

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

MARIANA LUIZE JOÃO

A NATUREZA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

São Paulo

2022

MARIANA LUIZE JOÃO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. DR. EVERTON LUIZ ZANELLA

São Paulo

2022

MARIANA LUIZE JOÃO

A NATUREZA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA:

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

A NATUREZA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

Mariana Luize João

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir a natureza da qualificadora do feminicídio, implementada pela Lei n. 13.104/2015, por meio da inclusão do inciso VI ao §2º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro. Inicia-se contextualizando historicamente a referida lei, que seguiu uma tendência internacional e nacional de combate à violência contra a mulher, e expondo os motivos que levaram a essa inovação. Na sequência, pretende-se ilustrar os contornos, limitações e implicações da qualificadora, bem como dos incisos I e II do §2º-A do dispositivo, os quais elencam as circunstâncias em que o crime é praticado que podem ser enquadradas no feminicídio. Em seguida, são apresentadas três distintas e controversas posições acerca da natureza da qualificadora: subjetiva, objetiva ou híbrida. Por fim, a autora apresenta seu posicionamento acerca do tema.

Palavras chaves: Feminicídio. Lei 13.104/2015. Natureza da qualificadora. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Abstract: This article aims to discuss the nature of the femicide qualifier, implemented by the Law n. 13.104/2015 as item VI of §2º of article 121 of the Brazilian Penal Code. It begins by historically contextualizing the aforementioned law, which followed an international and national tendency to combat violence against women, and exposing the reasons that led to this innovation. Afterwards, it is intended to illustrate the contours, limitations and implications of the qualifier, as well as of the items I and II of §2º-A of the same article, which illustrates the circumstances in which the crime committed could be considered a femicide. Furthermore, three distinct and controversial positions regarding the nature of the qualifier are presented: subjective, objective, or hybrid. Finally, the author presents her position on the subject.

Key words: Femicide. Law 13.104/2015. Nature of the qualifier. Domestic and Familiar Violence against Women.

Sumário: 1. Introdução 2. Contextualização: origens e dimensões da qualificadora do feminicídio 3. A controvérsia acerca da natureza da qualificadora do feminicídio 3.1 A qualificadora do feminicídio possui natureza subjetiva 3.2 A qualificadora do feminicídio

possui natureza objetiva 3.3 A qualificadora do feminicídio possui natureza híbrida, em parte objetiva e em parte subjetiva 3.4 Posicionamento da autora: a qualificadora possui natureza híbrida, em parte objetiva e em parte subjetiva 4. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um problema que transcende fronteiras de tempo e espaço na sociedade, estando presente nas mais diversas épocas e culturas, mesmo que com contornos diferentes em cada uma. Trata-se de um fenômeno que, por sua gravidade e seus contornos de durabilidade e habitualidade, aflige a sociedade brasileira, que, mesmo estando longe de extingui-lo, já criou importantes medidas em tentativa de solução.

A origem dessa forma de violência remete à sociedade patriarcal, a partir do papel social que era atribuído às mulheres e da discriminação e desigualdade entre gêneros que eram reforçadas na época. O patriarcalismo brasileiro conferia aos homens uma posição hierárquica superior às mulheres, de domínio e poder, e existiam hipóteses, inclusive, em que castigos físicos e até o assassinato de mulheres por seus maridos eram autorizados pela legislação da época.

Mesmo após a extinção da autorização concedida para o homicídio feminino em caso de adultério, pelo Código Criminal de 1830, surgem, sob a vigência do Código Penal de 1890 e, posteriormente, do Código Penal de 1940, as figuras jurídicas dos crimes passionais e da legítima defesa da honra.

A primeira teve origem a partir da previsão, pelo Código Penal de 1890, no campo da responsabilidade criminal, de que não seriam tidos por criminosos aqueles que estivessem em estado de completa privação de sentido e de inteligência no ato de cometer o crime.

Assim, o crime passional seria o cometido pelo homem “provocado por uma paixão eminentemente social”, produzida pela ofensa à honra e à dignidade familiar, por exemplo com a prática de adultério por parte da mulher. O Código de 1940 buscou desconstituir essa tese, consignando em seu artigo 28 que a emoção ou a paixão não excluem a responsabilidade penal.

Isso, porém, não impediu que nova tese fosse construída para justificar a absolvição ou diminuição da pena daqueles que matavam suas parceiras íntimas - a figura da legítima defesa da honra. Segundo essa tese defensiva, o homicídio seria praticado pelo homem em defesa à sua integridade moral e honra, que teria sido ferida pela mulher através da prática do adultério, e justificaria o comportamento do réu.

Gradativamente, as leis discriminatórias foram sendo alteradas ou excluídas do ordenamento jurídico, como é exemplo o crime de adultério. Assim, justificativas para o

tratamento desigual de mulheres no campo do direito penal foram sendo desconstituídas conforme a pauta do combate à violência contra a mulher foi ganhando força.

O marco mais significativo do combate à violência contra a mulher no Brasil foi a publicação da Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. A referida lei buscou atender, no âmbito legislativo, as determinações da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, de 1979) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, de 1994).

Diversas leis seguiram a tendência da Lei Maria da Penha, procurando trazer novos mecanismos de prevenção e combate à violência de gênero. Dentre elas, a Lei 13.104/2015 inovou ao tipificar uma nova qualificadora do crime de homicídio, configurada quando o crime for praticado contra uma mulher por razões da condição do sexo feminino.

Em estudo realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹, antecipando os dados coletados para o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022 relativos à violência letal e sexual de meninas e mulheres no Brasil, observou-se que, no ano de 2021, ocorreram um total de 1.319 feminicídios no país, fazendo com que, em média, uma mulher tenha sido vítima de feminicídio a cada 7 horas.

As residências continuam sendo, desde sempre, o local em que as mulheres são mais vítimas de feminicídio: 65,6% do total de crimes cometidos foi realizado na residência.

Neste cenário, a nova Lei surgiu com o objetivo de criar uma figura específica que tratasse dos homicídios de mulheres por razões da condição do sexo feminino, evitando que estes crimes fossem enquadrados em espécies mais brandas ou que fossem utilizadas teses defensivas discriminatórias para legitimar a conduta do réu, assim absolvendo-o.

Desde que a Lei 13.104/2015 foi promulgada, porém, surgiu uma questão controvertida: a qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva ou subjetiva?

A resposta para essa questão é fundamental para orientar a aplicabilidade da qualificadora, uma vez que distintas naturezas pressupõem consequências práticas diferentes, relacionadas com, por exemplo, a possibilidade de cumulação com outros institutos jurídicos como a figura do privilégio ou qualificadoras de motivo.

¹ BUENO, Samira (coord.). **Violência contra mulheres em 2021**. [s.l.]. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Acesso em: 7 de novembro de 2022.

