



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO

ANYSSA AYALA ALVES DOS SANTOS

A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

CAMPINA GRANDE – PB
2016

ANYSSA AYALA ALVES DOS SANTOS

A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Graduação de Direito na Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Me. Marcelo D'Angelo Lara.

CAMPINA GRANDE – PB
2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S732n Santos, Anyssa Ayala Alves dos.
A natureza jurídica da qualificadora do feminicídio
[manuscrito] / Anyssa Ayala Alves dos Santos. - 2016.
25 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2016.

"Orientação: Prof. Me. Marcelo D'Angelo Lara.,
Departamento de Direito Público".

1. Feminicídio. 2. Violência de Gênero. 3. Direito Penal. I.
Título.

21. ed. CDD 345

ANYSSA AYALA ALVES DOS SANTOS

A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Graduação de Direito na Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel.

Área de Concentração: Direito Penal.

Aprovada em: 02/06/2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me.  Marcelo D'Angelo Lara (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Prof. Me.  Arnilton de França
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Prof. Me.  Elis Formiga Lucena
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À memória de Edvânia, minha amada tia.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus maravilhoso e a minha mãe Maria pela saúde, discernimento e força necessária para a concretização de mais essa conquista.

Ao meu Pai José Edson e a minha mãe Rosineide por me ensinar através do exemplo a perseverar em busca dos meus sonhos. Agradeço pelo zelo, apoio, preocupação, companheirismo, paciência e principalmente amor incondicional ao longo de toda minha vida.

Ao meu irmão Joedson pelas memórias que fizemos juntos na simplicidade do amor fraternal e pela paciência cotidiana.

Aos meus tios Edilene e Bado e minha prima Mayra por ter me acolhido com carinho em sua casa o que foi primordial para minha formação e amadurecimento.

A Erck e sua família pelo apoio e por comemorar junto comigo todas as conquistas e alegrias como uma só família.

A minha família EJC, em especial Viviane, Marcio Patrício e minha irmã de coração Natália por me auxiliarem no crescimento espiritual.

Aos familiares que torceram e acreditaram.

Ao meu orientador, Prof. Me. Marcelo D'Ângelo Lara, pela disponibilidade e boa vontade em me ajudar nesta pesquisa.

Aos professores Me. Amilton e Me. Elis que se disponibilizaram a participar da banca de avaliação do presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Ao corpo docente do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em especial ao Prof. Dr. Raymundo Juliano Rêgo Feitosa, por ter, logo no início do curso, me incluído no grupo de pesquisa "Reformas Tributárias no Brasil pós-1988" e a Prof. Dra. Rosimeire Ventura Leite, por ter, com muita dedicação, me orientado no PIBIC.

Ao pessoal da 2ª Vara de Família – Comarca de Campina Grande/PB, pela amizade e presteza no ensino do meu primeiro contato com a prática do Direito.

As minhas amigas Anna Karyne, Ingrid e Ivy que dividiram apartamento, vida, sonhos, felicidades e tristezas ao longo desses cinco anos.

As minhas amigas Hilda Roberta, Lívia, Lorayne e Monique por todos os momentos juntas.

As amigas e colegas de trabalho Anúbia, Cecília e Susan pela compreensão e estimulante companhia.

"Porque há o direito ao grito. Então eu grito."
(Clarice Lispector)

SUMÁRIO

RESUMO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
1 INTRODUÇÃO	7
2 APONTAMENTOS ACERCA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO	9
3 COMENTÁRIOS À NOVA QUALIFICADORA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.1 CIRCUNSTÂNCIAS CONFIGURADORAS DO CRIME	Erro! Indicador não definido.
3.2 DA SUA HEDIONDEZ.....	Erro! Indicador não definido.
4 NATUREZA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
4.1 CONCURSO ENTRE O FEMINICÍDIO E DEMAIS QUALIFICADORAS	17
4.2 FEMINICÍDIO E CIRCUNSTÂNCIAS PRIVILEGIADORA.....	19
4.3 FEMINICÍDIO PRIVILEGIADO E LEI DOS CRIMES HEDIONDOS	21
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
ABSTRACT	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
REFERÊNCIAS	24

A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

SANTOS, Anyssa Ayala Alves¹
LARA, Marcelo D'Angelo²

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar a natureza jurídica da nova qualificadora do feminicídio introduzida no artigo 121 do Código Penal Brasileiro pela Lei 13.104, em 09 de março de 2015, que também alterou a Lei 8.072, de 1990, para incluir expressamente a nova qualificadora no rol dos crimes hediondos. A doutrina diverge sobre em qual espécie de qualificadora melhor se encaixaria o feminicídio, se nas de índole subjetiva ou objetiva. Tal questão, embora pareça meramente de ordem didática, implica consequências importantes no âmbito do órgão competente para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, o tribunal do Júri. Desta forma, o presente ensaio objetiva analisar o feminicídio como uma perspectiva de inovação legislativa no combate à violência contra a mulher demonstrando que a natureza jurídica da nova qualificadora é de índole objetiva e, assim, pode concorrer com outras qualificadoras de ordem subjetiva, o que permite punir mais rigorosamente crimes cometidos nessas circunstâncias; e ainda ser cumulado com circunstância privilegiadora, porque não haveria prejudicialidade em sua análise pelo conselho de sentença.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio; Qualificadora; Natureza Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa debater a alteração trazida pela Lei 13.104/2015 ao Artigo 121 do Código Penal brasileiro, decorrente do projeto de lei nº 8.305/2014 – proposto pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher -, acrescentando o feminicídio entre as qualificadoras do crime de homicídio.

Para José Nabuco Filho³ a nova qualificadora é de natureza subjetiva, uma vez que se configura quando o agente matar a mulher motivado por sua condição feminina. Dessa maneira, segundo ele a alteração implementada pela Lei 13.104/2015 seria desnecessária, já que o homicídio contra a mulher cujo motivo fosse o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, já era considerado qualificado por motivo torpe, portanto, a nova lei em nada contribuiria para a diminuição da violência contra a mulher.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. E-mail: anyssaayala92@gmail.com.

