



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E AS SUAS
REPERCUSSÕES NA INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO E DA HEDIONDEZ E NA
COMUNICABILIDADE NO CONCURSO DE AGENTES

Stella Fernandes Rodrigues Baltar

Rio de Janeiro
2019

STELLA FERNANDES RODRIGUES BALTAR

A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E AS SUAS
REPERCUSSÕES NA INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO E DA HEDIONDEZ E NA
COMUNICABILIDADE NO CONCURSO DE AGENTES

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E AS SUAS REPERCUSSÕES NA INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO E DA HEDIONDEZ E NA COMUNICABILIDADE NO CONCURSO DE AGENTES

Stella Fernandes Rodrigues Baltar

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - O estudo da natureza jurídica dos institutos de Direito Penal implica diretamente nos efeitos práticos que tais institutos podem produzir no caso concreto. A adoção do feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio traz consequências não só para a fixação dos limites abstratos da pena, como também para a sua comunicabilidade entre os agentes no concurso de pessoas, além da possibilidade de cumulação da qualificadora com outras circunstâncias consagradas na legislação. Porém, a compreensão de tais consequências depende da análise do feminicídio como uma qualificadora de natureza objetiva ou subjetiva. A essência do trabalho é abordar essas possibilidades, verificar os efeitos da adoção de cada posição e apontar qual é a que melhor se adequa aos fins da norma.

Palavras-chave - Direito Penal. Circunstâncias do crime. Elementares do tipo. Homicídio qualificado. Feminicídio.

Sumário - Introdução. 1. Elementares do tipo e circunstâncias do crime: a classificação e o tratamento do feminicídio quanto aos elementos do tipo penal. 2. Divergências acerca da natureza jurídica da qualificadora do feminicídio: a subjetividade da motivação do agente e a objetividade da vulnerabilidade da mulher. 3. Consequências da classificação do feminicídio na (in)comunicabilidade no concurso de agentes, no concurso de qualificadores, na figura simultaneamente qualificada e privilegiada e na hediondez do crime. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a natureza jurídica da qualificadora de feminicídio e a repercussão dessa classificação na (in)comunicabilidade no concurso de agentes e no reconhecimento de uma figura simultaneamente privilegiada e qualificada, com desdobramentos na hediondez do crime. Procura-se examinar as repercussões práticas e teóricas da sua classificação técnica enquanto objeto do estudo do Direito Penal. Considera-se que a divergência quanto à classificação do feminicídio gera certa insegurança jurídica, uma vez que os diferentes entendimentos podem acarretar em efeitos distintos.

Para tanto, no primeiro capítulo, aborda-se como a doutrina conceitua os institutos "circunstâncias do crime" e "elementares do tipo", e como os diferenciam. Analisa-se de que

forma a qualificadora do feminicídio é compreendida atualmente, considerando que o tipo penal do homicídio subsiste, na forma simples, mesmo sem a circunstância que o qualifica.

A partir da compreensão da primeira divergência, no segundo capítulo, busca-se apresentar como a doutrina e a jurisprudência classificam a natureza da qualificadora, isto é, se deve ser compreendida como de natureza objetiva, em razão de uma situação fático-objetiva da vítima, ou como de natureza subjetiva, em razão de um motivo do agente e de sua relação com a vítima. Pretende-se abordar qual natureza mais de adequa à finalidade da norma.

Por fim, no terceiro capítulo, pondera-se como deve ser punido o partícipe ou coautor do fato no concurso de agentes, diante das regras de (in)comunicabilidade dos dados do tipo no concurso de agentes, a depender da natureza subjetiva ou objetiva da qualificadora do feminicídio. Analisa-se se, tecnicamente, haveria a possibilidade de reconhecimento cumulado de outras qualificadoras com o feminicídio, bem como se seria possível a existência de uma figura simultaneamente privilegiada e qualificada nesse caso, e em como isso repercutiria no caráter hediondo do crime.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, elegendo-se um conjunto de proposições hipotéticas, consideradas viáveis e adequadas para o exame do tema, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. A abordagem do tema é qualitativa, pois, utiliza-se de bibliografia pertinente ao objeto em estudo, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar a sua tese.