O presente trabalho possui como objetivo apresentar as origens e dimensões da qualificadora do feminicídio e analisar os distintos posicionamentos que buscam responder essa questão controversa. Ao final, se pretende concluir qual, afinal, é a natureza da qualificadora em discussão.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO: ORIGENS E DIMENSÕES DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

Buscando atender a necessidade de uma diferenciada forma de proteção à mulher, o Brasil ratificou em 1984 a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW, de 1979). A referida Convenção define a discriminação contra a mulher e estabelece que os Estados Partes a condenam em todas as suas formas, e devem seguir uma política destinada a eliminá-la, prevendo medidas necessárias para tanto.

Posteriormente, o Brasil editou o Decreto n. 1.973, em 1 de agosto de 1996, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

A Convenção de Belém do Pará foi o primeiro diploma protetivo internacional que buscou definir a violência contra a mulher, conceituando-a como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

Em 7 de agosto de 2006 foi publicada a Lei n. 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, a qual buscou atender às determinações da referida Convenção, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Posteriormente, na mesma linha da Lei Maria da Penha, o Brasil editou a Lei n. 13.104/2015, a qual inovou ao criar a figura do feminicídio, modalidade qualificada do crime de homicídio.

Nesta inovação, o país seguiu uma tendência internacional, uma vez que diversos países da América Latina já possuíam leis que versavam sobre o feminicídio. Como exemplos, podem ser citados países como a Argentina (2002), Chile (2010), Colômbia (2008) e Venezuela (2014).

Havia, portanto, uma crescente reivindicação por normas que demonstrassem uma maior participação do Estado na tentativa de coibir as diversas formas de violência sofridas pelas mulheres, principalmente as que acarretam sua morte, nos termos dos diplomas internacionais ratificados.

Segundo Francisco Dirceu de Barros e Renee de Ó Souza², foram cinco as razões principais que orientaram a justificação dada pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para a importância da criação da Lei 13.104/2015 e da tipificação do feminicídio.

A primeira é que a inovação traria o reconhecimento, na forma da lei, do cenário aterrorizador em que mulheres estavam sendo mortas pela razão de serem mulheres. A segunda, por sua vez, seria a tentativa de expor a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, pilar da violência contra a mulher.

Em terceiro lugar, a nova Lei buscaria combater a impunidade, evitando que autores de homicídios qualificados pelo feminicídio fossem beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis que ainda persistiam antes da tipificação, principalmente na forma de teses defensivas, como a figura do crime passionnal ou da legítima defesa da honra. Neste sentido, a inovação buscaria colocar um fim às hipóteses em que se buscava diminuir ou mascarar a gravidade do crime efetivamente praticado, assim atenuando a pena do réu ou conquistando uma absolvição.

Além disso, a criação da Lei seria responsável por trazer uma mensagem positiva à sociedade, demonstrando que o direito à vida é universal e não comporta exceções. Por fim, reforçaria a proteção à dignidade da vítima, obstando estratégias de desqualificarem mulheres vítimas destes crimes atroz, atribuindo a elas de alguma forma responsabilidade pelo crime.

Segundo Alice Bianchini³, objetivou-se, com a inovação, conferir uma proteção reforçada às mulheres, uma vez que estas constituem uma parcela da população cuja vida, integridade, dignidade, bens e liberdade encontram-se expostas a uma ameaça específica e intensa. Não se trata, segundo a autora, de dar um tratamento vantajoso para as mulheres à custa dos homens. A tipificação do feminicídio se alicerça em pressupostos e determinações convencionais, que reconhecem a situação de hipossuficiência ou hipoproteção da mulher, o que justifica o tratamento penal mais gravoso nestes casos.

Dessa forma, a tipificação de uma qualificadora do feminicídio procurou apenas conciliar a gravidade do delito com a dimensão da pena a ser imposta ao agente que o pratica. Não há que se falar, assim, em violação ao princípio da igualdade, apesar de existirem críticas em sentido contrário.

² BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó. **Femicídio: controvérsias e aspectos práticos**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021.

³ BIANCHINI, Alice, MARINELA, Fernanda e MEDEIROS, Pedro Paulo de. **O feminicídio**. [s.l.]. 2015. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/171335551/o-femicidio>> Acesso em: 4 de outubro de 2022

De certo, a nova Lei buscou colocar à luz o homicídio praticado contra a mulher em contexto de violência de gênero, como mais um passo na direção de soluções jurídicas para esse fenômeno alarmante, que perpassa gerações e permanece com níveis elevados de ocorrência.

Por outro lado, a inovação gerou críticas relacionadas com a tipificação própria de uma conduta que já poderia se enquadrar, por exemplo, na qualificadora do motivo torpe. Muitos apontaram como desnecessária a criação de uma figura específica.

Neste ponto, Jill Radford e Diana E. H. Russell⁴ pontuam que o ato de se criar uma figura penal singular faz com que passe a existir uma *voz própria* que designa, de forma específica, o homicídio de mulheres, nomeando-o e escancarando-o para que se proceda ao conhecimento dessa forma de violência e se fortaleça o enfrentamento à mesma.

A Lei 13.104/2015 criou a qualificadora do crime de homicídio para a hipótese do crime ser motivado por razões da condição de sexo feminino, chamada de feminicídio.

A qualificadora foi introduzida no ordenamento jurídico-penal brasileiro com o acréscimo do inciso VI no § 2º do artigo 121 do Código Penal, o qual prevê a situação em que o homicídio é cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, sendo a pena de reclusão, de doze a trinta anos.

Conceitua-se o feminicídio:

O feminicídio pode ser definido como uma qualificadora do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres ou crença na inferioridade da mulher, caracterizado por circunstâncias específicas nas quais o pertencimento da mulher ao sexo feminino é central na prática do delito. Entre essas circunstâncias, estão incluídos: os assassinatos em contexto de violência doméstica/familiar e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Os crimes que caracterizam a qualificadora do feminicídio reportam, no campo simbólico, à destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher⁵.

De início, cabe ressaltar que é inadequada a colocação de que a referida lei criou um *crime* de feminicídio. Isto porque o crime continua sendo de homicídio, uma vez que o feminicídio é apenas uma qualificadora do mencionado crime em sua modalidade dolosa.

Em seguida, o próprio texto legal define o que configura razões de condição do sexo feminino, acrescentando o § 2º-A, *in verbis*: “Considera-se que há razões de sexo feminino

⁴ 1992 apud ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Marcio; AMARAL, Virgílio. **Feminicídio: considerações iniciais do CAO-Criminal**. São Paulo: Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. 02 de junho de 2015, p. 2. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos. Acesso em: 18 de setembro de 2022.

⁵ BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó. **Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021, p. 24.

quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher”⁶.

Cabe a ressalva de que a Lei n. 13.104/2015 não possui efeitos retroativos, fazendo com que apenas os crimes praticados após o início de sua vigência possam ser qualificados pelo feminicídio. Dessa forma, nos crimes praticados antes de 10 de março de 2015, poderão apenas ser aplicadas as qualificadoras do motivo torpe, ou até fútil.