² Mestre em Direito Penal e professor substituto da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. E-mail: marcelodlara@hotmail.com.

³ FILHO, José Nabuco. **Feminicídio**. Revista da Faculdade de Direito. 2015. Disponível em: <<http://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/12-jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf>>. Acesso em: 29.04.2016.

Coaduna com o posicionamento pela índole subjetiva do feminicídio o doutrinador Rogério Sanches⁴ quando, comentando a possibilidade de coexistir circunstâncias privilegiadoras (§ 1º do art. 121), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV), defende ser o feminicídio de natureza subjetiva, pois seria um disparate pensar em um crime repugnante à dignidade da mulher e que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima.

Longe de ser um ponto pacífico na doutrina há quem defenda posicionamento adverso. Defendendo ser o feminicídio uma qualificadora de natureza objetiva, Amom Albernaz Pires⁵ ressalta que apesar da lei descrever uma espécie de violência específica contra a mulher “em razão da condição de sexo feminino”, criando a sensação de motivação do crime, na realidade os jurados farão mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses legais de violência doméstica e familiar positivadas no artigo 5º, inc. I, II e III da Lei Maria da Penha.

Por oportuno, ressalte-se que, simultaneamente à elaboração do trabalho está em andamento o que se considera o *leading case* nacional sobre o tema. A recente decisão da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que por unanimidade deu provimento ao recurso do Ministério Público, entendendo que não há conflito entre as qualificadoras do crime de feminicídio e motivo torpe, representando o posicionamento pela natureza objetiva da nova qualificadora uma vez que é impossível a cumulação de qualificadoras com mesma natureza.

Isto posto, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento de estudos sobre a temática, o presente ensaio pretende desenvolver o questionamento sobre de qual ordem é a natureza jurídica da qualificadora do feminicídio e assim analisar as suas consequências na quesitação do Tribunal do Júri, se é possível a cumulação com as demais qualificadoras do homicídio e/ou concorrer com circunstâncias minorantes criando a figura híbrida “feminicídio privilegiado”.

Nessa perspectiva, objetiva-se, de modo geral: a) analisar o feminicídio como uma perspectiva de inovação legislativa no combate à violência contra a mulher e b) demonstrar que a natureza jurídica da nova qualificadora é de índole objetiva podendo concorrer com qualificadoras de natureza subjetiva e ainda ser cumulado com circunstância privilegiadora,

⁴ CUNHA, R. S. **Lei do feminicídio: breves comentários.** Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>>. Acesso em: 04.05.2016.

⁵ PIRES, Amom Albernaz. **A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri.** 2015. Disponível em: <<http://amomalbernaz.jusbrasil.com.br/artigos/172762972/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 20.04.2016.

porque esta não prejudica a análise daquela pelo conselho de sentença. De modo específico: a) tecer breves comentários sobre a Lei 13.104/2015; b) apresentar apontamentos acerca da violência de gênero e críticas feitas à alteração legislativa; c) verificar as situações originadas pela nova qualificadora na realidade do Tribunal do Júri.

O interesse em pesquisar sobre o feminicídio surgiu da inquietação pessoal frente à realidade brasileira marcada pela violência de gênero, o tipo de agressão contra a mulher produto de um sistema social que subordina o sexo feminino. Além disso, pelo fato de ser uma alteração legislativa recente existem muitas controvérsias doutrinárias, todavia, carece de decisões judiciais determinantes acerca do tema em análise. Para tanto, a metodologia utilizada consistiu no levantamento bibliográfico, uma vez que se buscou desenvolver o trabalho por meio da leitura da temática ancorada em fontes teóricas e documentais sobre direito penal e violência doméstica e de gênero. No que diz respeito aos métodos de abordagem a pesquisa foi em grande parte, dedutiva, de análise textual-analítica.

Em síntese, ao longo desta pesquisa, posiciona-se que a natureza da qualificadora do feminicídio é de ordem objetiva. Assim como sustentado por alguns autores, defende-se aqui que as “razões de condição do sexo feminino” não constitui o móvel imediato da conduta, mas sim situação fática observada de maneira objetiva pelos jurados quando em análise sistemática ao artigo 5º da Lei Maria da Penha, a qual enumera as situações em que se estaria diante de violência doméstica e familiar. Consequentemente pode concorrer com qualificadoras de natureza subjetiva e pode, ainda, ser cumulado com circunstância privilegiadora, porque não haveria prejudicialidade em sua análise pelo conselho de sentença.

2 APONTAMENTOS ACERCA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Dados extraídos do Mapa da Violência de 2015, no tocante à atualização dos homicídios de mulheres no Brasil, constatou-se que entre 2003 e 2013, o número de vítimas do sexo feminino passou de 3.937 para 4.762, incremento de 21,0% na década. Essas 4.762 mortes em 2013 representam 13 homicídios femininos diários.⁶

Dentre os motivos mais frequentes propagados pela mídia se destacam aqueles oriundos de discussão banal “mulher foi morta por conversa em facebook” ou por causa da possessividade e ciúme excessivo do agente “mulher foi morta porque marido descobriu

⁶ WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015. Atualização: Homicídios de Mulheres no Brasil.** CEBELA. FLASCO/Brasil. 2015.

traição”, para ficar só nesses dois exemplos. No entanto, tal jogo de palavras jornalístico esconde, na verdade, uma realidade gritante: a violência de gênero.