1. ELEMENTARES DO TIPO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME: A CLASSIFICAÇÃO E O TRATAMENTO DO FEMINICÍDIO QUANTO AOS ELEMENTOS DO TIPO PENAL

A violência contra a mulher é uma realidade endêmica na sociedade brasileira e sua cultura. A Lei nº 11.340¹, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, buscando prevenir, punir e erradicar aquela. Levando-se em conta a busca pela igualdade material entre os

¹ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

gêneros, a Lei nº 13.104², de 9 de março de 2015 ampliou a tutela jurídica protetiva à mulher, aoconferir tratamento mais grave à conduta de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Por meio do novo inciso VI do artigo 121, §2º, inseriu a figura do feminicídio no Decreto-Lei nº 2.848³, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), enquadrando o delito como uma espécie de homicídio qualificado.

O legislador pode eleger diversas formas de atribuir maior ou menor repreensão a uma conduta, levando em consideração os fatores que envolvem o delito. Primordialmente, opta-se por criminalizar ou não determinada ação ou omissão. A partir da previsão do tipo penal, é possível acrescentar elementos a ele, legislando sobre causas de aumento ou de diminuição, agravantes ou atenuantes, bem como qualificadoras e privilégios que o circundem. Cada forma de previsão, contudo, pode produzir efeitos distintos. Diante desse cenário, revela-se importante a abordagem de alguns conceitos básicos do Direito Penal, com o intuito de compreender as consequências penais da escolha legislativa em prever o feminicídio como uma qualificadora do homicídio.

O tipo penal é fundamentalmente composto por dados essenciais, sem os quais a figura típica não subsiste. Em outras palavras, ao criminalizar uma conduta, o legislador prevê fatores que, se ausentes, acarretam no desaparecimento do tipo (atipicidade absoluta) ou na transformação em outra figura típica (atipicidade relativa)⁴. Tais dados configuram as chamadas elementares do tipo.

A exemplo, é indispensável ao homicídio que a conduta de matar seja direcionada a “alguém”, isto é, a um ser humano. Logo, se tal ação for dirigida a um animal, o tipo homicídio não estará configurado, em razão da ausência da elementar “alguém”. Levando-se em conta que o ordenamento jurídico atual compreende os semoventes como coisas, a conduta de matar um animal pertencente a outrem poderá ser tipificada como dano (art. 163, *caput*do Código Penal⁵), mas jamais como homicídio.

Além dos dados essenciais que compõem as elementares do tipo, podem haver dados acessórios, sem os quais o tipo permanece existente na sua forma básica. Estes, por sua vez,

² Id. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

³ Id. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral*: (arts. 1º a 120). 19. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 374.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

configuram as chamadas circunstâncias do crime, que podem ou não estar previstas no tipo. Conforme afirma Rogério Sanches Cunha⁶, pelo critério da exclusão, a eliminação da circunstância do crime não altera a tipicidade da conduta.

Classicamente, reconhece-se diversas espécies de circunstâncias do crime. Em uma abordagem macro, elas se dividem em circunstâncias judiciais e legais. As judiciais estão basicamente previstas no *caput* do artigo 59 do Código Penal⁷, sendo utilizadas na primeira fase da dosimetria da pena, mas também empregadas na análise do regime inicial de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, entre outros institutos penais e processuais.

Diferentemente, as circunstâncias legais encontram previsão em diversos dispositivos espalhados pela legislação penal, podendo ser gerais ou especiais. As circunstâncias legais gerais são compostas por agravantes e atenuantes, bem como por causas de aumento e de diminuição genéricas e aplicam-se, em regra, a todos os tipos penais. De outro modo, as circunstâncias legais especiais são as previstas especificamente para um tipo ou grupo de tipos penais, abarcando as causas de aumento e de diminuição específicas, e, para alguns autores, as qualificadoras e privilégios, conforme será abordado.

Tanto as causas de aumento, também chamadas de majorantes, quanto as qualificadoras exprimem circunstâncias do crime que tornam o delito mais grave. Como consequência, entende-se que a reprimenda deva ser mais rígida. Diferem-se no que tange à forma de asseverar a punição, conforme a escolha do legislador. Com as majorantes, há a previsão de uma fração de aumento a ser aplicada na terceira fase do cálculo da pena. A qualificadora, contudo, não traz previsão de fração de aumento, mas altera os patamares mínimo e máximo da pena em abstrato, a serem observados na primeira fase da dosimetria.

Como mencionado, a Lei do Feminicídio o inseriu no Código Penal como uma qualificadora do homicídio. Dessa forma, o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, ao determinar a pena, não deve observar aquela prevista no tipo básico do homicídio- reclusão, de seis a vinte anos -, mas sim a pena mais severa da figura qualificada- reclusão, de doze a trinta anos, na primeira fase da dosimetria.

⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2015, p. 378.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

A despeito de tais definições, observa-se algumas divergências quanto aos conceitos apresentados, sobretudo acerca das qualificadoras como sendo uma circunstância do crime ou uma elementar do tipo. Isso porque é há corrente doutrinária que afirmação que, enquanto as elementares compõem o tipo básico do crime, as qualificadoras comporiam o tipo derivado, tratando-se de uma elementar. A exemplo, Nucci⁸ afirma que a qualificadora "integrao delito, no tipo derivado".

Nesse mesmo esteio, Fernando Galvão⁹ ao tratar das elementares do crime cita como um dos exemplos "o caso da exigência da ocorrência de motivo fútil, no homicídio qualificado", entendendo as qualificadoras como espécies de elementares do tipo. Zaffaroni e Pierangeli¹⁰ também adotam tal entendimento ao abordar do assunto, definindo a qualificadora do abuso de confiança como um elemento do tipo do furto qualificado. Pacelli e Callegari¹¹, por sua vez, acerca das qualificadoras, defendem que "não podem rigorosamente ser tratadas como circunstâncias, na medida em constituem outra e autônoma figura típica, para fins de balizamento das penas, instituindo novos pisos e tetos (limite máximo e mínimo)".

Inclusive, aponta Fernando Capez¹² que há segmento doutrinário, liderado por Nelson Hungria, que entende devida uma outra classificação, em que as qualificadoras caracterizam as "circunstâncias-elementares". Segundo essa corrente, a qualificadora seria uma figura híbrida entre as elementares do tipo e as circunstâncias do crime, no sentido de que, embora não sejam elementares, mas acessórias do tipo básico, seriam dados essenciais do tipo derivado, que possui pena própria. Segundo esse entendimento, as qualificadoras deveriam receber o mesmo tratamento jurídico que as elementares do tipo pela sua especial natureza, apesar de não se confundirem.

Tal classificação, porém, não é nem mesmo abordada por muitos doutrinadores, e é afastada por outros, como Cezar Roberto Bitencourt¹³, Rogério Greco¹⁴ e Damásio de Jesus¹⁵,

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 783.

⁹ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 565.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 10. ed. V. 1. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 618.

¹¹ PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 497.

¹² CAPEZ, op. cit, nota 4, p. 375.

¹³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1.22 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 775.

¹⁴ GRECO, Rogério. *Código penal: comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2017, [e-book].

¹⁵ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 36. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 628.

que reconhecem a qualificadora como espécie de circunstância legal do crime. Nesse mesmo sentido, Capez¹⁶ defende que:

[...] as qualificadoras são circunstâncias como outra qualquer, pois o que interessa é que, com ou sem a sua presença, o crime continuará existindo. Se a qualificadora fosse essencial, sem ela o delito desapareceria, o que não acontece. Assim, não existe circunstância elementar, o que, inclusive, configura uma contradição em si mesma (algo como um palmeirense-corinthiano). Ou o componente essencial, encontra-se no *caput* e será elementar, ou configurará a mera circunstância, sem nenhuma hierarquia. [...]

Destarte, para essa posição, a qualificadora do feminicídio seria uma circunstância legal específica do crime básico do homicídio. Isso porque, se a opção legislativa houvesse sido pelo feminicídio como um tipo penal autônomo, então o dado "contra a mulher por razões da condição de sexo feminino" seria uma elementar do novo crime criado, assim como fez o legislador no crime de infanticídio (art. 123 do Código Penal¹⁷). Todavia, a eleição, pelo legislador, do feminicídio como qualificadora implicaria, ainda que ausente a referida circunstância, a permanência da conduta "matar alguém", ou seja, o tipo básico do homicídio, que não desaparece nem se transforma em tipo distinto.

A natureza jurídica do feminicídio, contudo, não se esgota na sua caracterização como qualificadora, seja uma circunstância do crime ou uma elementar do tipo.

2. DIVERGÊNCIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO: A SUBJETIVIDADE DA MOTIVAÇÃO DO AGENTE E A OBJETIVIDADE DA VULNERABILIDADE DA MULHER

Os elementos do tipo, sejam elementares ou circunstâncias, a depender de seu conteúdo, podem ter natureza objetiva - material - ou subjetiva - pessoal. Conforme explica Damásio de Jesus¹⁸:

circunstâncias objetivas são as que se relacionam com os meios e modos de realização do crime, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades de vítima. Circunstâncias subjetivas (de caráter pessoal) são as que só dizem respeito com a pessoa do participante, sem qualquer relação com a materialidade do delito, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes.

¹⁶ CAPEZ, op. cit., nota 4, p. 375.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁸ JESUS, op. cit., nota 15, p. 481.