Cumprido destacar que o legislador criou uma causa de aumento de pena no § 7º, prevendo o acréscimo de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: “I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima”⁷.

Posteriormente, alguns incisos do § 7º foram alterados por leis subsequentes. O inciso II, com nova redação dada pela Lei n. 14.344 de 2022, passou a estabelecer o aumento de pena se o crime for praticado “II - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou com doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental”⁸. A referida alteração, que suprimiu o aumento de pena caso o crime fosse praticado contra pessoa menor de 14 anos, foi motivada pela inclusão do inciso IX ao próprio artigo 121, o qual passou a prever como qualificado o homicídio praticado contra essas vítimas.

O inciso III, por sua vez, foi alterado pela Lei n° 13.771 de 2018, passando a prever o aumento de pena do feminicídio praticado na presença *física ou virtual* de descendente ou de ascendente da vítima. Por fim, foi acrescentado um inciso IV pela mesma Lei, o qual passou a prever o aumento de pena do feminicídio praticado em descumprimento das medidas protetivas de urgências previstas na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006).

Observa-se que, caso seja aplicada a causa de aumento de pena prevista no mencionado § 7º, não é possível a aplicação das agravantes genéricas do artigo 61, inciso II, alíneas ‘e’ e ‘h’ do Código Penal, sob pena de violação do *non bis in idem*. Isto porque a norma prevista no § 7º é especial, uma vez que é aplicada apenas no contexto do feminicídio, devendo prevalecer sobre a norma geral que prevê a agravante.

⁶ BRASIL. Lei n° 13.104, de 9 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 09 de agosto de 2022.

⁷ BRASIL. Lei n° 13.104, de 9 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 09 de agosto de 2022.

⁸ BRASIL. Lei n° 14.344, de 24 de maio de 2022. Brasília, DF. Disponível em: <

Por fim, o legislador atribuiu expressamente a qualidade de hediondo a esse homicídio qualificado, atualizando o art. 1º da Lei n. 8.072/1990, inserindo o inciso VI do § 2º do artigo 121 do Código Penal no rol do inciso I da aludida lei.

Cabe destacar que não basta que uma mulher seja o sujeito passivo do crime de homicídio para caracterizar a qualificadora. Em verdade, é necessário que o homicídio seja praticado contra a mulher *por razões da condição de sexo feminino*.

A referida expressão surgiu a partir de uma emenda substitutiva, apresentada na Câmara dos Deputados, que alterou a expressão prevista no projeto de lei original: *por razões de gênero*.

Ainda, deve-se compreender por razões da condição do sexo feminino as situações expressamente previstas pelo § 2º-A: (i) contexto de violência doméstica e familiar, ou (ii) motivado por menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Neste sentido, manifesta-se Rogério Sanches Cunha⁹, pontuando que o feminicídio pressupõe violência baseada no gênero, ou seja, uma forma de violência que tem como motivação a opressão à mulher, sendo tal motivação imprescindível.

Não difere muito o entendimento de Rogério Greco¹⁰:

Devemos observar, entretanto, que não é pelo fato de uma mulher figurar como sujeito passivo do delito tipificado no art. 121 do Código Penal que já estará caracterizado o delito qualificado, ou seja, o feminicídio. Para que reste configurada a qualificadora, nos termos do § 2º-A, do art. 121 do diploma repressivo, o crime deverá ser praticado por razões de condição de sexo feminino, o que efetivamente ocorrerá quando envolver: I — violência doméstica e familiar; II — menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Assim observamos que nem todos os crimes de homicídio em que uma mulher é a vítima configuram a qualificadora do feminicídio, somente quando a ação do agente se der em contexto de violência doméstica e familiar *ou* for motivada pelo menosprezo ou pela discriminação à condição de mulher da vítima.

Aqui, cumpre distinguir as figuras do *femicídio* e *feminicídio*. Por mais que ambas caracterizem o crime de homicídio, a primeira consiste em qualquer homicídio no qual uma

⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Lei do Feminicídio: breves comentários**. [s.l.]. 11 de março de 2015. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

¹⁰ GRECO, Rogério. **Feminicídio — Comentários sobre a Lei n. 13.104**. [s.l.] 9 de março de 2015, online. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

mulher figura como vítima, enquanto na segunda o crime necessariamente se baseia em razões de condição de sexo feminino.

Dessa forma, deve ser avaliado no caso concreto se resta configurado um crime de gênero, praticado em razão da condição de mulher da vítima, ou se ela apenas foi vítima de um crime sem motivação de gênero, não incidindo neste caso a qualificadora do feminicídio.

A primeira das razões de condição de sexo feminino trazida pela nova lei trata do fato de o crime envolver violência doméstica e familiar. É evidente que a Lei 13.104/2015, neste ponto, é complementada pela Lei n. 11.340/2006, uma vez que esta define, em seu artigo 5º, a violência doméstica e familiar.

O referido dispositivo define a violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Além disso, elenca os contextos em que tal violência pode ocorrer: (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.

Além disso, o parágrafo único do referido dispositivo prevê que as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual, fazendo com que possa se configurar a violência doméstica e familiar em relações homoafetivas entre mulheres.

A segunda hipótese que caracteriza as razões de condição do sexo feminino é a que o crime envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

De início, cumpre ressaltar que o Brasil ratificou em 1984 a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), de 1979. Em seu artigo 1º, a Convenção define a discriminação contra a mulher¹¹:

[...] toda a 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

¹¹ BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Ao ratificar a CEDAW, o Brasil assumiu o compromisso de seguir uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, inclusive adotando medidas legislativas adequadas, com as sanções cabíveis, para atingir tal fim. O referido compromisso consta no artigo 2º da Convenção.

Assim, segundo Francisco Dirceu Barros e Renee de Ó Souza¹², a hipótese do inciso II, que trata do menosprezo ou discriminação, objetiva tratar de um ponto cego da hipótese anterior, qual seja, homicídios praticados em relações não íntimas:

Aqui, a norma considera haver condição de sexo feminino, apta a caracterização do feminicídio, a more em razão da intolerância misógina, decorrente da mera condição de a vítima ser mulher. Neste inciso, a lei busca atingir outras condutas assassinas discriminatórias, tomadas em razão da qualidade feminina da vítima.

Dessa forma, a qualificadora do feminicídio abrange não somente os homicídios de mulheres praticados no espaço doméstico, cometidos por parceiros íntimos, familiares ou conhecidos, como também em outros contextos, buscando proteger todas as vítimas de crimes motivados pelo gênero.

Por fim, importa destacar que, para a configuração da qualificadora do feminicídio, deve estar presente, alternativamente, a situação que caracteriza violência doméstica e familiar *ou* a motivação de menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Sendo assim, as circunstâncias elencadas no §2º-A não devem ser consideradas cumulativas.

