

6.2.3 Qualificadora objetiva e atuação dos “operadores do direito”

Quando a Lei 13.104/15 entrou em vigor, a grande discussão dizia respeito à natureza subjetiva ou objetiva da nova qualificadora. Parte da doutrina sustentava que a condição do sexo feminino está ligada ao sentimento de posse e à discriminação do gênero feminino. A violência de gênero seria a razão da execução do crime, não a sua forma, estando, portanto, presente o elemento subjetivo a partir do qual o homicida toma sua atitude – ele não apenas mata uma vítima *que* acontece de ser mulher, mas a mata *porque* ela é mulher.¹³³

A natureza subjetiva da qualificadora tornaria o feminicídio incompatível com as circunstâncias privilegiadoras (§1.º do art. 121). Assim sendo, se fosse reconhecido o privilégio em um assassinato de uma mulher devido a violenta emoção logo após injusta provocação da vítima, a qualificadora do feminicídio, se entendida como subjetiva, restaria prejudicada.

Também havia quem sustentasse a incompatibilidade da natureza subjetiva do feminicídio com a qualificadora prevista no inciso II do § 2º do art. 121 (motivo fútil), uma vez que o desprezível menosprezo à condição da mulher já é um motivo abjeto, repugnante, torpe e que, então, já estaria configurado o *bis in idem*¹³⁴.

Parte da doutrina defendia a natureza objetiva, pois não há análise do *animus* do agente. Nucci sustenta a natureza objetiva, “pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher”.¹³⁵

Segundo Mello, “para incidir a qualificadora do feminicídio, a lei impõe fática e objetivamente a presença (existência ou emprego) de

133 BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Femicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015*. Disponível em: [<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-dalei-13104-2015>]. Acesso em: 15.06.2020; SANCHES, Rogério. *Lei do Femicídio: breves comentários*. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>> Acesso em: 15.06.2020 e BARROS, Francisco Dirceu. *Tratado de direito penal*. São Paulo: JH Mizuno, 2018.

134 *Recurso em Sentido Estrito 0028221-64.2015.8.13.0572 (1)*, 2.ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Beatriz Pinheiro Caires. j. 22.09.2016, Publ. 03.10.2016.

135 NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci*. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 125.

violência praticada contra a mulher por razões da condição do sexo feminino”¹³⁶. Esse posicionamento passou a ser majoritário no TJDF¹³⁷ e, logo em seguida, passou a ser adotado pelo STJ ao decidir sobre a inexistência de *bis in idem* entre feminicídio e motivo fútil:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA ALTERADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. ALEGADO *BIS IN IDEM* COM O MOTIVO TORPE. AUSENTE. QUALIFICADORAS COM NATUREZAS DIVERSAS. SUBJETIVA E OBJETIVA. POSSIBILIDADE. EXCLUSÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do *animus* do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de *bis in idem* no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto a primeira tem natureza subjetiva e a segunda, objetiva.

2. A sentença de pronúncia só deverá afastar a qualificadora do crime de homicídio se completamente dissonante das provas carreadas aos autos. Isso porque o referido momento processual deve limitar-se a um juízo de admissibilidade em que se examina a presença de indícios de autoria, afastando-se, assim, eventual usurpação de com-

136 MELLO, Adriana. *Feminicídio: uma análise sócio-jurídica da violência contra a mulher no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

137 TJDF, Recurso em Sentido Estrito 20150310129458 (939432), 1.ª Turma Criminal, Rel. Sandra de Santis, j. 06.05.2016, DJe 10.05.2016 e Recurso da defesa não provido (TJDF, RSE 20160310000568 (967751), 3.ª Turma Criminal, Rel. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior, j. 22.09.2016, DJe 28.09.2016).

petência do Tribunal do Júri e de risco de julgamento antecipado do mérito da causa.

