



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

FEMINICÍDIO: A NATUREZA OBJETIVA DA QUALIFICADORA COMO
INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À MULHER

Tatiana Hilário da Rocha dos Santos

Rio de Janeiro
2019

TATIANA HILÁRIO DA ROCHA DOS SANTOS

FEMINICÍDIO: A NATUREZA OBJETIVA DA QUALIFICADORA COMO
INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À MULHER

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

FEMINICÍDIO: A NATUREZA OBJETIVA DA QUALIFICADORA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À MULHER

Tatiana Hilário da Rocha dos Santos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Advogada.

Resumo – têm-se que o Brasil enfrenta uma das maiores taxas de assassinato de mulheres em razão da condição de ser mulher do mundo. Tal cenário é oriundo de uma sociedade patriarcal e machista que subjugou as mulheres a uma condição aquém da dignidade humana conferida pela Constituição da República a todos os cidadãos. O Femicídio foi inserido no Código Penal como uma qualificadora do crime de homicídio e um meio de coibir o assassinato de mulheres em razão do gênero. Hoje perdura, academicamente e jurisprudencialmente, a divergência quanto a qualificadora e seu cunho objetivo ou subjetivo. O cerne do trabalho é abordar essas divergências e verificar qual a melhor posição no que tange à defesa da mulher contra os crimes decorrentes da violência de gênero.

Palavras-chave – Direito Penal. Femicídio. Direito da Mulher. Violência Doméstica. Violência de Gênero.

Sumário – Introdução. 1. Breve construção histórica da desigualdade da mulher na sociedade como fator preponderante para situação de vulnerabilidade vivida nos dias atuais. 2. Análise da qualificadora do feminicídio, as consequências e extensão de sua aplicação. 3. A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio como forma de tutela à mulher e divergências. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a natureza da qualificadora do Femicídio, haja vista que é tema controverso na doutrina e na jurisprudência, além de ser de suma relevância no cenário jurídico-brasileiro atual. O cerne da discussão é defender a natureza de ordem objetiva como instrumento de tutela à mulher em situação de violência.

O Brasil hoje está entre os países com o maior número de mulheres assassinadas em razão da condição de ser mulher no mundo. O Femicídio, ou seja, o assassinato de mulheres não apenas por serem mulheres, mas pela discriminação à condição de mulher, tem como principais motivações o ódio, o ciúme e a perda do controle antes exercido pelo homem sobre a mulher.

Em razão disso, o ordenamento jurídico brasileiro e a comunidade internacional vêm evoluindo e criando mecanismos para coibir toda e quaisquer formas de situação que coloque a mulher em situação de vulnerabilidade e violência.

Por conseguinte, em 2006, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) surgiu como precursora na proteção aos direitos das mulheres, trazendo em seu bojo diversas medidas protetivas a fim de coibir a violência no âmbito doméstico e familiar.

Outrossim, em 2015 o Brasil sancionou a Lei nº 13.104, que incluiu no texto penal, a qualificadora do Feminicídio como instrumento de tutela e controle ao número de assassinatos de mulheres, elevando assim a pena mínima de 6 (seis) anos para 12(doze) anos e a pena máxima de 12 (doze) anos para 30 (trinta) anos de reclusão.

A alteração legislativa trouxe discussões controvertidas no seio da doutrina e também na jurisprudência, como por exemplo, parte da doutrina defende a natureza subjetiva da qualificadora e, outra parte, defende a natureza objetiva.

Bem como na jurisprudência, o tema ainda não está consolidado, mas começa a se delimitar, com decisões em alguns tribunais a respeito.

Em razão da divergência, busca-se no presente trabalho defender a natureza objetiva da qualificadora como instrumento de proteção à mulher, haja vista que se entendido de forma diferente perde-se o intuito do legislador de proteger de forma mais ampla a mulher em situação de vulnerabilidade.

Para tanto, no capítulo inicial, será abordado de forma geral, a evolução dos direitos das mulheres na sociedade, trazendo uma breve construção histórica da mulher e seu papel na sociedade patriarcal, bem como a mudança do papel da mulher na sociedade nos dias atuais.