3. A CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt¹³, as circunstâncias que qualificam o crime de homicídio se dividem em: (i) motivos (paga, promessa de recompensa ou outro motivo torpe ou fútil - art. 121, § 2º, I e II); (ii) meios (veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio de que possa resultar perigo comum - III); (iii) modos (traição, emboscada, mediante

¹² BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó. **Femicídio: controvérsias e aspectos práticos**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021, p. 28

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte especial: crimes contra a pessoa – arts. 121 a 154-B**. v. 2. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <[https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590265/epubcfi/6/20\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo7.xhtml\]/4/2/38/9:135\[lhe%2Cr%E2%80%9D\]>](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590265/epubcfi/6/20[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo7.xhtml]/4/2/38/9:135[lhe%2Cr%E2%80%9D]>) Acesso em: 10 de outubro de 2022.

dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima - IV); (iv) fins (para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime - V).

Segundo René Ariel Dotti¹⁴, as qualificadoras do homicídio podem ser classificadas, ainda, como objetivas ou subjetivas. Assim, são qualificadoras objetivas as que tratam do meio e modo de execução do delito, e são subjetivas as que dizem respeito aos motivos e fins do crime.

De modo geral, as qualificadoras subjetivas são as relacionadas com a motivação do crime, e as objetivas relacionadas com as formas de sua execução. Desta forma, as qualificadoras de natureza subjetiva não estão vinculadas ao fato praticado pelo agente, e sim à sua pessoa, enquanto as de caráter objetivo se relacionam com o crime em si, seu meio e modo de execução. A esse respeito, ensina Alice Bianchini¹⁵:

As qualificadoras objetivas são as que dizem respeito ao crime, enquanto as subjetivas vinculam-se ao agente. Enquanto as objetivas dizem com as formas de execução (meios e modos), as subjetivas conectam-se com a motivação do crime.

Deste modo, é possível concluir que as circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio que possuem natureza subjetiva são as previstas no artigo 121, §2º, incisos I, II e V, do Código Penal, enquanto as objetivas estão previstas no artigo 121, §2º, incisos III e IV.

Desde que a Lei n. 13.104/2015 entrou em vigor, surgiu a seguinte questão controvertida: a qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva ou subjetiva? Neste ponto que gera grande controvérsia doutrinária e até jurisprudencial, cabe discorrer acerca dos diferentes posicionamentos.

3.1 A qualificadora do feminicídio possui natureza subjetiva

Uma primeira corrente defende que a qualificadora do feminicídio possui natureza subjetiva, uma vez que se associa com a motivação do agente, e não com os meios ou modos de execução do crime.

Seguindo essa posição, o crime é cometido por razões relacionadas à condição de mulher, sendo que a violência doméstica ou familiar e o menosprezo ou discriminação constituem a motivação delitiva.

¹⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

¹⁵ BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v. 19, n. 72, p. 203-219, 2016, p. 204. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/femicidio.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2022

É a posição de Alice Bianchini¹⁶, como se vê:

A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Uma hipótese: mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado a mata. E mata-a por uma motivação aberrante, a de presumir que a mulher deve se submeter ao seu gosto ou apreciação moral, como se dela ele tivesse posse, reificando-a, anulando-lhe opções estéticas ou morais, supondo que à mulher não é possível contrariar as vontades do homem. Em motivações equivalentes a essa há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino, ou do feminino exercendo, a seu gosto, um modo de ser feminino. Em razão disso, ou seja, em decorrência unicamente disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime; é, sim, sua razão, seu motivo.

Não difere da posição de Rogério Sanches Cunha¹⁷, o qual defende que a qualificadora é subjetiva por pressupor motivação especial, uma vez que o crime é cometido contra a mulher *por razões* da condição de sexo feminino.

Em outra publicação, Cunha¹⁸ aponta que, mesmo no caso do inciso I do §2º-A, em que o conceito de violência doméstica e familiar é um dado objetivo, extraído da lei, isso não afasta o caráter subjetivo da qualificadora. Isto porque ressalta que o §2º-A é apenas explicativo, uma vez que a qualificadora está verdadeiramente no inciso VI.

Cunha¹⁹ conclui que, a partir do momento em que a redação da qualificadora estabelece que o homicídio se qualifica quando cometido contra a mulher *por razões da condição do sexo feminino*, evidencia que é uma circunstância relacionada com a motivação delitiva, não com os meios de execução.

Do exposto, se extrai que a razão para a qual a natureza da qualificadora seria subjetiva é que tanto a violência doméstica e familiar quanto o menosprezo ou discriminação à condição de mulher constituiriam motivação delitiva, se relacionando com a esfera interna do agente, e

¹⁶ BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v. 19, n. 72, p. 203-219, 2016, p. 216. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/femicidio.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2022

¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Lei do Feminicídio: breves comentários**. [s.l.]. 11 de março de 2015. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

¹⁸ 2015 apud. BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v. 19, n. 72, p. 203-219, 2016. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/femicidio.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2022

¹⁹ 2015 apud. BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v. 19, n. 72, p. 203-219, 2016. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/femicidio.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2022

não formas de execução do crime. Assim, não se relacionam com o meio ou o modo de execução, o que afasta seu caráter objetivo.

Segundo José Nabuco Filho²⁰, a palavra *razão* utilizada na redação do dispositivo possui, justamente, o sentido de causa e motivo, o que evidencia que não basta que a vítima seja mulher, mas que é necessário que essa condição tenha sido o motivo do ato criminoso.

Assim, argumenta-se que o fato de que nem todo homicídio cuja vítima é mulher se enquadra na qualificadora do feminicídio evidencia a natureza subjetiva da qualificadora, justamente porque o que faz com que o ato se enquadre é, justamente, a motivação do crime (razões de condição do sexo feminino).

Outro aspecto a ser ressaltado é a irretroatividade da qualificadora do feminicídio. Como mencionado anteriormente, a Lei n. 13.104/2015 não possui efeitos retroativos, fazendo com que apenas crimes praticados após o início de sua vigência possam ser qualificados pelo feminicídio. Dessa forma, nos crimes praticados antes de 10 de março de 2015, poderão apenas ser aplicadas as qualificadoras do motivo torpe, ou até fútil.

Neste ponto, Alice Bianchini²¹ destaca que tal aspecto da norma reforça seu caráter subjetivo, uma vez que, antes da vigência da Lei n. 13.104/2015, as circunstâncias que hoje caracterizam o feminicídio eram enquadradas em qualificadoras de ordem subjetiva (motivo torpe ou motivo fútil).

Sendo a qualificadora do feminicídio subjetiva, existem algumas consequências práticas. A primeira delas diz respeito ao fato de que as qualificadoras subjetivas não se comunicam aos demais coautores ou partícipes no concurso de pessoas. Por outro lado, as qualificadoras objetivas comunicam-se, desde que existam na esfera de conhecimento dos envolvidos.