3. Habeas corpus denegado¹³⁸.

A análise dos processos revelou que, em todos os casos onde os/as julgadores/as se manifestaram sobre a natureza da qualificadora, adotaram o posicionamento de que é objetiva. O posicionamento foi adotado para rechaçar o argumento de *bis in idem* entre motivo fútil e feminicídio, usado pelas defesas. Assim sendo, consideramos pacífico o entendimento da natureza objetiva da qualificadora do feminicídio nos acórdãos analisados.

Quadro diverso foi observado na análise dos indiciamentos, já que 37,5% dos casos de feminicídio observados não foram considerados como tal pelas autoridades policiais.

Como a maior parte dos feminicídios tentados ou praticados foram praticados em contexto de violência doméstica, o dado se torna ainda mais surpreendente, já que o inciso I do 2º-A do art. 121 do CP retira qualquer margem para interpretação ou análise subjetiva, na medida em que define que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve “violência doméstica e familiar”.

O mesmo pôde ser observado, ainda que em menor frequência, com relação às denúncias: foram realizadas 26 denúncias de feminicídio (tentado ou consumado, em concurso ou não com outros crimes) e 5 denúncias por homicídio (tentado ou consumado, em concurso ou não com outros crimes).

Em alguns casos, o Ministério Público realizou a correção de algumas capitulações cujo indiciamento pela polícia civil havia sido impreciso. Um exemplo é o caso de Giovana, assassinada por seu sobrinho após uma discussão por uso de drogas. O relatório de inquérito concluiu pela capitulação do delito previsto no art. 121, §2º, II, IV do Código Penal e a denúncia foi realizada com base no artigo 121, §2º,

138 STJ. HC 433898 / RS. HABEAS CORPUS 2018/0012637-0. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta turma, 24/04/2018. Ver também: AgRg no REsp n. 1.741.418/SP, Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/6/2018.

II, III e IV, §2º-A, I, e artigo 211 c/c art. 14, II, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, crimes pelos quais acabou sendo condenado nos moldes da denúncia.

O resultado das condenações também nos traz questionamentos no que diz respeito à compreensão da objetividade da qualificadora de feminicídio, agora não só por parte do sistema policial e/ou judiciário, mas também por parte da sociedade civil, considerando as avaliações do Tribunal do Júri. Ele nos faz refletir sobre a atribuição de julgamento de qualificadoras objetivas pelo Conselho de Sentença, que não julga com certeza matemática e com base na técnica, mas se entende que não houve feminicídio apesar de estar evidente a violência doméstica, permitiria a cassação do veredicto pelo Tribunal de Justiça, por se considerar manifestamente contrário às provas.

Há uma incompatibilidade entre o Tribunal do Júri e a qualificadora do feminicídio, se entendida como objetiva, já que se os/as jurados/as decidem pela não incidência de uma qualificadora objetiva em um caso de feminicídio íntimo, essa decisão é manifestamente contrária à prova nos autos e deve ser anulada. Se for anulada, decisão que seria acertada, o júri escolhe baseado na sua livre convicção. Assim, a anulação do veredicto pela Câmara com a consequente submissão a outro Conselho de Sentença faz com que o problema seja novamente adiado em uma espécie de “tentativa e erro”, até que o júri, que não julga com base na técnica, julgue conforme as provas nos autos, ou seja, reconheça a qualificadora objetiva do feminicídio nos casos em que este foi praticado em contexto de violência doméstica.

O entendimento da qualificadora objetiva do feminicídio faz com que esse paradoxo fique ainda mais evidente e difícil de resolver caso o Tribunal do Júri não reconheça a qualificadora objetiva. O dever do Tribunal de Justiça de anular o veredicto somente posterga a decisão a outro Conselho de Sentença, que pode, de igual maneira, optar pelo não reconhecimento da qualificadora. Então teremos dois resultados possíveis: um caso flagrante de feminicídio, que não será considerado como tal porque o Júri não decide “com base na técnica ou com certeza matemática”, ou a cassação do veredicto até que o júri decida que houve feminicídio.