A violência de gênero está caracterizada pela incidência dos atos violentos em função do gênero ao qual pertencem as pessoas envolvidas, ou seja, existe a violência porque alguém é homem ou mulher, embora a expressão “violência de gênero” seja quase um sinônimo de violência contra a mulher, pois são elas as maiores vítimas.⁷

Esse tipo de violência contra a mulher é produto de um sistema social que subordina o sexo feminino. É uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, decorrente da noção de superioridade da parte agressora, o homem, e da inferioridade da parte vitimada, a mulher, noção construída culturalmente, resultado de um processo histórico.

Nesse sentido, pode-se dizer que com o advento da Lei nº 13.104/2015 o Brasil, marcado pela normalização da violência contra a mulher, caminha para a alteração de tal panorama, atentando para sua imprescindível proteção diferenciada, prevendo, expressamente, o feminicídio que deve agora ser punido como homicídio qualificado, sendo o 16º país da América Latina a instituir tal figura.

A nova qualificadora está relacionada com a misoginia, ou seja, fundada no desprezo ou repulsa ao gênero feminino. Não se trata de um crime meramente passional, mas o assassinato de uma mulher por rechaço a sua autonomia, seu valor como pessoa, ou por razões de demonstração de poder machista ou sexista.⁸

Faz-se mister esclarecer duas terminologias, femicídio e feminicídio, que apesar da ampla semelhança apresentam significados cujas diferenças importam consequências expressivas. Femicídio significa praticar homicídio contra mulher (matar mulher); Feminicídio, por sua vez, constitui praticar homicídio contra mulher por “razões da condição de sexo feminino” (por razões de gênero).

A opção pela utilização da expressão “feminicídio” não é aleatória, pois busca trazer uma conotação de genocídio contra as mulheres, diferenciando-a do femicídio, que é o homicídio “que tem como vítima uma mulher, sem implicar uma causa de gênero”.⁹

Antes da Lei nº 13.104/2015 não havia nenhuma penalidade específica quando o homicídio era praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em outras

⁷ KHOURI, José Naaman. **Violência contra a mulher: A expressão violência de gênero é quase um sinônimo de violência**. Disponível em: <<http://www.midianews.com.br/conteudo.php?sid=262&cid=81369>> Acesso em: 30.03.2016.

⁸ RADFORD, J. Introduction to Femicide. In: RADFORD, J.; RUSSEL, D. E. H. **FEMICIDE: The Politics of Woman Killing**. New York: Twayne Publishers, 1992, p. 3.

⁹ SON, J. **Glosario de Género y Desarrollo**. Inter Press Service. Roma. 2010, p. 37.

palavras, o feminicídio era punido, de forma genérica, como sendo homicídio, art. 121. Apenas nas nuances específicas do caso concreto, o feminicídio (ainda sem este *nomem juris*) poderia ser enquadrado como sendo homicídio qualificado por motivo torpe (inciso I do § 2º do art. 121) ou fútil (inciso II) ou, ainda, em virtude de dificuldade da vítima de se defender (inciso IV).

Nesse ponto, cumpre esclarecer a crítica feita por parte da doutrina acerca do referido diploma legal sob a sua aparente não inovação. Isto porque, como já mencionado, o homicídio praticado contra a mulher, tendo, em tese, como motivo, o “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”, já era considerado, tanto pela doutrina¹⁰, quanto pela jurisprudência¹¹, motivo torpe ou fútil, o que já assentava a referida conduta na condição de homicídio qualificado e, ao mesmo tempo, crime hediondo.

No entanto, atente-se ao fato de que o meio eleito pelo legislador pátrio não se lastreia em um mimetismo jurídico assistemático, uma vez que a criação da Lei 13.104/2015 faz parte do “despertar do legislador” para uma necessária e diferenciada proteção à mulher, que se iniciou com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994, promulgada pelo Brasil por meio do decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

Implementando as determinações contidas na referida Convenção, em agosto de 2006 foi publicada a Lei n. 11.340, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, que ficou popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”. E agora, recentemente, com a edição da Lei n. 13.104/2015 o Estado Brasileiro completa o sistema de proteção às mulheres, criando como modalidade de homicídio qualificado, o feminicídio.

Esclareça-se que a Lei Maria da Penha não previa o feminicídio como crime, ela sequer traz um rol de crimes em seu texto, em verdade, esse não foi seu objetivo. A Lei n. 11.340/2006 trouxe regras processuais instituídas para proteger a mulher vítima de violência doméstica, mas sem tipificar novas condutas, com ressalva a singela alteração feita no art. 129 do Código Penal.

¹⁰ BRUNO, Aníbal Bruno. **Crimes contra a Pessoa**. Rio de Janeiro. Ed. Rio, 1976.

¹¹ STJ RHC 49204/ES.

3 COMENTÁRIOS À QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

Com a vigência da Lei 13.104/2015, que trata do feminicídio, em 10 de maio de 2015, o artigo 121 do Código Penal Brasileiro passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 121. Matar alguém:
 (...)

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(...)

Feminicídio

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.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que para a incidência da qualificadora do feminicídio é imperioso o sujeito passivo ser uma mulher, e que o crime tenha sido cometido por razões da sua condição de sexo feminino.

São oferecidas três posições que objetivam especificar a identificação de mulher para efeitos de incidência do homicídio qualificado, são elas: o critério biológico, o critério psicológico e o critério jurídico cível.¹²

O critério biológico identifica a mulher em sua concepção cromossômica ou genética. Nesse caso não seria possível aplicar a qualificadora do feminicídio quando o sujeito passivo tenha realizado cirurgia de redesignação de gênero, a qual altera a estética, mas não a concepção genética.

Para o critério psicológico mulher é toda aquela em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino, desconsiderando-se o critério biológico. Os defensores desse posicionamento entendem pela aplicação da nova qualificadora quando houver o homicídio de alguém que realizou cirurgia de redesignação de gênero ou que, psicologicamente, acredita ser uma mulher.