Além disso, não seria possível que a qualificadora do feminicídio fosse cumulada com a figura do privilégio, prevista no artigo 121, §1º, do Código Penal, a qual permite que o magistrado reduza a pena do agente de um sexto a um terço, no caso de o agente cometer o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a uma injusta provocação da vítima.

²⁰ NABUCO FILHO, José. Feminicídio. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**. [s.l.]. n. 3, p. 200–211. 2015. Disponível em:

<<https://revistadireito.emnuvens.com.br/revistadireito/article/view/41>> Acesso em: 12 de outubro de 2022.

²¹ BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v. 19, n. 72, p. 203-219, 2016. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/feminicidio.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2022

Seguindo esta linha de raciocínio, não poderia existir um homicídio qualificado pelo feminicídio e, ao mesmo tempo, privilegiado. Assim, se em Plenário fosse levantada pela defesa e acatada pelos jurados a tese do homicídio privilegiado, restaria prejudicado o quesito referente ao feminicídio.

A incompatibilidade ocorreria pelo fato de que o privilégio possui natureza subjetiva, e, portanto, não poderia ser cumulado com outra figura subjetiva. A doutrina e a jurisprudência dominantes admitem o homicídio qualificado-privilegiado quando a qualificadora é de natureza objetiva, uma vez que a natureza subjetiva do privilégio repele as qualificadoras da mesma natureza.

Por fim, observa-se que a qualificadora do feminicídio, que teria natureza subjetiva, e as qualificadoras do motivo torpe e fútil, ambas de natureza subjetiva, também não poderiam ser cumuladas.

Dessa forma, caso a qualificadora do feminicídio seja acatada pelos jurados, restam prejudicadas as demais qualificadoras subjetivas que, eventualmente, tenham sido trazidas pela acusação.

É a posição da 2ª Câmara Criminal do TJMG²²:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - HOMICÍDIO - QUALIFICADORAS - MOTIVAÇÃO FÚTIL - EMPREGO DE MEIO CRUEL - FEMINICÍDIO - REITERAÇÃO DE GOLPES DE FACA - MEIO CRUEL - DECOTE - IMPOSSIBILIDADE - MOTIVO FÚTIL - NÃO CONFIGURAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A reiteração de golpes de arma branca, causando sofrimento atroz e desnecessário na vítima, é suficiente para caracterizar a qualificadora pertinente ao meio cruel. **A cumulação da qualificadora referente à futilidade do motivo do crime àquela do feminicídio configuram o vedado bis in idem, uma vez que, inobstante a existência de respeitável entendimento em sentido diverso, ambas são qualificadoras de natureza subjetiva, já que estão ligadas à motivação do agente para a prática delitiva.** (grifo da autora do presente artigo)

3.2 A qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva

Para uma segunda corrente, a qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva, no sentido de que não se trataria de um motivo imediato do crime, mas sim de uma condição de fato, relacionada com o contexto objetivo que caracteriza o cenário legal da violência de gênero, como pontuam Francisco Dirceu Barros e Renee de Ó Souza²³.

²² BRASIL. TJMG - Recurso em Sentido Estrito 1.0572.15.002822-1/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal. Minas Gerais. Julgamento em 22/09/2016. Publicação da súmula em 03/10/2016

²³ BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó. **Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021.

De acordo com essa corrente, a qualificadora não demanda em Plenário uma avaliação valorativa acerca dos motivos inerentes ao contexto fático-probatório do crime, e sim uma mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses de violência doméstica e familiar, elencadas na Lei n. 11.340/2006, ou de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Isto porque, como mencionado, defendem que não se trata de um motivo imediato do crime, como uma discussão entre as partes ou inconformismo com o fim de um relacionamento amoroso.

Pelo contrário, Francisco Dirceu Barros e Renee de Ó Souza²⁴ pontuam que o texto do inciso VI, complementado pelo §2º-A, descreve hipóteses fáticas que devem ser aferidas de forma objetiva, a fim de se identificar a existência de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Para tanto, deve-se utilizar dos artigos 5º e 7º da Lei n. 11.340/2006, os quais listam as hipóteses e formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, a circunstância caracterizadora da qualificadora do feminicídio pode ser aferida objetivamente, dispensando-se a análise do *animus* do agente.

Não suficiente, apontam que o inciso II do §2º-A, o qual prevê a hipótese de menosprezo ou discriminação à condição de mulher, confirmaria a natureza objetiva da qualificadora, uma vez que esta é aplicável em homicídios nos quais não há qualquer relação interpessoal entre o agente e a vítima.

A COPEVID (Comissão Permanente de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) sinaliza o posicionamento de que a qualificadora possui natureza objetiva, ilustrado pelos seguintes enunciados²⁵:

Femicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso I) Enunciado nº 23 (005/2015): A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso I, do Código Penal, é objetiva, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (violência doméstica, familiar ou decorrente das relações de afeto), que prescinde de qualquer elemento volitivo específico. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPG em 22/09/2015).

Femicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso II) Enunciado nº 24 (006/2015): A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A,

²⁴ BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó. **Femicídio: controvérsias e aspectos práticos**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021.

²⁵ COMISSÃO PERMANENTE DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. Enunciados nº 23 e 24. Aprovados na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPG em setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/COPEVID/Enunciados/2015%20-%20COPEVID%20-%20Enunciados%20\(atualizado%20ate%20outubro%20de%202015\).pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/COPEVID/Enunciados/2015%20-%20COPEVID%20-%20Enunciados%20(atualizado%20ate%20outubro%20de%202015).pdf)> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher. (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPG em 22/09/2015).

Segue a mesma linha a posição do FONAVID (Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher), ao editar o Enunciado 39²⁶:

ENUNCIADO 39: A qualificadora do feminicídio, nos termos do art. 121, §2ºA, I, do Código Penal, é objetiva, uma vez que o conceito de violência doméstica é aquele do art. 5º da Lei 11.340/06, prescindindo de qualquer valoração específica.

Ao partirmos da posição de que a qualificadora do feminicídio é objetiva, torna-se juridicamente possível a coexistência desta com as qualificadoras de motivo, seja ele torpe ou fútil, uma vez que não há incompatibilidade entre suas naturezas.

