n. 13.104, de 09 de mar. de 2015. **Feminicídio. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.**. Brasília, p. 1-1, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 22 maio 2018;

CASO Eloá. [S.l.: s.n.], [2012]. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/caso-elo/a-historia.htm>>. Acesso em: 21 out. 2018.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da Violência 2018**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2018. 93 p. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8398/1/Atlas%20da%20viol%C3%AAncia_2018.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018;

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** : Parte Especial. 9ª Edição. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. 991 p. v. único;

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus** : Casos passionais e feminicídio. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 275 p;

ESTEFAM, André. **Direito Penal** : Parte Especial (arts. 121 a 234-B). 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 2.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Princípio do "ne bis in idem". In: LENZA, Pedro (Org.). **Direito Penal Esquemático** . 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 138-140;

FILHO, José Nabuco. **FEMINICÍDIO**. São Judas Tadeu: Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, 2015. 200/2011 p. Disponível em <<http://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/12-jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2018;

GARCEL, Fernando. MP denuncia marido de Tatiane Spitzner por feminicídio, cárcere privado e fraude processual. **Paraná Portal** , [S.l.], 06 ago. 2018. cidades, p. s.p. Disponível em: <<https://paranaportal.uol.com.br/cidades/mp-denuncia-marido-de-tatiane-spitzner-por-feminicidio-carcere-privado-e-fraude-processual/>>. Acesso em: 30 set. 2018;

GARCIA, Leila Posenato et al. Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil. **Texto para Discussão** , [S.l.], p. 1-5, set. 2013. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018;

GARCIA, Leila Posenato; SILVA, Gabriela Drummond Marques da. MORTALIDADE DE MULHERES POR AGRESSÕES NO BRASIL: PERFIL E ESTIMATIVAS CORRIGIDAS (2011-2013). **Texto para Discussão** , Brasília, p. 1-45, fev. 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6260/1/td_2179.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018;

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal** : Parte Geral. 19ª. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. 1.139 p. v. 1;

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal** : Parte Especial. 14ª. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017. 1.139 p. v. 2;

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito Penal** : Volume Único. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Dos Crimes Contra a Vida. In: MARTINELLI, João Paulo Orsini et al. **Código Penal Interpretado** . 7ª edição. ed. Barueri: Manole, 2017. p. 181-201. v. Único;

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado** . 4ª Edição. ed. São Paulo: Método, 2016. 1657 p. v. único;

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado** : parte especial. 9ª. ed. São Paulo: Método, 2016. 860 p. v. 2.

MASSON, Cleber. **Dirito Penal** : Parte Geral. 11ª Edição. ed. São Paulo: Método, 2017. 1118 p. v. 1;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** . 26ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1102 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**.12ª. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2016;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal** : Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1164 p. v. 1;

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, Anderé. **Manual de Direito Penal** : Parte Geral. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 490 p;

PONTUAL, Helena Daltro. **Lei Maria da Penha** . Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 15 jul. 2018;

RELATÓRIO FINAL . Brasília: [s.n.], 2013. 1045 p. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contras-mulheres>>. Acesso em: 15 jul. 2018;

STJ. (19 de Abril de 2018). *HABEAS CORPUS : HC 440945 MG 2018/0059557-0*. Relator: Nefi Cordeiro. DJ: 19/04/2018. Acesso em 14 de Outubro de 2018, disponível em Superior Tribunal de Justiça: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82196515&num_registro=201800595570&data=20180419;

TJDFT. (11 de Novembro de 2015). *Recurso em Sentido Estrito : RSE 20150310069727* . Relator: Desembargador George Lopes. DJ: 29/10/2015. Acesso em 14 de Outubro de 2018, disponível em Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>;

TJDFT reconhece que feminicídio é qualificadora objetiva para crime de violência de doméstica. 2015. Disponível em: <<http://www.mpdf.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/noticias/noticias->

2015/noticias-2015-lista/8113-tjdft-reconhece-que-feminicidio-e-qualificadora-objetiva>. Acesso em: 25 jun. 2018;

TJMG. (21 de Março de 2018). *Apelação Criminal. AP 1.0271.16.007072-5/001. Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo. DJ: 14/03/2018*. Acesso em 31 de Outubro de 2018, disponível em Tribunal de Justiça de Minas Gerais: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0271.16.007072-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>

TJPI. (17 de Dezembro de 2009). *Embargos Declaratórios: ED 200900010023271. Relator: Desembargador Erivan José da Silva Lopes. DJ: 15/12/2009*. Acesso em 30 de Outubro de 2018, disponível em Tribunal de Justiça do Piauí: http://www.tjpi.jus.br/download/100000000123092_100012610500723_1.0001

TJRS. (24 de Agosto de 2016). *Recurso em Sentido Estrito. RSE 70070320569. Relator Sérgio Miguel Achutti Blattes. DJ: 24/08/2016*. Acesso em 31 de Outubro de 2018, disponível em Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70070320569&code=2969&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%203.%20CAMARA%20CRIMINAL

VELASCO, Clara et al. **Monitor da Violência** : Femicídios no Brasil. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/femicidios-no-brasil/>>. Acesso em: 30 set. 2018;

VELASCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. Monitor da Violência: Cresce o nº de mulheres vítimas de homicídio no Brasil; dados de feminicídio são subnotificados. **GLOBO** , [S.l.], 07 mar. 2018. notícia, p. s.p. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml>>. Acesso em: 26 set. 2018;

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015** : Homicídio de Mulheres no Brasil. Brasília: [s.n.], 2015. 83 p. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2015/11/MapaViolencia_2015_homicidiodemulheres.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018;

ZANELLA, Everton et al. *Feminicídio: considerações iniciais*. São Paulo, MPSP, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos>. Acesso em: 23/06/2018.