No critério jurídico cível considera-se o sexo que consta no registro civil. Tem-se, portanto, um novo conceito de mulher, assim, havendo decisão judicial para a alteração do registro de nascimento surge um conceito não natural de mulher, caracterizado pela natureza jurídica.

¹² BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37145/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia>>. Acesso em 06.04.2016.

Com muita lucidez Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, defendem o seguinte posicionamento:

Na qualificadora do feminicídio, o sujeito passivo é a mulher. Aqui não se admite analogia contra o réu. Mulher se traduz num dado objetivo da natureza. Sua comprovação é empírica e sensorial. De acordo com o art. 5º, par. Ún., a Lei 11.340/2006 deve ser aplicada, independentemente de orientação sexual. Na relação entre mulheres hetero ou transexual (sexo biológico não correspondente à identidade de gênero; sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, pode caracterizar o feminicídio¹³.

Destarte, neste artigo, considerar-se-á a incidência da qualificadora do feminicídio quando o sujeito passivo for mulher conforme o critério biológico, pois, o legislador, mesmo sabendo que existem outros gêneros sexuais, não incluiu os homossexuais, gays ou travestis, sendo categórico afirmar que não se pode admitir o feminicídio quando a vítima é um homem (ainda que de orientação sexual distinta da sua qualidade masculina).

Faça-se, todavia, uma ressalva ao transexual, indivíduo que possui uma identidade de gênero diferente da designada no nascimento e manifesta o desejo de viver e ser aceito como sendo do sexo oposto. Nesses casos, a Jurisprudência pátria¹⁴, em interpretação conjunta dos artigos 55 e 58 da Lei de Registros Públicos, tem conferido ao transexual operado¹⁵ a possibilidade de obter autorização judicial para alterar seu prenome, bem como para apropriar o registro do sexo à sua nova condição física, assim, não se enxerga nenhum empecilho para tal indivíduo, cujo designativo de sexo e nome tenham sido judicialmente alterados, figurar como sujeito passivo da qualificadora.

A Lei do feminicídio faz alusão explícita à vítima mulher, da mesma maneira que ocorre no âmbito da Lei Maria da Penha cujas decisões jurisprudenciais recentes¹⁶ e também parte da doutrina se posiciona no sentido de aplicar esta última para situações que envolvem transexuais, travestis, bem como relações homoafetivas masculinas.

Entretanto, atente-se ao fato de que a Lei Maria da Penha trata primordialmente de medidas protetivas, campo no qual a analogia é válida para proteger também o homem nas relações homoafetivas, tal não pode se dar no domínio da Lei 13.104/2015, uma vez que não se admite o emprego de analogia em normas incriminadoras.

¹³ 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/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13-1042015/>>. Acesso em: 07.04.2016.

¹⁴ Ver STJ REsp 737993/MG.

¹⁵ Homens e mulheres que optaram pela transição para o gênero oposto através de intervenção médica [terapia de reposição hormonal e cirurgia de redesignação sexual (CRS)].

¹⁶ A aplicação da Lei Maria da Penha para transexual masculino foi reconhecida na decisão oriunda da 1ª Vara Criminal da Comarca de Anápolis, juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães (proc. N. 201103873908, TJGO).

3.1 CIRCUNSTÂNCIAS CONFIGURADORAS DO CRIME

Para incidir a qualificadora do feminicídio além de ser necessário que uma mulher figure no polo passivo do delito tipificado no art. 121 do Código Penal prescinde, ainda, que o crime ocorra por “razões da condição de sexo feminino”. Tais razões foram elencadas no § 2º-A do referido artigo como sendo as seguintes: I - violência doméstica e familiar contra a mulher; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A primeira das “razões da condição de sexo feminino” discriminada pela nova Lei refere-se ao fato de o crime envolver “violência doméstica e familiar”. Partindo de uma interpretação sistemática, levando-se em consideração o conjunto do ordenamento jurídico, recorre-se à Lei Maria da Penha, a qual de acordo com seu art. 5º assim dispõe:

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.

Assim, a partir do artigo acima transcrito infere-se que não basta o sujeito passivo ser uma mulher, será imperioso a verificação da agressão baseada no gênero e ainda a ocorrência do crime no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

Não obstante, observe-se que nem todo homicídio contra mulher ocorrido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto será feminicídio, notadamente, os casos em que não se verificar a existência das “razões da condição de sexo feminino” não deverão ser enquadrados na nova qualificadora, (ex. marido que mata a mulher por questões vinculadas à dependência de drogas).

Remanesceu a segunda “Razão da condição de sexo feminino” citada pela Lei, a qual alude ao “menosprezo e discriminação contra a mulher”.

Nenhuma Lei ou Tratado traz a definição de menosprezo, desse modo, segundo significado extraído de dicionários, entende-se como pouca ou nenhuma estima ou apreço, desdém, desprezo por alguém ou por alguma coisa¹⁷. Em consonância com a qualificadora constata-se menosprezo quando o sujeito ativo do delito comete o crime por manter pouca ou

¹⁷ **Dicionário inFormal**. Disponível em: < <http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/menosprezo/9247/>. Acesso em: 17.04.2016.

nenhuma estima ou apreço pela vítima mulher, configurando, desdém, desprezo, desvalorização.

Quanto à definição de discriminação, sendo o Brasil signatário da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW, 1979), ratificada em 1984, dela extrai-se a seguinte aceção de discriminação contra a mulher:

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

Nesse sentido, atente-se que a hipótese do inciso II do § 2º-A se designa aos eventos em que agente e vítima são pessoas desconhecidas e sem relação interpessoal alguma, diversamente o inciso I do § 2º-A, cuida dos casos em que sujeito ativo e passivo têm ou mantiveram alguma relação.