No segundo capítulo será abordado o conceito de feminicídio e dados quanto a prática do crime no Brasil demonstrando as soluções legislativas adotadas para o coibir a prática do crime, em especial, a discussão doutrinária e jurisprudencial quanto a natureza da qualificadora do Feminicídio e suas consequências no âmbito de proteção da mulher vítima de violência de gênero.

Por fim, no terceiro capítulo, procura-se defender que a melhor análise é a consideração da natureza objetiva da qualificadora do Feminicídio, permitindo, portanto, a compatibilidade na aplicação das demais qualificadoras de natureza subjetiva como forma de punição mais rigorosa do crime cometido contra a mulher em razão da condição de ser mulher.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. No presente trabalho o pesquisador trará dados atuais que fundamentam o objeto da pesquisa, bem como trará proposições hipotéticas que acredita ser viável para o discutir a problemática em questão, comprovando-a ou rejeitando-a argumentativamente.

Destarte, a abordagem será necessariamente qualitativa, portanto, com análise da bibliografia pertinente ao tema objeto da pesquisa, legislação, doutrina e jurisprudência acerca do tema para sustentar a sua tese.

1. BREVE CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA DESIGUALDADE DA MULHER NA SOCIEDADE COMO FATOR PREPONDERANTE PARA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE VIVIDA NOS DIAS ATUAIS

É cediço, que nos tempos modernos, a mulher tem um papel fundamental na sociedade para além daquele que lhe foi subjugado como o ideal no passado,

Para alcançar o lugar que ocupa hoje – embora ainda longe do ideal – a mulher enfrentou situações de desigualdade social, política e econômica que repercutem até hoje na forma como ela ocupa o papel na sociedade patriarcal.

Ressalta-se, em primeiro lugar, que a desigualdade da mulher na sociedade é tão antiga quanto a existência do homem. Interessante pensar que a desigualdade, hoje entendida como tal, há séculos não era vista como desigualdade, mas como algo normal e até mesmo divino, visto que para muitos, Deus criou primeiro o homem e só após a mulher.

Esse papel secundário da mulher se desenvolveu em tudo que ela realizava, em todos os meios vividos, a colocando como um ser inferior socialmente, fisicamente e intelectualmente.

A mulher não tinha direito à educação, ao conhecimento, sequer aprendia a ler. Seu corpo não era seu corpo e sim do seu marido. A mulher foi treinada para se dedicar ao lar, ser recatada e cuidar dos filhos, sendo inclusive permitido castigos físicos por parte de seu marido como forma de repúdio aos seus atos. Socialmente ela era rebaixada, politicamente anulada e economicamente dependente.

Aristóteles¹, afirmava que a mulher era o que era em virtude de uma deficiência, devendo ser subordinada ao homem. Diferente do homem, que exercia o pátrio poder e vivia em condições de privilégio e superioridade.

Essa superioridade masculina e a desigualdade sociocultural experimentada pela mulher na sociedade por tantos anos é a razão da discriminação feminina existente nos dias atuais. Isso ocorre porque a sociedade ainda acredita na falácia de que o homem é um ser superior² e, portanto, a mulher deve se subjugar de forma irracional.

¹ARISTÓTELES apud. BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980, p.10.

²DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: RT, 2013, p.19.

O homem como um ser viril era visto como proprietário do corpo da mulher e da sua vontade. A dominação que ele sempre exerceu, não cessou com a proibição aos castigos físicos, apenas tornou os castigos clandestinos e aumentou a opressão psicológica experimentada pela mulher.

Legalmente não era mais permitido castigar a esposa, mas cotidianamente essa era a realidade de inúmeras mulheres que suportavam – e suportam – em seus corpos o castigo imposto pelo homem pelos seus erros.

A violência exercida pelo homem contra a mulher é histórica e sempre foi naturalizada. A sociedade criou o jargão “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, anulando ainda mais a mulher e a jogando num poço profundo, sem muitas expectativas de acolhimento e socorro.