Assim, é exemplo de qualificadora de natureza objetiva ou material o emprego de veneno ou explosivo no crime de homicídio (art. 121, §2º, III do Código Penal¹⁹), já que diz respeito ao meio utilizado na realização do crime. Ainda, os crimes praticados contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, “h” do Código Penal²⁰), são circunstâncias agravantes de caráter objetivo, por se referirem à qualidade da vítima.

Diferentemente, as qualificadoras do homicídio cometido mediante paga ou promessa de recompensa, por motivo torpe ou por motivo fútil (art. 121, §2º, I e II do Código Penal²¹) têm natureza subjetiva, tendo em vista tratar da motivação determinante do agente para a prática do crime. Da mesma forma, é subjetiva a agravante de reincidência (art. 61, I do Código Penal²²), porque é condição pessoal que somente diz respeito ao agente.

Para parte da doutrina, como Cleber Masson²³, a qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva ou pessoal. Entende-se que a norma não qualifica o femicídio, isto é, o simples homicídio contra mulheres, de forma que não é suficiente a qualidade feminina da vítima. É relevante para a qualificadora que o homicídio contra a mulher seja praticado “por razões da condição de sexo feminino”. Para essa corrente, tais razões representariam a motivação do agente para a prática do crime, e portanto, o feminicídio seria uma qualificadora subjetiva, e não objetiva. A violência de gênero não seria meio de execução do crime, mas sim a sua razão, e portanto, justificaria maior reprimenda ao agente.

É importante salientar que o §2º-A do art. 121 do Código Penal²⁴ explicita o que seriam consideradas razões de condição do sexo feminino. Portanto, haverá feminicídio quando o crime envolver violência doméstica e familiar (inciso I) ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (inciso II). Nesse sentido, para Masson²⁵:

[...] o reconhecimento da violência doméstica ou familiar contra a mulher não é suficiente para configuração do feminicídio. O inciso I do § 2.º-A deve ser interpretado em sintonia com o inciso VI do §2.º, ambos do art. 121 do Código Penal. Em outras palavras, o feminicídio reclama que a motivação do homicídiotenha sido as “razões da condição do sexo feminino”, e daí resulte a violência doméstica ou familiar. O feminicídio constitui-se em circunstância pessoal ou subjetiva, pois diz respeito à motivação do agente. O homicídio é cometido por

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018, [e-book].

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁵ MASSON, op. cit., nota 23.

razões de condição de sexo feminino. Não há nenhuma ligação com os meios ou modos de execução do delito.

O entendimento de tal corrente, portanto, perpassa pela concepção de que o menosprezo ou discriminação à condição de mulher deva servir como uma motivação do homicídio. Ainda, que na situação de violência doméstica, para que haja a qualificadora, o agente deva estar motivado pela condição do sexo feminino da vítima na prática da conduta. Ademais, a situação de violência doméstica retrataria uma relação pessoal entre a vítima e o agente, o que também implicaria a classificação do feminicídio como de natureza subjetiva.

Todavia, essa posição não é a única na doutrina. Para Rogério Greco²⁶, por exemplo, as circunstâncias dos incisos do art. 121, §2-A²⁷ não estão condicionadas a serem “em razão da condição do sexo feminino”. Em realidade, a violência doméstica ou familiar e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher seriam situações em que efetivamente já estaria presente a razão de condição de sexo feminino. Isto é, o legislador teria optado por afirmar que, sempre que presentes as conjunturas dos referidos incisos, estará verificado o feminicídio, tratando-se os dispositivos de norma interpretativa.

A partir dessa mesma compreensão, surge corrente doutrinária, defendida por Nucci²⁸, por exemplo, segundo a qual o feminicídio é uma qualificadora de natureza objetiva. Compreende-se que a expressão “por razões de condição do sexo feminino” não implicaria ser esta a motivação do agente. Na verdade, representaria a situação fático-objetiva em que a vítima se encontra em razão de ser mulher, sob o prisma da discriminação e violência de gênero.