Observamos, em dois casos específicos, um problema com relação à análise do júri sobre uma qualificação que é objetiva do tipo. Exige-se do júri um saber técnico, e o juízo se desresponsabiliza de uma decisão contrária ao próprio direito e à jurisprudência. No caso de Laura, por exemplo, o Tribunal escolheu não alterar o *decisum* do Conselho de Sentença, por entender que:

O Júri, como de trivial sabença, não decide com certeza matemática ou científica, mas pelo livre convencimento, captado na matéria de fato, e sua decisão, desde que encontre algum apoio na prova, deve ser respeitada. (...) Existindo mais de uma versão para o caso, podem os Jurados eleger aquela que mais fortalecer sua convicção. Portanto, ao contrário do que sustentam as razões recursais, efetivamente formou-se em plenário, sob o crivo do contraditório, quadro probatório quanto à autoria e à presença da qualificadora do motivo fútil, assim como não entenderam os jurados pela tese da acusação de feminicídio¹³⁹.

Sob uma perspectiva de gênero, comprometida com a não discriminação de mulheres, não se trata de “mais de uma versão existe” e tampouco se trata de uma “tese”. Entendemos que todo veredicto de um assassinato (consumado ou tentado) de mulher ocorrido em contexto de violência doméstica, que, após reconhecidas a autoria e a materialidade, deixa de reconhecer o feminicídio é *per se* uma decisão manifestamente contrária à prova nos autos e, portanto, deve ser cassada. Afinal, quando tratamos de uma violência estrutural, que atravessa o tecido social, o que significa devolver à sociedade eivada de uma cultura patriarcal a decisão de reconhecer ou não a violência de gênero?

A gênese do problema está na escolha da tipificação do feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio e não como um crime autônomo. Caso fosse um crime autônomo, bastaria o reconhecimento de autoria e materialidade de um assassinato de uma mulher

139 Processo: 0034715-02.2015.8.19.0014, p. 276, grifos nossos.

em contexto de violência doméstica, que o crime de feminicídio estaria configurado. No entanto, como não é possível alterar a escolha do legislador, a opção menos gravosa diante do não reconhecimento, embora esteja longe de ser a ideal, é a aplicação da agravante genérica do art. 61, II, "f", parte final, do CP, sob pena de *bis in idem*, vedado pelo art. 61, *caput*, do CP.

Aqui não interessa a quantidade de pena; o aumento de pena pode ser mínimo. Interessa-nos que a produção de verdade judicial sobre o caso leve em consideração que o crime foi praticado por motivos de discriminação de gênero, ou, na forma da alínea *f*, "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica". Dessa forma, o feminicídio, embora considerado formal e erradamente como homicídio, seria minimamente visibilizado pelo discurso judicial.

6.2.4 Argumentos de defesa

A quarta categoria de análise foi estruturada a partir da análise de argumentos sexistas nas defesas técnicas, que não foram rechaçados ou combatidos por nenhuma das autoridades envolvidas no processo decisório. De acordo com Pimentel (*et al*), o Brasil é um dos países latino-americanos que mais acolhem, em sua jurisprudência, a tese de legítima defesa da honra¹⁴⁰. Os reflexos da cultura patriarcal e justificção da violência com a culpabilização da vítima foram observados em alguns casos e categorizados em dois campos: os que transferem a responsabilidade da agressão à vítima e os que retiram a responsabilidade do agressor.

No primeiro grupo, incluímos argumentos que, tal como a famigerada tese da legítima defesa da honra, atribuem à vítima a violência por ela sofrida. Essa revitimização praticada pela defesa, embora permitida pelo princípio constitucional da ampla defesa, esbarra em critérios éticos de atuação da defesa. Isso porque, para defender direitos, não é possível violar direitos humanos das mulheres, aproveitando-se da discriminação existente tanto na prática judiciária quanto na cabeça dos/as jurados/as.

140 PIMENTEL, (*et al*), *op. cit.*