3.2 DA SUA HEDIONDEZ

O art. 1º, inciso I, da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) indicava, antes da alteração legislativa realizada pela Lei 23.104/2015, como crimes hediondos o homicídio simples, quando praticado em atividade de grupo de extermínio, ainda que por um só agente e o homicídio qualificado (art. 121, § 2º. I, II, III, IV e V).

Na prática, o feminicídio (mas ainda sem esse *nomem juris*) já era classificado como crime hediondo, porque, em análise às nuances do caso concreto, poderia ser enquadrado como sendo homicídio qualificado por motivo torpe, no entanto, esse entendimento não era uniforme. Por conseguinte, perspicaz a nova lei, ao prever que o homicídio da mulher por razões da condição de sexo feminino configura, indiscutivelmente, crime hediondo.

Ademais, o art. 2º da Lei n. 13.104/2015 alterou o art. 1º da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) para incluir nesse rol o homicídio qualificado do inciso VI, do § 2º, do art. 121 do CP. Portanto, não há nenhuma dúvida de que o feminicídio é um crime hediondo. Trata-se de crime formalmente hediondo e não de crime equiparado ao hediondo como são a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

Nesse ponto, é crucial fazer uma observação sucinta acerca da Lei Penal no tempo. A Lei 13.104/2015, que instituiu a figura do feminicídio, alterando o Código Penal e a Lei de Crimes Hediondos, entrou em vigor no dia 10 de março de 2015 e só vale para crimes

cometidos a partir dessa data, por ser mais gravosa, não retroage. Assim, nos crimes anteriores ao referido período o motivo torpe continua sendo a única qualificadora possível do homicídio quando se tratar de homicídio contra mulheres por razões de gênero.

Figurar como crime hediondo implica, na prática, as seguintes consequências: a) o regime inicial de cumprimento da pena do feminicídio será o fechado; b) a progressão de regime, no caso dos condenados por esse crime, se o apenado for primário, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena e, se reincidente, de 3/5 (três quintos); c) o livramento condicional exige o cumprimento de mais de dois terços da pena; e, d) a prisão temporária nos crimes hediondos tem o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade¹⁸.

4 NATUREZA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

Com base no tipo fundamental descrito no caput do artigo 121 do Código Penal, o legislador a ele agrega circunstâncias que elevam em abstrato a pena do homicídio. Formam-se no § 2º as hipóteses de homicídio qualificado. A pena do homicídio simples – 6 a 20 anos de reclusão – é sensivelmente majorada, passando a ser de 12 a 30 anos de reclusão.

Antes da alteração promovida pela Lei 13.104/2015, o § 2º do artigo 121 continha cinco incisos e por corolário, cinco qualificadora. Os incisos I e II relacionam-se aos motivos do crime, e o inciso V, refere-se à conexão, caracterizada por uma especial finalidade almejada pelo agente, ambos são de índole subjetiva; Já os incisos III e IV dizem respeito aos meios e modos de execução do homicídio, possuem índole objetiva.

Cumprir destacar, nesse ponto, as diferenças principais entre as duas espécies de qualificadoras acima citadas: as de natureza subjetiva e as de índole objetiva. As qualificadoras subjetivas pertencem à esfera interna do agente e não ao fato. Por outro lado a espécie objetiva são aquelas que não levam em consideração o estado anímico do agente, mas geralmente os meios e modos de execução do delito.

Para Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini¹⁹ a qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva, segundo eles, no feminicídio o agente mata em razão da condição do sexo feminino, ou seja, por causa disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁹ 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/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13-1042015/>>. Acesso em: 20.04.2016.

ao modo ou meio de execução do crime, não sendo a violência de gênero uma forma de execução do delito, mas sua razão, seu motivo, por isso, de índole subjetiva.

Longe de ser um ponto pacífico na doutrina há quem defenda posicionamento adverso. Entendendo ser o feminicídio uma qualificadora de natureza objetiva, Amom Albernaz Pires²⁰ ressalta que apesar da lei descrever uma espécie de violência específica contra a mulher “em razão da condição de sexo feminino”, criando a sensação de motivação do crime, na realidade os jurados farão mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses legais de violência doméstica e familiar positivadas no artigo 5º, inc. I, II e III da Lei Maria da Penha.

Em decisão recente a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade, deu provimento a recurso do Ministério Público, concluindo que, em caso de homicídio em situação de violência doméstica, o feminicídio é uma qualificadora objetiva.

O representante do Ministério Público de Ceilândia no Distrito Federal, ofereceu acusação por homicídio qualificado por feminicídio e motivo torpe (artigo 121, parágrafo 2º, I e VI do Código Penal). Segundo o entendimento do juiz do Tribunal do Júri apenas a qualificadora de motivo torpe se aplicava ao caso. O *parquet* interpôs recurso contra a decisão de pronúncia por entender que tanto a qualificadora do Feminicídio quanto o motivo torpe se integrariam perfeitamente, pois a natureza de cada uma é diversa.

Nas palavras do relator do processo, Desembargador George Lopes:

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 feminicídio²¹.

O acórdão supra referido do Tribunal de Justiça do Distrito Federal é o *leading case* nacional sobre a natureza objetiva da qualificadora do feminicídio.

4.1 CONCURSO ENTRE O FEMINICÍDIO E DEMAIS QUALIFICADORAS

É possível que o homicídio tenha mais de uma qualificadora. Não obstante, sabe-se que nem todas as qualificadoras são compatíveis entre si. Nunca poderão, em um mesmo

²⁰ PIRES, Amom Albernaz. **A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri**. 2015. Disponível em: <<http://amomalbernaz.jusbrasil.com.br/artigos/172762972/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 20.04.2016.