Quanto à relação, os sujeitos envolvidos no delito podem ser namorados, cônjuges, irmãos etc. Quanto ao motivo, entende-se possível o ciúmes, sadismo, raiva e ódio do agente, dentre tantos outros. Todavia, a violência doméstica ou familiar e a discriminação de gênero seriam um contexto objetivo em que a vítima se encontra, e não mera circunstância acerca da relação entre o agente a vítima, nem acerca da motivação do crime. Quanto à violência doméstica e familiar, inclusive, o referido contexto está previsto objetivamente no artigo 5º da Lei Maria da Penha²⁹. Nesse esteio, ensina Nucci³⁰:

²⁶ GRECO, op. cit., nota 14.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁰ Ibid.

viu-se o legislador conduzido a fundamentar a opção normativa de uma nova qualificadora na esteira nítida de conferir maior proteção à mulher, por ser do sexofeminino, vale dizer, a pessoa que, em virtude de sua inferioridade de força física, de sua subjugação cultural, de sua dependência econômica, de sua redução à condição de serviçal do homem (seja marido, companheiro, namorado) é a parte fraca do relacionamento doméstico ou familiar. Esse é o prisma do feminicídio: matar a mulher por razões da condição de sexo feminino. Matar o mais fraco, algo francamente objetivo.

Justificada pela necessidade de tutela protetiva da mulher em situação vulnerável, em continuidade aos passos inaugurados pela Lei Maria da Penha, não seria razoável, para esse entendimento, que o feminicídio fosse enxergado como motivação do agente e não como circunstância objetiva da vítima. Considera-se que o elemento subjetivo do agente não foi a pauta imediata da Lei do Feminicídio. Acerca da intenção da norma, afirma Bitencourt³¹:

estamos diante de uma política repressora da criminalidade discriminatória da mulher, e precisamos, nessa área, de políticas preventivas buscando diminuir essa violência condenável e insuportável em um Estado Democrático de Direito, prevenindo sua ocorrência. [...] quando o Poder Judiciário é chamado a intervir na seara penal, já houve a perda de uma vida, que é em si mesmo inaceitável. Por isso, precisamos antes prevenir, orientar, educar, ou, em outros termos, impedir que se chegue a esse trágico desfecho, não apenas mudando toda uma herança histórico-cultural machista [...]

Parece que dessa mesma compreensão partilhou o Superior Tribunal de Justiça³², tendo o Ministro Felix Fischer, em decisão monocrática, entendido pela natureza objetiva do feminicídio, conforme segue:

[...] 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 [...].

A adoção pela jurisprudência da natureza objetiva na qualificadora do feminicídio traz diversos efeitos, sobretudo na comunicabilidade da circunstância entre os agentes no concurso de pessoas, na possibilidade de cumulação do feminicídio com qualificadoras de natureza subjetiva, bem como na possibilidade de reconhecimento, pelo menos teórico, de um feminicídio privilegiado e a sua repercussão na hediondez do delito.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa*. 16. ed. rev., ampla. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.707.113*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78914082&num_registro=201702828950&data=20171207&tipo=0>. Acesso em: 11 fev. 2019.

3. CONSEQUÊNCIAS DA CLASSIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO NA (IN)COMUNICABILIDADE NO CONCURSO AGENTES, NO CONCURSO DE QUALIFICADORAS, NA FIGURA SIMULTANEAMENTE QUALIFICADA E PRIVILEGIADA E NA HEDIONDEZ DO CRIME

A classificação da natureza jurídica dos institutos jurídicos influi na produção de efeitos no caso concreto, ultrapassando a teoria. No Direito Penal, tal classificação é de importância ainda maior, tendo em vista os seus princípios norteadores. Destaca-se, dentre eles, a legalidade ou reserva legal, da qual decorre o sub-princípio da vedação da analogia *in malam partem*. Assim, os efeitos previstos legalmente a um instituto não poderão ser aplicados a outros, salvo se for em benefício do réu.

O artigo 30 do Código Penal³³ determina que, havendo concurso de agentes no cometimento do crime, não se comunicarão as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, exceto quando elementares do crime. Traz-se regra acerca da possibilidade ou não de a imputação de circunstâncias pertinentes a um só agente ou à prática do crime se estender para os demais réus envolvidos na infração penal.

Do dispositivo depreende-se, mais claramente, que as elementares do tipo sempre se comunicam entre os agentes no concurso de pessoas, sejam de caráter subjetivo ou objetivo. Ademais, as circunstâncias e condições de caráter objetivo sempre se estendem aos demais corréus, conforme interpretação *a contrario sensu*. Todavia, as circunstâncias e condições pessoais, quando não forem elementares do tipo, não se comunicarão entre os agentes. Evidente, portanto, a importância da identificação da natureza jurídica dos institutos enquanto elementares ou circunstâncias, objetivas ou subjetivas, para a verificação dos efeitos quanto à comunicabilidade entre os agentes.