Importante destacar que o termo violência, não se resume a forma física, mas também psicológica, sexual, patrimonial e moral. Tendo em vista que a violência física no âmbito doméstico é o objeto de estudo do presente artigo, será explanado com mais ênfase esse ponto em especial.

Nesse contexto de submissão, surge a violência, como a forma encontrada pelo homem de cessar os pontos divergentes ao cumprimento do papel tido como ideal do gênero.

Essa violência física, por vezes materializada por um ciclo sem fim, tem consequências psicológicas terríveis para a mulher.

Abordando de forma genérica o ciclo da violência, ele torna a mulher escrava, ela não encontra saída, senão se subjugar ao seu opressor. O homem, seu agressor, promete melhoras, se mantém calmo e parece ser outra pessoa, quando então tudo desmorona com mais uma agressão, mais uma humilhação.

Dessa forma, segue a mulher, vivendo em um ciclo sem fim de agressão e perdão. Assim, ocorre com inúmeras mulheres, isso quando a violência não chega ao ponto de alcançar seu bem mais precioso: a vida.

O feminicídio, reconhecido como tal no Brasil, foi promulgado pela Lei nº. 13.104/2015³, como resultado de luta pelo reconhecimento do fato social enraizado na sociedade, qual seja, matar mulher em razão do gênero, como resultado dessa dominação exercida pelo homem sobre a mulher.

³BRASIL. *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: 11 mar. 2019.

O ordenamento jurídico pátrio não era suficiente para garantir a proteção devida à mulher contra toda violência suportada por séculos. A morte violenta de mulheres hoje é um dos principais problemas enfrentados no Brasil em termos de crime.

A principal motivação desses crimes são o ódio ou o sentimento de perda de controle e de propriedade sobre as mulheres, afirma estudo sobre feminicídio no Brasil⁴, o que corrobora com a afirmativa que o papel de dominação do homem opressor exercido sobre a mulher e as questões de desigualdade enraizados na sociedade patriarcal, tornaram a mulher vítima de um crime bárbaro que cresce com uma epidemia mundial.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro se esforça para criar mecanismos para coibir toda e qualquer violência contra a mulher.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06)⁵ e a qualificadora do feminicídio, no crime de homicídio, previsto no Código Penal, foram importantes marcos na tutela da mulher contra situação de violência e vulnerabilidade vivida por ela na sociedade.

Com a promulgação de leis o Estado cumpre seu papel de tentar reprimir com a aplicação efetiva a situação de violência de gênero.

Embora a qualificadora do feminicídio seja objeto de muito debate e crítica por grande parte dos doutrinadores, o direito segue em busca de uma forma de coibir a prática desse crime tão cruel e a aplicação da forma objetiva dessa qualificadora, conforme será debatido no presente trabalho, é um dos meios eficazes de punição a prática do feminicídio.

2. ANÁLISE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO, AS CONSEQUÊNCIAS E EXTENSÃO DE SUA APLICAÇÃO

No Brasil, a morte de mulheres, por serem mulheres, entre 1980 e 2013 foram de aproximadamente 106.093⁶ e esse número só cresceu nos últimos anos, visto que entre 2007 e 2017 foi verificado um aumento 30,7% do número de homicídios, de forma geral, no país⁷.

⁴ ARTIGO 19. *Dados sobre o Feminicídio no Brasil*. Disponível em: <<https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/03/Dados-Sobre-Feminic%C3%ADdio-no-Brasil-.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

⁵BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶DOSSIÊ VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES. *Mapa de violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/pesquisa/mapa-da-violencia-2015-homicidio-de-mulheres-no-brasil-flacsoopas-omsonu-mulheresspm-2015/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁷ IPEA. *Atlas da Violência 2018*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Cerca de 28,5 % das vítimas morrem dentro da sua própria casa, sem a oportunidade de defesa, o que diverge da violência sofrida pelo homem, que ocorre em sua maioria nas ruas.