²¹ TJDF: Recurso em Sentido Estrito. Acórdão n. 904781/DF, rel. Des. George Lopes, 1ª Turma Criminal, J. 29.10.2015.

homicídio, coexistir duas qualificadoras de natureza subjetiva. Já no que se refere às qualificadoras de índole objetiva, de meio (art. 121, § 2º, III) e modo (art.121, § 2º, IV) é pacífico o entendimento de que elas podem coexistir e são compatíveis com uma circunstância subjetiva, relacionada ao motivo (art. 121, § 2º, I e II) ou finalidade (art. 121, § 2º, IV) do homicídio, como no caso de motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Questiona-se com qual das qualificadoras o feminicídio é compatível. Ora, para os defensores de que a nova qualificadora possui natureza subjetiva, não há a menor dúvida de que ela é compatível somente com as qualificadoras de meio e modo.

Segundo José Nabuco Filho:

Se a condição de mulher foi a razão do homicídio, não haveria possibilidade, de que esse crime fosse considerado praticado por motivo fútil, já que matar motivado por ódio de gênero nada tem de futilidade. Do mesmo modo, se o crime foi praticado para assegurar a execução de outro crime, ainda que contra mulher, o fato é que não foi cometido em razão do sexo feminino. 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 sociedade²².

Ante o exposto, deve-se pensar se realmente atribuir caráter subjetivo a nova qualificadora atenta ao esforço empregado pelo legislador para a sua promulgação, uma vez que, a inclusão do feminicídio na prática estaria servindo como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil.

Nessa perspectiva, estaria perfeitamente fundamentada a crítica feita por parte da doutrina acerca da alteração legislativa em análise, sob a sua aparente não inovação. Isto porque, o homicídio praticado contra a mulher, tendo, em tese, como motivo, o “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”, já era considerado há muito, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, motivo torpe ou fútil, o que já assentava a referida conduta na condição de homicídio qualificado e, ao mesmo tempo, crime hediondo.

Assim, a consequência principal, embora não óbvia, de defender o caráter objetivo da qualificadora do feminicídio é, claramente, evitar a concepção do uso do Direito Penal, como forma de manipulação política, o qual, a pretexto de se melhor tutelar a vida da mulher, criou-se uma lei tecnicamente falha, desnecessária e com dispositivos inconstitucionais.

Portanto, inadmissível compreender a nova qualificadora como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva. Pensar de outra forma é subverter os princípios da lei tutelar da mulher, tornando vão o esforço do legislador, pois a

²² FILHO, José Nabuco. **Feminicídio**. Revista da Faculdade de Direito. 2015. Disponível em: <<http://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/12-jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf>>. Acesso em: 29.04.2016.

finalidade da lei foi conferir maior proteção à mulher brasileira, resgatar a sua dignidade o que restaria prejudicado se fosse simplesmente substituída a torpeza para aplicação do feminicídio.

Traga-se à baila, por oportuno, o voto do Desembargador George Lopes, em apreciação do caso concreto considerado *leading case* nacional sobre a natureza objetiva da qualificadora do feminicídio:

Há que convir que ambas as qualificadoras possam coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação ensejadora da ação homicida, enquanto o feminicídio se fará presente toda vez que, objetivamente, se esteja diante de uma situação típica de agressão de homem contra mulher no contexto tradicional de violência doméstica e familiar²³.

A decisão significa que qualificadoras consideradas subjetivas, como motivo torpe ou fútil, poderão ser cumuladas ao feminicídio, o que permite que crimes cometidos nessas circunstâncias sejam punidos de forma mais rigorosa.

4.2 FEMINICÍDIO E CIRCUNSTÂNCIA PRIVILEGIADORA

Inicialmente, convém discutir a possibilidade de se configurar uma forma híbrida de homicídio, simultaneamente privilegiado e qualificado. Há controvérsias doutrinárias, formando-se, basicamente, duas posições sobre o tema.

A primeira posição sustenta a impossibilidade do homicídio privilegiado-qualificado, uma vez que a causa de diminuição de pena não se aplica ao homicídio qualificado. A interpretação geográfica ou topográfica da figura do privilégio (§1º) não autoriza sua incidência no tocante às qualificadoras (§2º), mas somente ao caput do art. 121 do Código Penal. Além disso, aplicando-se, por analogia, o art. 67 do mesmo código, apreende-se ser o privilégio uma circunstância preponderante sob as qualificadoras, afastando-as. É o posicionamento, dentre outros, de Euclídes Custódio da Silveira²⁴.

A segunda posição admite a compatibilidade entre o privilégio e as qualificadoras, desde que estas sejam de natureza objetiva. Esta é a posição do Supremo Tribunal Federal:

A jurisprudência do STF é assente no sentido da conciliação entre o homicídio objetivamente qualificado e, ao mesmo tempo, subjetivamente privilegiado. Dessa forma, salientou que, tratando-se de circunstância qualificadora de caráter objetivo, seria possível o reconhecimento do privilégio, o qual é sempre de natureza subjetiva²⁵.

²³ TJDF: Recurso em Sentido Estrito. Acórdão n. 904781/DF, rel. Des. George Lopes, 1ª Turma Criminal, J. 29.10.2015.

²⁴ SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito Penal. Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Max Limonad, 1959. p. 72.

²⁵ HC 08265/MS, rel. Min. Carlos Britto (decisão monocrática), j. 25.08.2009, noticiado no informativo 557.

Nessa perspectiva, sendo o tribunal do júri competente para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, na ordem de elaboração dos quesitos prevista no art. 483, do CPP, deve o juiz presidente, desde que os jurados tenham votado pela condenação, formular inicialmente quesitos sobre causas de diminuição de pena alegadas pela defesa, e, só após, proceder a votação dos quesitos relacionados às qualificadoras ou causas de aumento da pena.

Destarte, o privilégio é votado previamente às qualificadoras, assim, se os jurados o reconhecerem o juiz, obedecendo ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, estará proibido de indagar aos jurados acerca de qualificadoras de natureza subjetiva que tenham sido confirmadas na pronúncia²⁶.