É o entendimento, a título de exemplo, da 7ª Câmara Criminal do TJMG²⁷:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO - ROUBO MAJORADO - AMEAÇA - DECOTE DE QUALIFICADORAS - INADMISSIBILIDADE - MOTIVO FÚTIL E FEMINICÍDIO - INCOMPATIBILIDADE - INOCORRÊNCIA. 1. A dicção final sobre a configuração de qualificadoras, não sendo elas manifestamente improcedentes, cabe ao Conselho de Sentença, que deve apreciar o caso em sua plenitude, já que a ele incumbe por força constitucional a competência para julgar a prática de crimes dolosos contra a vida, esteja embalada ou não por circunstâncias que qualificam o crime. **2. O feminicídio é uma espécie de qualificadora de natureza objetiva, enquanto o motivo fútil é de natureza subjetiva. Trata-se de duas qualificadoras distintas e autônomas, sendo perfeitamente possível a coexistência de ambas, sem que se possa falar em *bis in idem*.** (grifos da autora do presente artigo)

No mesmo sentido já decidiu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁸:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ALEGADO BIS IN IDEM DO MOTIVO TORPE COM A AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA "F", DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Verifica-se que o acórdão recorrido apreciou as

²⁶ FÓRUM NACIONAL DE JUÍZAS E JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. Enunciado n. 39. XIII FONAVID. Teresina, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/enunciados-atualizados-xiii-fonavid-teresina-piaui-revisados-1.pdf>> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

²⁷ BRASIL. TJMG. Recurso em Sentido Estrito nº 1.0313.20.003667-8/001. Rel. Des.(a) Paulo Calmon Nogueira da Gama. 7ª Câmara Criminal. Julgamento em 23/02/2022. Publicação da súmula em 25/02/2022

²⁸ BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1741418/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma do STJ. Julgamento em 07/06/2018. Publicação no DJe em 15/06/2018.)

teses defensivas com base nos fundamentos de fato e de direito que entendeu relevantes e suficientes à compreensão e solução da controvérsia, o que, na hipótese, revelou-se suficiente ao exercício do direito de defesa, inexistindo qualquer omissão.

2. O Tribunal a quo decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte superior, porquanto, tratando-se o motivo torpe (vingança contra ex-namorada) de qualificadora de natureza subjetiva, e o fato de a vítima e o acusado terem mantido relacionamento afetivo por anos, sendo certo, que o crime se deu com violência contra a mulher na forma da Lei nº 11.340/2006, ser uma agravante de cunho objetivo, não se pode falar em bis in idem no reconhecimento de ambas, de modo que não se vislumbra ilegalidade no ponto.

3. Nessa linha, trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Felix Fischer, REsp n. 1.707.113/MG (DJ 07/12/2017), no qual destacou que considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise.

4. Agravo regimental não provido. (grifos da autora do presente artigo)

Outra consequência prática seria a possibilidade de comunicação em caso de concurso de pessoas. Como mencionado anteriormente, as qualificadoras objetivas comunicam-se aos demais coautores ou partícipes caso ingressem na esfera de conhecimento dos agentes.

Por fim, ressalta-se a questão do privilégio, circunstância prevista no §1º do artigo 121 do Código Penal, já explicada anteriormente.

Na prática forense, a tese defensiva do privilégio é bastante presente em casos de feminicídio. É recorrente, porém, que essa figura que viabiliza a diminuição da pena pelo juiz seja utilizada como uma estratégia defensiva de mascarar o verdadeiro conteúdo da conduta do agente, remetendo-se ao conceito arcaico de crimes passionais. Diversas vezes, inclusive, situações que hoje caracterizam a qualificadora do feminicídio eram enquadradas em simples homicídios passionais antes da vigência da Lei n. 13.104/2015.

Seguindo a linha de pensamento de que a qualificadora do feminicídio possui natureza objetiva, seria possível a existência de um homicídio qualificado pelo feminicídio e privilegiado.

Assim, caso a tese do homicídio privilegiado seja acolhida pelos jurados, não restará prejudicada a votação do quesito da qualificadora do feminicídio, o que não aconteceria caso a qualificadora possuísse natureza subjetiva.

3.3 A qualificadora do feminicídio possui natureza híbrida, em parte objetiva e em parte subjetiva

Existe uma terceira posição, segundo a qual a circunstância prevista no inciso I, §2º-A, do artigo 121 do Código Penal (violência doméstica e familiar) possui natureza objetiva, enquanto a prevista no inciso II do mesmo dispositivo (menosprezo ou discriminação) possui caráter subjetivo. Assim, a qualificadora prevista no inciso VI do §2º possuiria, de certa forma, natureza híbrida.

Segundo Everton Zanella, Márcio Friggi, Marcio Escudeiro e Virgílio Amaral²⁹, adeptos à essa terceira corrente, o homicídio qualificado pelo feminicídio executado nas condições do inciso I do §2º-A é caracterizado por um contexto objetivo de violência de gênero, previsto na Lei n. 11.340/2006.

Por outro lado, em contextos que não se enquadram neste inciso, restará caracterizada a qualificadora se o motivo do crime foi o mero menosprezo ou discriminação trazidos pelo inciso II. Portanto, neste caso haveria um caráter subjetivo, relacionado com a motivação delitiva, o *animus* do agente.

Isto porque, apesar de a expressão *em razão da condição de sexo feminino* remeter à motivação do crime, apontam que as definições trazidas pela Lei n. 11.340/2006 enquadram a conduta em um contexto de violência de gênero, o qual, segundo Zanella, Friggi, Escudeiro e Amaral³⁰, constitui um quadro fático-objetivo não atrelado aos motivos determinantes para a execução do crime.

Sendo assim, a previsão relacionada à violência doméstica e familiar contra a mulher possui natureza objetiva. Nas circunstâncias deste inciso, a qualificadora do feminicídio não constitui móvel imediato da conduta, uma vez que o agente ainda pode ter praticado a conduta por um motivo fútil ou torpe além do contexto de violência doméstica ou familiar.

Um exemplo seria a prática do ilícito após uma discussão banal com a vítima, cônjuge do agente. Ao mesmo tempo em que ele pratica o homicídio em contexto de violência doméstica e familiar, enquadrado na Lei Maria da Penha, também o pratica por motivo insignificante,

²⁹ ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Marcio; AMARAL, Virgílio. **Feminicídio: considerações iniciais do CAO-Criminal**. São Paulo: Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. 02 de junho de 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos> Acesso em: 18 de setembro de 2022.

³⁰ ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Marcio; AMARAL, Virgílio. **Feminicídio: considerações iniciais do CAO-Criminal**. São Paulo: Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. 02 de junho de 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos> Acesso em: 18 de setembro de 2022.

banal, desproporcional. Neste caso, parece plenamente possível a cumulação das qualificadoras.

Dessa forma, a circunstância de violência doméstica e familiar contra a mulher caracterizadora da qualificadora seria uma condição de fato, relacionada com o contexto objetivo que caracteriza o cenário legal da violência de gênero, e não um motivo imediato para a prática do crime, como pontuam Francisco Dirceu Barros e Renee de Ó Souza³¹. Conclui-se, portanto, que o inciso I do §2º-A prevê circunstância de ordem objetiva.

Seguindo essa premissa, a hipótese do inciso I seria compatível também com a figura do privilégio, uma vez que as qualificadoras objetivas podem ser cumuladas com o benefício do §1º do artigo 121 do Código Penal. Haveria, assim, a possibilidade jurídica de um ‘feminicídio privilegiado’.