Sabe-se que a violência quando não freada pela lei ou pelos meios processuais disponíveis pode alcançar um patamar de complexidade quanto a possibilidade de reversibilidade.

O direito penal brasileiro, visando tutelar a mulher, com a sanção da Lei nº 13.104/2015⁸, trouxe a qualificadora do crime de homicídio, qual seja, o assassinato de mulheres em razão do gênero, ou seja, quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo e discriminação à condição de ser mulher. A qualificadora do feminicídio prevista no artigo 121, §2º, VI, do Código Penal⁹ tem pena prevista de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, diferente do caput do artigo que traz pena de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. O intuito do novel legislativo foi tutelar a mulher de forma mais efetiva.

Nesse ponto, verifica-se uma das divergências em torno do tema do presente artigo, qual seja, a diferenciação no tratamento do homem em relação à mulher, já que para os críticos, a criação de uma qualificadora trataria de forma desigual o homem e a mulher, fato que seria vedado pela Constituição da República.

Insta ressaltar, contudo, que a posição diferenciada de proteção se justifica pela necessidade de buscar à igualdade com o tratamento desigual dos desiguais. Hoje as mulheres ainda podem ser vistas em uma posição de minoria na sociedade, cercadas de atitudes oriundas da sociedade patriarcal e machista, o qual conforme discutido no primeiro capítulo, é o que justifica o tratamento dado pelo Código Penal, atuando como uma resposta à violência crescente suportada pela mulher.

As condições para a correta caracterização do feminicídio encontra-se no artigo 121, §2-A, do Código Penal¹⁰, visto que o crime deve ser praticado em razão da condição do sexo feminino, quando ocorrer no âmbito da violência doméstica e familiar ou com menosprezo e discriminação contra a mulher.

Nesse sentido, conclui-se que não basta que a violência tenha ocorrido no âmbito familiar; ela deve vir baseada no menosprezo ao gênero feminino, uma discriminação contra a mulher, que na maioria das vezes ocorre dentro do próprio ambiente familiar.

⁸BRASIL, op.cit., nota 3.

⁹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

¹⁰Ibidem.

Luiz Flávio Gomes¹¹ cita que não se pode confundir com a violência ocorrida dentro da unidade doméstica, ou seja, pode-se ter uma violência ocorrida dentro do lar, em uma relação familiar, mas que não configura uma violência doméstica em razão do gênero.

A doutrina, ainda de forma divergente, vem classificando a qualificadora do feminicídio em subjetiva e objetiva. A discussão tem uma relevância prática e não apenas teórica, visto que geram consequências distintas na proteção à mulher quando aplicadas.

Cita-se como defensor da natureza subjetiva o professor Luiz Flávio Gomes¹² e o Professor Rogério Sanches¹³. Para os juristas, a condição do sexo feminino está relacionada ao sentimento de posse e não ao modo ou meio de execução, sendo a violência de gênero o motivo do homicida matar.

Logo, se a natureza fosse subjetiva, na hipótese de homicídio privilegiado do art. 121, §1º do Código Penal¹⁴, se afastaria a qualificadora do feminicídio, já que não seria quesitada ao Júri, por ser incompatível. O doutrinador Rogério Sanches¹⁵ narra que:

[...] a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino (...) o fato da conceituação de violência doméstica ter uma data objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade [...]

Em sentido contrário, Nucci¹⁶ e os enunciados 23 e 24 da COPEVID¹⁷, defendem que a qualificadora é objetiva. Ela diz respeito ao crime, a forma de execução, os meios e modos. Trata-se de um crime específico, cuja violência é aplicada contra a mulher, em razão de ser mulher e com análise meramente objetiva no que tange as hipóteses de aplicação. Dessa forma, é prescindível qualquer elemento volitivo específico.

A consequência desse entendimento é que tratando-se da hipótese de reconhecimento do homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, §1º do Código Penal¹⁸, não haverá quesitação quando às demais qualificadoras de motivo fútil ou torpe, mas seguirá a quesitação ao Júri

¹¹GOMES, Luiz Flávio. *Femicídio*: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-dalei-13104-2015>>. Acesso em: 11 out. 2019.