Feitas tais considerações iniciais, analise-se a possibilidade de aplicar ao feminicídio a causa de diminuição da pena, prevista no § 1º, do art. 121.

Como salientado acima, a coexistência de uma qualificadora com o privilégio, apenas é possível no caso das qualificadoras objetivas, relativas ao meio, ao modo de execução e ao tipo de violência empregado.

Segundo o sustentado neste artigo, a qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva, pois as “razões da condição de sexo feminino” não constituem o móvel imediato da conduta. Desse modo, seria cabível a figura do feminicídio privilegiado.

A qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva, porque descreve um tipo de violência específico contra a mulher (em razão da condição de sexo feminino) o que demandará dos jurados mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses legais de violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º-A, I, do CP, c/c art. 5º, I, II e III, da Lei 11.340/06) ou ainda a presença de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, II, do CP).

Por fim, ressalte-se que se acolhido pelos jurados o homicídio privilegiado, restará prejudicada a votação do quesito da qualificadora subjetiva eventualmente imputada na pronúncia (incisos I, II e V do § 2º do art. 121 do CP), contudo a votação prosseguirá quanto às qualificadoras objetivas (incisos III, IV e VI do § 2º do art. 121 do CP), inclusive quanto à qualificadora do feminicídio, já que, conforme supra ilustrado, tal qualificadora é compatível com a incidência do privilégio, quando se teria um feminicídio privilegiado.

Nesse liame, entender de maneira distinta (isto é, entender que o acolhimento do privilégio é incompatível com a qualificadora do feminicídio) ao fundamento de que esta teria

²⁶ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial – vol. 2.** Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 42.

natureza subjetiva acarretaria o equívoco de se estar diante de um caso típico de violência de gênero (feminicídio) e de o quesito referente a nova qualificadora sequer chegar a ser votado pelos jurados uma vez acatado o privilégio, em total afronta ao escopo da Lei nº 13.104/2015.

É o que entende Rogério Sanches²⁷, quando, defendendo a possibilidade de coexistir circunstâncias privilegiadoras (§ 1º do art. 121), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV), adverte que havendo o reconhecimento no júri do privilégio ficaria afastada, automaticamente, a tese do feminicídio, pois para esse autor nenhuma circunstância privilegiadora é compatível com a qualificadora do feminicídio.

Ressalte-se, oportunamente, que há situações onde a qualificadora objetiva é, de fato, incompatível com a figura do privilégio, todavia, somente as nuances do caso concreto, sempre guiado pelo bom senso, será decisivo²⁸.

4.3 FEMINICÍDIO PRIVILEGIADO E LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

A redação do art. 1º, inciso I, da Lei 8.072/1990 indica como crimes hediondos o homicídio simples, quando praticado em atividade de grupo de extermínio, ainda que por um só agente, o homicídio qualificado, não fazendo referencia alguma ao privilegiado, assim, há quem sustente que as benesses do privilégio afastam a gravidade da hediondez.

Com a Lei 13.104/2015, o art. 121 do Código Penal foi alterado, acrescentando-se mais uma qualificadora ao crime de homicídio, esse fato, por si só, já acarretaria a condição de hediondo ao feminicídio, mas em se aceitando a figura do feminicídio privilegiado (isto é, homicídio qualificado pelo feminicídio e, concomitantemente, privilegiado) restariam dúvidas se esse crime seria hediondo.

Não obstante, corrente majoritária defende que o homicídio híbrido é crime hediondo, pois a qualificadora lhe confere inevitavelmente esse perfil, enquanto o privilégio limita-se, unicamente, a diminuir a pena de 1/6 a 1/3. Seria um homicídio qualificado e hediondo, embora com pena reduzida.

Entretanto, o art. 2º da Lei 13.104/15 alterou o artigo 1º da Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos) para incluir nesse rol o homicídio qualificado do inciso VI, do § 2º, do art. 121 do CP. Portanto, extinguiu-se qualquer dúvida de o feminicídio ser um crime hediondo, ainda que aceita circunstância privilegiadora.

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Lei do Feminicídio: breves comentários**. Disponível em: <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios?ref=topic_feed>. Acesso em: 04.05.2016.

²⁸ Nucci, Guilherme de Souza. **Roteiro Prático do Júri**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 84.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das análises e ponderações realizadas no decorrer deste trabalho, acerca da natureza jurídica da qualificadora do feminicídio, percebe-se que apesar de renomados doutrinadores, com argumentos contundentes, entenderem por sua índole subjetiva, trata-se de uma qualificadora de espécie objetiva, e compreender de forma diversa implica a impossibilidade de sua cumulação com outras qualificadoras de mesma natureza, bem como se acolhido privilégio pelo conselho de sentença ficaria prejudicada a análise do quesito referente ao feminicídio, o que atenta contra a *ratio essendi* da nova lei, qual seja conferir maior proteção à mulher brasileira, vitimada por uma sociedade culturalmente marcada pela submissão da mulher e pela normalização da violência de gênero.

Não se trata de uma lei de caráter simbólico, uma vez que a tipificação do feminicídio inaugura um novo momento, em que as formas de combate à violência contra a mulher, longe de ser uma questão resolvida, deve cada vez mais ser discutida. O legislador pátrio já estava atento a necessária e diferenciada proteção à mulher, quando consagrou na Carta Magna o princípio da igualdade entre homens e mulheres, fortaleceu tal feito com a promulgação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, após implementou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar com a Lei Maria da Penha. E agora, recentemente, com a edição da Lei n. 13.104/2015 o Estado Brasileiro completa o sistema de proteção às mulheres, criando o feminicídio.

Para incidência do feminicídio é necessário que a vítima seja uma mulher e, ainda, que o crime ocorra por “razões da condição de sexo feminino”, elencadas no § 2º-A do artigo 121 do Código Penal como: violência doméstica e familiar contra a mulher; e, menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Em interpretação sistemática, recorre-se à Lei Maria da Penha, que configura violência doméstica e familiar quando a ocorrência do crime no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto (art. 5º da LMP).