Por outro lado, Zanella, Friggi, Escudeiro e Amaral³² apontam que a hipótese do inciso II, qual seja, a de menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima, não encontra a mesma referência normativa no ordenamento jurídico que a hipótese anterior, que se ampara na previsão da Lei n. 11.340/2006.

Dessa forma, não havendo uma lei que delimite a extensão das expressões *menosprezo* e *discriminação*, cabe ao aplicador verificar sua incidência no caso concreto.

Tal hipótese não se confunde com o conceito legal de violência doméstica ou familiar, uma vez que busca justamente ampliar o âmbito de incidência da qualificadora, para alcançar situações além das enquadradas na Lei Maria da Penha.

Em verdade, o segundo inciso procura abarcar as situações em que a vítima e o homicida não possuíam qualquer tipo de relação familiar, doméstica ou íntima de afeto anterior ao crime, sendo a prática delitiva motivada por um sentimento de superioridade de um com relação à outra.

Dessa forma, defendem os autores que o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher trata-se de motivo imediato do crime, independentemente do cenário fático-objetivo em que este ocorreu. Neste caso, a circunstância prevista no inciso II é verdadeiro móvel do delito, e não se enquadra nas situações previstas pelo artigo 5º da Lei n. 11.340/2006.

³¹ BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó. **Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021.

³² ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Marcio; AMARAL, Virgílio. **Feminicídio: considerações iniciais do CAO-Criminal**. São Paulo: Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. 02 de junho de 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos> Acesso em: 18 de setembro de 2022.

Diante do exposto, conclui-se que a hipótese do inciso II do §2º-A possui, por sua vez, natureza subjetiva. Sendo assim, seria incompatível com a figura do privilégio, fazendo com que o acolhimento da tese do homicídio privilegiado implique no prejuízo do quesito correspondente à qualificadora do feminicídio.

Ademais, não poderia ser cumulada com as demais qualificadoras relacionadas aos motivos do crime, também de ordem subjetiva, mas sim com as que se relacionam com o meio e modo de execução do ilícito.

Cabe ressaltar, ainda, as implicações na hipótese de concurso de pessoas. Partindo das premissas elencadas, observa-se que o coautor ou partícipe responderá pelo feminicídio se o delito for cometido em contexto de violência doméstica ou familiar, desde que este cenário tenha ingressado na sua esfera de conhecimento.

Por outro lado, segundo Zanella, Friggi, Escudeiro e Amaral³³, caso o crime seja praticado pelo agente por motivo de menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não se comunica ao coautor ou partícipe, por se tratar de circunstância de caráter pessoal. Caso o coautor ou partícipe pratique o crime impelido pelo mesmo motivo, concorre na qualificadora por motivo próprio, mas não por consequência das regras de comunicabilidade do concurso de pessoas.

3.4 Posicionamento da autora: a qualificadora possui natureza híbrida, em parte objetiva e em parte subjetiva

As circunstâncias previstas no §2º-A do artigo 121 do Código Penal, que caracterizam as razões da condição de sexo feminino que qualificam o crime pelo feminicídio, possuem naturezas distintas. Enquanto o inciso I, que trata da hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher, possui natureza objetiva, o inciso II, que prevê a circunstância de menosprezo ou discriminação à condição de mulher, é de ordem subjetiva.

Apesar de a expressão *razões da condição de sexo feminino* remeter à motivação do crime, a previsão de que estas razões estarão presentes quando o crime envolver violência doméstica e familiar remete a um contexto objetivo, instituído pela Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Como mencionado, o artigo 5º da referida lei define a violência doméstica e familiar contra a mulher e elenca os três âmbitos em que ela pode ser configurada: o âmbito da unidade

³³ ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Marcio; AMARAL, Virgílio. **Feminicídio: considerações iniciais do CAO-Criminal**. São Paulo: Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. 02 de junho de 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos> Acesso em: 18 de setembro de 2022.

doméstica, da família, e de relações íntimas de afeto, também elucidando o que, de fato, compreende cada um destes. Além disso, o artigo 7º do mesmo diploma legal enumera formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dessa forma, é evidente que as hipóteses que se enquadram no inciso I do §2º-A estão previstas expressamente na Lei Maria da Penha. Assim sendo, não é necessária uma avaliação em Plenário acerca dos motivos relacionados ao contexto fático-probatório daquele crime. Pelo contrário, é suficiente apenas que seja identificada uma das hipóteses de violência doméstica e familiar, elencadas na Lei n. 11.340/2006.

Por mais que os crimes praticados em contexto de violência doméstica e familiar estejam intrinsecamente ligados à uma motivação baseada na discriminação de gênero, basta que se identifique uma das hipóteses previstas na Lei Maria da Penha na relação existente entre o autor do crime e a vítima para que a qualificadora possa ser configurada.

Dessa forma, a circunstância de violência doméstica e familiar deve ser aferida de forma objetiva no caso concreto, dispensando-se a análise do motivo imediato do crime.

Por outro lado, o inciso II, que prevê a circunstância de menosprezo ou discriminação à condição de mulher, é de ordem subjetiva.

Em primeiro lugar, tal previsão não encontra o mesmo respaldo que o inciso I encontra na Lei Maria da Penha. Não há norma que elenque, de forma objetiva, quais circunstâncias caracterizam menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Por mais que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres defina em linhas gerais a discriminação contra a mulher em seu artigo 1º, é evidente que tal hipótese não pode ser aferida objetivamente no caso concreto, devendo haver uma análise do *animus* do agente na prática do ilícito.

Isto porque a hipótese do inciso II busca abranger, justamente, os casos que não se enquadram no inciso I, ou seja, homicídios que não são praticados em um contexto doméstico ou familiar, ou em uma relação íntima de afeto. Assim, busca tutelar vítimas de crimes em que não havia uma prévia relação entre as partes.

Portanto, neste caso, o que qualifica o crime não é a forma de relação que o autor e a vítima mantinham, e sim a motivação delitiva (menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima), circunstância que se relaciona com a esfera interna do agente.

Importa apresentar uma situação hipotética, para ilustrar esse posicionamento. Um homem mata sua esposa, motivado por uma discussão que tiveram, na qual ela expressou desejo de terminar o relacionamento. Mesmo sem analisar o móvel da conduta, podemos enquadrar a situação na qualificadora do feminicídio, uma vez que se verificou, de forma objetiva, que as

partes possuem vínculo familiar, o que se enquadra em uma das hipóteses previstas na Lei n. 11.340/2006. Trata-se, portanto, de uma hipótese um homicídio praticado em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Outro seria o raciocínio no caso de o autor e a vítima não possuírem algum tipo de relacionamento anterior. O caso, por exemplo, de um homem que mata uma prostituta na rua, motivado por simples ódio, menosprezo pela condição dela como mulher. O autor e a vítima não possuíam qualquer tipo de relação no âmbito doméstico, familiar, ou qualquer relação íntima de afeto. Neste caso, é necessária uma análise subjetiva do contexto fático em que o crime foi praticado, dos motivos que ensejaram a prática do ilícito.