¹²Ibidem.

¹³CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 6. ed. São Paulo: RT, 2015, p.83.

¹⁴BRASIL, op.cit., nota 9.

¹⁵CUNHA, op.cit., p.84.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 14.ed. São Paulo: Forense, 2018, p.612.

¹⁷COPEVID, II, 2015. *Femicídio*: natureza objetiva da qualificadora. Enunciado nº 23 e 24. COPEVID, 2015.

¹⁸BRASIL, op.cit., nota 9.

quanto as qualificadoras objetivas, a qual, se inclui o feminicídio, criando-se a figura do homicídio privilegiado qualificado.

Têm-se que esse entendimento é o mais ajustado ao intento do legislador na tutela da mulher, já que permitiria uma efetividade da aplicação da norma em sua totalidade, conforme já discutido no capítulo anterior.

Tratando da extensão da aplicação da qualificadora, observa-se que o artigo 121, §2º-A, do Código Penal¹⁹ exige para a incidência da qualificadora do feminicídio é necessário ter como sujeito passivo a mulher.

Com a evolução das questões de gênero, é comum que a lei ainda não tenha evoluído tal qual a sociedade, visto que o tema ainda é recente em debates. Nessa seara, uma questão que será enfrentada cada vez mais frequente nos tribunais é o alcance da norma aos transexuais femininos.

Para esclarecer melhor o tema, a juíza Adriana Ramos de Mello²⁰, em sua obra, traz três critérios para identificação da mulher: o psicológico, que desconsidera as questões biológicas de identificação da mulher, se orientando apenas pelos aspectos psíquicos ou comportamentais; o critério jurídico cível, o qual leva em consideração o registro civil; e o critério biológico que leva em consideração a concepção genética.

Apesar da doutrina e a jurisprudência não ter pacificado a discussão, a tendência é cada vez mais a sociedade se afastar do critério biológico, estático e seguir rumo ao critério psicológico, abrangendo assim a situação em que a pessoa se identifica como mulher e se sente mulher. Nesses casos, podemos vislumbrar a possibilidade de aplicação do feminicídio ao transexual, desde que a violência tenha sido praticada em razão do gênero.

Todavia, essa é uma discussão ainda muito prematura, a qual se terá melhor noção do posicionamento adotado e seus contornos com o decorrer do tempo e do amadurecimento das discussões sobre o tema.

Ressalta-se que analogia em desfavor do réu não é aceita e, nesse ponto, o critério psicológico encontra resistência para aplicação da qualificadora, já que se aplicaria norma mais grave ao réu de forma analógica.

Destarte, enquanto a legislação não for alterada ou o Supremo Tribunal Federal não se pronunciar sobre a abrangência da norma e sua interpretação, não há como dizer ao certo o

¹⁹Ibidem.

²⁰MELLO, Adriana Ramos. *Femicídio*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p.143.

entendimento predominante acerca do tema, sendo trazido a baila apenas por ser ponto relevante e atual que orbita em torno do trabalho acadêmico.

3. A NATUREZA OBJETIVA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO COMO FORMA DE TUTELA À MULHER

Indubitavelmente, a mulher foi negligenciada por séculos em seu papel na sociedade e, sobretudo, no reconhecimento compatível com a dignidade da pessoa humana.

Seus direitos foram reconhecidos de forma tardia e, seus interesses de fato começaram a serem defendidos no direito brasileiro apenas no século XX, construindo-se um histórico de muita violência de gênero e física.

O direito penal, portanto, conforme já explanado no capítulo anterior, iniciou a luta contra a violência praticada em face da mulher com o surgimento da Lei Maria da Penha²¹ e a qualificadora do Femicídio, incluída no artigo 121, § 2º, VI do Código Penal²².

A qualificadora em questão é objeto de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial desde que a Lei n.º 13.104/15²³ a incluiu no ordenamento jurídico, conforme já debatido.