Assim, as “razões da condição de sexo feminino” não constituem motivo imediato da conduta, ou seja, descreve um tipo de violência específico contra a mulher (em razão da condição de sexo feminino) e o júri, que é o juiz natural da causa, limitar-se-à constatar a situação objetiva da presença ou não dessas duas hipóteses legais de violência doméstica e familiar presentes no art. 5º, I, II e III, da Lei 11.340/06 ou ainda a presença de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, II, do CP).

Não há outro caminho senão enveredar pelo entendimento de que o feminicídio é uma qualificadora de índole objetiva, conseqüentemente pode concorrer com qualificadoras

de natureza subjetiva. Na prática isso significa que qualificadoras consideradas subjetivas, como motivo torpe ou fútil, poderão ser cumuladas ao feminicídio, permitindo punições mais rigorosas para crimes cometidos nessas circunstâncias, em sintonia com o esforço empregado pelo legislador para a promulgação da nova lei. De outro modo, a inclusão do feminicídio estaria servindo como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil.

Ademais, possuindo natureza jurídica objetiva o feminicídio pode ainda ser cumulado com circunstância privilegiadora, porque não haveria prejudicialidade em sua análise pelo conselho de sentença. Pode parecer um disparate a cumulação de uma figura tão repugnante como o feminicídio com hipóteses de minorantes. No entanto, entender que o acolhimento do privilégio é incompatível com a nova qualificadora, fundamentando-se em sua natureza subjetiva, conduziria a incongruência maior de se estar diante de um caso típico de violência de gênero e de o quesito do feminicídio sequer chegar a ser votado pelos jurados uma vez acatado o privilégio, em total ofensa a finalidade da Lei nº 13.104/2015.

Por fim, a principal consequência, embora não tão evidente, de defender o caráter objetivo da qualificadora do feminicídio é evitar a concepção do uso do Direito Penal, como forma de manipulação política, que, a pretexto de se melhor tutelar a vida da mulher, criou-se uma lei tecnicamente falha, desnecessária e com dispositivos inconstitucionais. Pensar dessa maneira é subverter os princípios da lei tutelar da mulher, tornando vão o esforço do legislador, pois a finalidade da lei foi conferir maior proteção à mulher brasileira e resgatar a sua dignidade.

Nesta pesquisa, não se teve a intenção de exaurir todo o assunto pesquisado, necessitando ainda mais estudos e pesquisas referentes à matéria, que poderão ser desenvolvidas na sequência dos estudos.

THE LEGAL NATURE OF THE QUALIFYING OF THE FEMICIDE

ABSTRACT

This article aims to examine the legal nature of the new qualifying the femicide made to article 121 of the Brazilian Penal Code by Law 13,104, on March 9, 2015, which also amended the Law 8.072 of 1990 to expressly include the new qualifying on the list of heinous crimes. The doctrine differs about which kind of qualifying best fit femicide, is in the subjective or objective nature. This question, although it seems merely didactic order, implies important consequences in the relevant body for the prosecution of crimes against life, the jury court. Thus, the present study aims to analyze the feminicídio as a perspective of legislative innovation in combating violence against women demonstrating that the legal

nature of the new qualifying is of objective nature and thus can compete with other qualifying of subjective order, which allows more strictly punish crimes committed in these circumstances; and still be cumulated with privilegiadora circumstance, because there would be prejudicial to consideration by the ruling council.

KEY-WORDS: Femicide - Qualifying - Legal Nature.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37145/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia>>. Acesso em 06.04.2016.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, v. vol. 2, 2011.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 08/08/2006.

_____. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 10/3/2015.

BRUNO, Aníbal Bruno. **Crimes contra a Pessoa.** Rio de Janeiro. Ed. Rio, 1976.

BUZZI, Ana Carolina de Macedo. **Feminicídio e o Projeto de Lei nº 292/2013 do Senado Federal.** Defesa em 2014. 101 folhas. Monografia do Curso de graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2014.

CUNHA, R. S. **Lei do feminicídio: breves comentários.** Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>>. Acesso em: 04.05.2016.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

FILHO, José Nabuco. **Feminicídio.** Revista da Faculdade de Direito. 2015. Disponível em: <<http://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/12-jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf>>. Acesso em: 29.04.2016.

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

KHOURI, José Naaman. **Violência contra a mulher: A expressão violência de gênero é quase um sinônimo de violência**. Disponível em: <<http://www.midianews.com.br/conteudo.php?sid=262&cid=81369>>. Acesso em: 30.03.2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial** – vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELLO, Adriana Ramos. **Feminicídio: Breves comentários à Lei 13.104/15**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/feminicidio-breves-comentarios-a-lei-13-10415>>. Acesso em: 02.04.2016.

MOTA, Tiago. **Feminicídio: comentários sobre a Lei nº 13.104/2015**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37297/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13-104-2015>>. Acesso em: 28.03.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Guilherme de Souza. **Roteiro Prático do Júri**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

PIRES, Amom Albernaz. **A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua questão no Tribunal do Júri**. 2015. Disponível em: <<http://amomalbernaz.jusbrasil.com.br/artigos/172762972/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-questao-no-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 20.04.2016.

QUEIROZ, P. D. S. **Direito Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RADFORD, J. Introduction to Femicide. In: RADFORD, J.; RUSSEL, D. E. H. **FEMICIDE: The Politics of Woman Killing**. New York: Twayne Publishers, 1992.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito Penal. Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Max Limonad, 1959.

SON, J. **Glosario de Género y Desarrollo**. Inter Press Service. Roma. 2010.

TELES, Maria A. de Almeida. MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015. Atualização: Homicídios de Mulheres no Brasil**. CEBELA. FLASC O/Brasil. 2015.