Neste caso, considerando este exemplo, não basta uma mera verificação objetiva. Pelo contrário, exige-se uma análise da esfera interna do homicida, do *animus* do agente, para que possa se verificar que o crime foi motivado por menosprezo ou discriminação à condição da mulher, dessa forma se enquadrando na qualificadora.

Seguindo as premissas elencadas, o inciso I do §2º-A, de ordem objetiva, seria compatível com a figura do privilégio, enquanto o inciso II, de ordem subjetiva, não poderia ser cumulado com a previsão do §1º do artigo 121 do Código Penal.

Isto porque a hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher não se trata da motivação do crime, e sim de um contexto objetivo em que as partes se inseriam a partir da relação mantida anteriormente. Dessa forma, é plenamente possível que um crime praticado em contexto de violência doméstica e familiar possa ser praticado pelo agente sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a uma injusta provocação da vítima, viabilizando a diminuição da pena pelo juiz.

Por outro lado, na circunstância do crime praticado por menosprezo ou discriminação a condição de mulher, tal hipótese já constitui a motivação delitiva, não podendo haver cumulação com outro elemento subjetivo, também relacionado ao motivo do crime.

4. CONCLUSÃO

A Lei 13.104/2015 inovou ao alterar o artigo 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. A referida inovação possuía como objetivo principal garantir uma proteção reforçada às mulheres, na forma da lei, diante de um cenário com dados aterrorizadores relacionados aos feminicídios no Brasil.

Prevedo expressamente o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, a Lei buscou combater a impunidade dos autores destes crimes, que muitas vezes eram beneficiados

por teses defensivas discriminatórias, evitando que fosse possível mascarar a gravidade do crime cometido em razão da condição de mulher da vítima.

Todavia, apesar de a qualificadora parecer completa, inclusive delimitada pelo §2º-A, a indefinição existente em relação a natureza da qualificadora se materializa nas divergentes correntes doutrinárias e nos diferentes posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema.

Dessa forma, continua existindo uma insegurança jurídica relacionada, por exemplo, com a possibilidade de cumulação da qualificadora do feminicídio com qualificadoras de motivo ou com a figura do privilégio, que inclusive pode dificultar sua aplicabilidade.

É de suma importância, portanto, que se estabeleça uma posição consolidada acerca da natureza da qualificadora do feminicídio, assim unificando os sentidos das decisões dos tribunais, e proporcionando uma aplicação correta do instituto.

Parece-me mais correta a interpretação de que a previsão do inciso I do §2º-A, de que o homicídio é qualificado quando praticado contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, em contexto de violência doméstica e familiar, é de ordem objetiva, posto que expressamente prevista pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), sendo restrita ao âmbito de incidência da referida lei, independentemente do motivo que levou o réu a praticar o ilícito.

Por outro lado, a hipótese do inciso II do §2º-A possui natureza subjetiva, uma vez que, ao tratar do homicídio praticado por razões da condição do sexo feminino, por menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima, trata-se da motivação do crime, englobando os cenários não abrangidos pela Lei Maria da Penha. Assim, este requer uma análise subjetiva, do *animus* do agente e do contexto fático em que o crime foi praticado.

Conclui-se por uma natureza híbrida da qualificadora.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó. **Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021.

BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v. 19, n. 72, p. 203-219, 2016. Disponível em: <<https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/feminicidio.pdf>> Acesso em: 10 de outubro de 2022

BIANCHINI, Alice, MARINELA, Fernanda e MEDEIROS, Pedro Paulo de. **O feminicídio**. [s.l.]. 2015. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/171335551/o-feminicidio>> Acesso em: 4 de outubro de 2022

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte especial: crimes contra a pessoa – arts. 121 a 154-B**. v. 2. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <[https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590265/epubcfi/6/20\[%3Bvnd.vst](https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590265/epubcfi/6/20[%3Bvnd.vst)

idref%3Dmiolo7.xhtml]!/4/2/38/9:135[lhe%2Cr%E2%80%9D]> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

BUENO, Samira (coord.). **Violência contra mulheres em 2021**. [s.l.]. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>>. Acesso em: 7 de novembro de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 09 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 09 de outubro de 2022.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 09 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 09 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.771, de 19 de dezembro de 2018. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13771.htm>. Acesso em: 09 de outubro de 2022.

BRASIL. Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14344.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.344%2C%20DE%2024%20DE%20MAIO%20DE%202022&text=Cria%20mecanismos%20para%20a%20preven%C3%A7%C3%A3o,do%20C2%A7%204%C2%BA%20do%20art.>. Acesso em: 09 de outubro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Recurso em Sentido nº Estrito 1.0572.15.002822-1/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires. 2ª Câmara Criminal. Minas Gerais. Julgamento em 22/09/2016. Publicação da súmula em 03/10/2016

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Recurso em Sentido Estrito nº 1.0313.20.003667-8/001. Rel. Des.(a) Paulo Calmon Nogueira da Gama. 7ª Câmara Criminal. Julgamento em 23/02/2022. Publicação da súmula em 25/02/2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1741418/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma do STJ. Julgamento em 07/06/2018. Publicação no DJe em 15/06/2018.)

COMISSÃO PERMANENTE DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. Enunciados nº 23 e 24. Aprovados na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPG em setembro de 2015. Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/COPEVID/Enunciados/2015%20-%20COPEVID%20-%20Enunciados%20\(atualizado%20ate%20outubro%20de%202015\).pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/COPEVID/Enunciados/2015%20-%20COPEVID%20-%20Enunciados%20(atualizado%20ate%20outubro%20de%202015).pdf)> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei do Femicídio: breves comentários.** [s.l.]. 11 de março de 2015. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FÓRUM NACIONAL DE JUÍZAS E JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. Enunciado n. 39. XIII FONAVID. Teresina, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/enunciados-atualizados-xiii-fonavid-teresina-piaui-revisados-1.pdf>> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

GRECO, Rogério. **Femicídio — Comentários sobre a Lei n. 13.104.** [s.l.] 9 de março de 2015, online. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/femicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

NABUCO FILHO, José. Femicídio. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu.** [s.l.]. n. 3, p. 200–211. 2015. Disponível em: <<https://revistadireito.emnuvens.com.br/revistadireito/article/view/41>> Acesso em: 12 de outubro de 2022.

ZANELLA, Everton; FRIGGI, Márcio; ESCUDEIRO, Marcio; AMARAL, Virgílio. **Femicídio: considerações iniciais do CAO-Criminal.** São Paulo: Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. 02 de junho de 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/Artigos>. Acesso em: 18 de setembro de 2022.

TERMÔ DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Mariana Luize João

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31825273, período matutino, turma B, tendo realizado o TCC com o título:

A natureza da qualificadora do feminicídio

sob a orientação do(a) Professor(a) Everton Luiz Zanella

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

Mariana Luize João

Assinatura do discente