Tendo o legislador optado por inserir o feminicídio como uma qualificadora do homicídio, para a corrente doutrinária que compreende as qualificadoras como elementares do tipo ou circunstâncias-elementares, sempre haverá a comunicação dos elementos acerca do feminicídio, tendo em vista que a norma penal ressalva as elementares quando dispõe sobre circunstâncias incomunicáveis. Dessa forma, seja a qualificadora objetiva ou subjetiva, os efeitos seriam os mesmos, por ser considerada elementar.

³³ BRASIL, op. cit., nota 3.

Para a parte da doutrina que compreende a qualificadora uma circunstância do crime como outra qualquer, porém, deve-se distinguir a característica objetiva ou subjetiva para a averiguação da comunicabilidade. Na hipótese de se entender o feminicídio como uma qualificadora subjetiva ou pessoal, ele não se estenderá para o corréu, diante da disposição legal pela incomunicabilidade das circunstâncias pessoais no concurso de agentes.

A exemplo, se o agente X decide matar sua esposa no contexto de violência doméstica, recebendo ajuda de seu melhor amigo Y na empreitada, o agente X responderia por homicídio qualificado por feminicídio, enquanto seu amigo Y responderia por homicídio simples, salvo se houvesse outra circunstância, além da violência doméstica, que pudesse tornar o crime qualificado. Todavia, se adotada a natureza jurídica do feminicídio como uma qualificadora objetiva, sempre haverá comunicabilidade entre os agentes. Nesse caso, no exemplo ilustrado, ambos responderiam por homicídio na forma qualificada pelo feminicídio.

Diante disso, tendo o Superior Tribunal de Justiça adotado o entendimento do feminicídio como qualificadora de natureza objetiva, decorre que tal circunstância sempre se estenderá aos agentes em concurso, ainda que não tenham nenhuma relação familiar ou afetiva com a vítima, nem realizem o tipo com motivação específica de menosprezo contra a mulher. Isso porque o que determina a qualificadora não são as subjetividades atinentes ao agente.

Não obstante, é de se observar que o Direito Penal brasileiro não admite a responsabilidade penal objetiva, de modo que somente haverá comunicabilidade das circunstâncias objetivas - e mesmo das elementares - ao corréu quando ele estiver ciente da sua ocorrência. Ensina Damásio de Jesus³⁴ que:

Hoje, a regra do art. 30, que trata da comunicabilidade das elementares e circunstâncias, deve ser interpretada à luz do art. 29, caput, parte final, do CP, segundo o qual pena deve ser medida de acordo com a culpabilidade de cada um dos participantes, levando-se em conta a presença do dolo e da culpa.

No contexto do feminicídio, assim sendo, a situação de violência doméstica ou de menosprezo ou discriminação à condição de mulher deve entrar na esfera de conhecimento do corréu. Assim, o amigo Y somente responderia pelo feminicídio se soubesse da relação familiar entre o agente X e a vítima.

³⁴ JESUS, op. cit., nota 14, p. 484.

Outra importante vertente acerca da classificação da natureza jurídica do feminicídio é quanto à possibilidade de cumulação de qualificadoras. Havendo, no contexto fático, uma multiplicidade de qualificadoras, deve-se levar em consideração somente uma delas na fixação da pena-base, na primeira fase da dosimetria de pena. As demais qualificadoras, porém, poderão ser consideradas na análise das circunstâncias agravantes, se houver enquadramento nos incisos dos artigos 61 e 62 do Código Penal, ou, de outro modo, na análise das circunstâncias judiciais.

Tratando-se de homicídio, dentre as qualificadoras encontra-se aquele cometido por motivo torpe (art. 121, §2º, I, parte final, CP³⁵). Rogério Greco³⁶ define como torpe “[...]o motivo abjeto que causa repugnância, nojo, sensação de repulsa pelo fato praticado pelo agente”. Para os adeptos do feminicídio como circunstância ou elementar subjetiva, a qualificadora configura a própria motivação do delito, e o reconhecimento simultâneo com o motivo torpe representaria *bis in idem*, pois se puniria a motivação por duas vezes. Todavia, a compreensão do feminicídio como qualificadora objetiva permite o entendimento de que a motivação seja outra, podendo, inclusive, ser torpe.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça³⁷, no julgamento do HC 433.898/RS, publicado no Informativo nº 625:

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.

Assim, o STJ entende possível a coexistência entre as qualificadoras do feminicídio e do motivo torpe, como na morte em virtude de uma discussão banal provinda da relação marital entre agente e vítima, Nesse caso, uma delas será utilizada na fixação da pena-base e a outra como circunstância agravante, sem que se possa falar em dupla imputação pelo mesmo fato ou circunstância.

Por fim, outro efeito da classificação do feminicídio como qualificadora objetiva é a possibilidade de cumulação com a figura privilegiada.No crime de homicídio, a figura

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁶GRECO, op. cit, nota 14

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 433.898/RS. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705682&num_registro=201800126370&data=20180511&formato=PDF>. Acesso em: 12 fev. 2019.

privilegiada se refere a uma causa de diminuição de pena prevista no art. 121, §1º, CP³⁸, reduzindo-se a sanção se 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 injusta provocação da vítima.

Tem-se que o privilégio do homicídio não guarda compatibilidade com as qualificadoras subjetivas, isso porque traz em seu bojo questões de motivação que abrandam a pena, que não poderiam ser conjugadas com motivos que a tornam mais grave, diante da incompatibilidade. Assim, para a corrente que entende o feminicídio como uma qualificadora pessoal, não é possível a conjugação com a figura privilegiada.

Em contraponto, afirma Cezar Roberto Bitencourt³⁹ que:

em algumas oportunidades o Supremo Tribunal manifestou-se afirmando que as privilegiados e as qualificadoras objetivas podem coexistir pacificamente; mas o fundamento dessa interpretação residiria na prevalência das privilegiadoras subjetivas sobre as qualificadoras objetivas, seguindo, por analogia, a orientado contida no art. 67 do Código Penal, que assegura a preponderância dos motivos determinantes do crime.

Assim, seria admissível, embora possa causar estranheza, a figura de um feminicídio privilegiado em razão do reconhecimento, pela jurisprudência, do feminicídio como qualificadora objetiva. Nucci⁴⁰ exemplifica uma hipótese ao descrever “o companheiro surpreende a companheira tendo relações sexuais com o amante em seu lar, na frente dos filhos pequenos. Violentamente emocionado, elimina a vida da mulher porque é mais forte”. Todavia a incidência do privilégio dependeria da análise dos jurados, tendo em vista a competência do Tribunal do Júri para o caso.

Reconhecendo-se a possibilidade de um feminicídio privilegiado, contudo, há desdobramentos acerca da hediondez do crime. O homicídio qualificado é crime hediondo, conforme prevê o art. 1º, I da Lei de Crimes Hediondos⁴¹. Todavia, conforme afirma Renato Brasileiro⁴², havendo o reconhecimento de privilégio, há uma incompatibilidade axiológica com a hediondez, deixando o crime de ter essa qualidade. Explica:

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁹ BITENCOURT, op. cit., nota 31.

⁴⁰ NUCCI, op. cit., nota 28.

⁴¹ BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 39-40.

Primeiro, porque o art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90 (...) é claro ao afirmar que somente serão rotulados com hediondos o homicídio simples (...) praticado em atividade típica de grupo de extermínio, e o homicídio qualificado. Não há (...) referência ao homicídio privilegiado. Segundo, porque seria absolutamente incoerente rotular como hediondo (leia-se, repugnante) um crime de homicídio cometido, por exemplo mediante valor moral ou social. Por fim, como as causas de diminuição de pena enumeradas no art. 121, §1º, do CP, têm natureza subjetiva, e as qualificadoras (...) reconhecidas neste homicídio qualificado-privilegiado devem, obrigatoriamente, ter natureza objetiva, há de se conhecer a natureza preponderante daquelas, aplicando-se raciocínio semelhante àquele constante do art. 67 do Código Penal [...]

Dessa forma, para o entendimento do feminicídio como qualificadora objetiva, é possível, tecnicamente, a ocorrência do feminicídio privilegiado, em razão do caráter determinante das motivações do crime, caso em que haverá um feminicídio não hediondo.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática principal, a existência de uma divergência acerca da classificação da natureza jurídica do feminicídio. A adoção, pelo legislador, do cometimento do homicídio contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, como uma qualificadora já inicia a multiplicidade de correntes. Não deve prevalecer, contudo, o entendimento que classifica as qualificadoras como circunstâncias elementares ou elementares do tipo. Isso porque a circunstância trazida pelo feminicídio não é essencial ao crime de homicídio. Fosse a intenção do legislador determinar a essencialidade do feminicídio para o tipo, teria previsto tipo independente, assim como fez no infanticídio. Conclui-se, portanto, pela qualificadora como uma circunstância do crime.

Em um segundo momento, foi abordada a divergência quanto à natureza subjetiva ou objetiva da qualificadora do feminicídio. O elemento que difere um homicídio qualificado por feminicídio de um homicídio simples contra mulher ou femicídio é distinto entre as duas correntes. Para uma, o homicídio será simples pela ausência de motivação do agente que envolva razões de condição do sexo feminino. Para outra, o homicídio será simples quando não estiver presente o contexto fático-objetivo da mulher em situação de vulnerabilidade por sua condição feminina.

Contudo, entende-se que qualquer motivação do agente que envolva razões de condição do sexo feminino implicará necessariamente em um contexto fático-objetivo da mulher em situação de vulnerabilidade por violência ou discriminação, não estando o motivo dissociado desse contexto, diante da inserção do crime realidade brasileira de uma sociedade

patriarcal. Compreende-se, assim, que, mesmo no entendimento do feminicídio como motivação, existe um pano de fundo do contexto fático-objeto no qual a mulher, em situação de vulnerabilidade, está inserida, o que indica a objetividade da qualificadora.

Ademais, a despeito do dissenso doutrinário, conforme tratado, o Superior Tribunal de Justiça classifica o feminicídio como qualificadora objetiva, afastando a ideia de que se trataria da mera motivação do crime. Conclui-se que é o entendimento mais acertado quanto ao objetivo da norma, que busca proteger a mulher em situação fática de vulnerabilidade por razões da sua condição feminina, em continuidade às proteções trazidas pela Lei Maria da Penha, e abarcando outras situações discriminatórias de gênero. Não há como pretensão imediata a análise subjetiva dos motivos do criminoso.

Diante disso, conclui-se, quanto aos efeitos, pela possibilidade da cumulação da qualificadora de feminicídio com a qualificadora por motivo torpe, quando presente, de modo a agravar mais profundamente a sanção do agente em diferentes fases da dosimetria da pena. É esse o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstrado.

É também mais acertada tal classificação considerando outros efeitos produzidos por ela. Fosse circunstância subjetiva, não haveria comunicabilidade da qualificadora de feminicídio no concurso de agentes. Porém, entende-se que é juridicamente relevante a atuação de co-autor ou partícipe no feminicídio, quando ciente da circunstância, para além da configuração de homicídio simples.

Isso porque a intenção do legislador em coibir a violência doméstica e familiar e discriminação contra a mulher não se destina exclusivamente a tratar das relações interpessoais, mas sim abordar uma problemática estrutural e de extensão social de subjugação da figura feminina. Logo, também abarca co-agentes quando estiver presente tal subjugação em razão do gênero. Ressalta-se que a proteção é trazida pela norma sob o ponto de vista da situação fática da mulher, que não se altera para cada agente, a despeito das suas motivações no cometimento do fato delituoso.

Por fim, embora seja possível, teoricamente, a figura de um feminicídio privilegiado pela adoção da qualificadora como uma circunstância objetiva, deve-se levar em conta a situação especialíssima da violência doméstica. Isso porque, é o entendimento desta pesquisadora que tal contexto justifica um tratamento diferenciado que, por razões de política criminal, deve impossibilitar o reconhecimento do privilégio. Considera-se que o Superior

Tribunal de Justiça afasta a possibilidade do reconhecimento de diversos institutos penais nos casos de violência ou ameaça doméstica contra a mulher, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o princípio da insignificância (Súmulas 588 e 589, STJ).

Ademais, tem-se que o privilégio teoricamente possível no feminicídio envolveria o criminoso agindo sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. No contexto de tutela dos direitos da mulher em situação de violência familiar ou doméstica e discriminação de gênero, entende-se que não há plausibilidade no reconhecimento de um privilégio que possa transferir parte da culpa da violência ou discriminação sofrida à mulher, escusando parcialmente seu agressor da responsabilidade penal. Essa possibilidade serviria, perigosamente, para reforçar a compreensão equivocada de legitimação social da subjugação das mulheres, a qual a norma que tutela os direitos femininos justamente pretende combater.

É sob a perspectiva da finalidade de proteção à mulher que os institutos trazidos pelas normas protetivas a seus direitos devem ser interpretados. Daí o entendimento do feminicídio como qualificadora objetiva, passível de cumulação com o motivo torpe, mas que não permite a cumulação com o privilégio e, conseqüentemente, não admite o afastamento da hediondez, sendo sempre crime hediondo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1.22 ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.707.113*. Relator: Ministro Feliz Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78914082&num_registro=201702828950&data=20171207&tipo=0>. Acesso em: 11 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 433.898/RS*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705682&num_registro=201800126370&data=20180511&formato=PDF>. Acesso em: 12 fev. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 19. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GRECO, Rogério. *Código penal: comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2017, [e-book].

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 36. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018, [e-book].

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, [e-book].

_____. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 10. ed. V. 1. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.