O inciso VI, do artigo 121, §2º²⁴ traz que a qualificadora se aplica se o delito é cometido em face da mulher por condições do sexo feminino, ou seja, protege a mulher em razão do gênero, por ser mulher, frágil por vezes.

Nesse ponto específico, habita a divergência da doutrina quanto a qualificadora ser ou não de ordem objetiva.

Tratando-se a qualificadora do inciso VI²⁵ como objetiva, pune-se o agente pelo crime ter sido cometido em face da mulher, valendo-se da sua condição culturalmente frágil e a posição de superioridade exercida pelo homem.

Por outro lado, para aqueles que defendem²⁶ que a qualificadora tem um cunho subjetivo, sustentam que o fato de ser mulher não afasta a subjetividade, que deve ser avaliada caso a caso, observando-se os motivos que levaram o agente a cometer o crime e não o critério objetivo de ser mulher.

²¹CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.28.

²²BRASIL, op. cit., nota 9.

²³BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁴BRASIL, op.cit., nota 9.

²⁵Ibidem.

²⁶CUNHA, op. cit., nota 13.

Verifica-se que ambas as correntes acima citadas possuem pontos relevantes de análise e de consideração, todavia, deve-se analisar o espírito da lei, a motivação do legislador quando criou a qualificadora do feminicídio e, portanto, seu intento ao criar mais um inciso ao artigo que já tutelava à vida.

Considerar a qualificadora como subjetiva retira a possibilidade de trazer maior reprovabilidade ao delito e, conseqüentemente, punir o agente com maior gravidade. Se não fosse esse o intuito do legislador, tutelar a mulher por meio da qualificadora, a mesma não precisaria existir.

Isso porque os incisos do parágrafo 2º²⁷ trazem qualificadoras de cunho subjetivos (I, II e V) e objetivos (III, IV e VI), sendo incompatível a combinação de qualificadoras da mesma natureza.

Dessa forma, ao considerar a qualificadora do inciso VI (feminicídio) subjetiva, tornaria incompatível considerar a existência de um crime com motivações torpes (inciso I) em combinação com a condição do sexo feminino, por também ser de natureza subjetiva.

Verifica-se que a qualificadora do feminicídio perde a eficácia que o legislador atribuiu a ela, já que nos tribunais, em sua maioria, a tese defensiva encaixa o crime contra a mulher como motivo torpe. Logo, incluir mais um inciso de natureza subjetiva não protegeria a mulher de forma eficaz, ante a ausência de possibilidade de combinação.

Nessa seara, ao considerar a natureza objetiva da qualificadora do feminicídio, seria plenamente compatível combinar um motivo torpe, por exemplo, como matar mulher por prazer – natureza subjetiva – com o matar mulher em razão de ser mulher e sua condição frágil fisicamente e culturalmente estabelecida na sociedade – de natureza objetiva, atribuindo ao delito o correto caráter de reprovabilidade que lhe é devido.

Acrescenta-se que o fato da natureza ser objetiva não ilide a prova em contrário, ou seja, cabe a prova de que a mulher não se encontrava em condição de inferioridade por ser mulher, já que conforme o professor Nucci²⁸ afirma, as qualificadoras de natureza objetivas podem ser debatidas e contestadas ao ponto de se analisar em cada caso a sua aplicabilidade.

Dessa forma, se analisa as condições específicas previstas no parágrafo 2º-A do artigo 121 do código penal²⁹ e verifica-se se o delito envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação contra a condição de mulher, as quais, se presentes, estará

²⁷ BRASIL, op.cit., nota 9.

²⁸NUCCI, op. cit, nota 14.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 9.

presente a qualificadora do Femicídio e será correta a aplicação ao caso concreto.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no bojo do *Habeas Corpus* nº 440.945-MG³⁰, conforme colaciona-se abaixo:

[...] consoante é cediço, a Lei 13.104/2015 alterou o artigo 121 do CP, incluindo o crime de feminicídio como uma modalidade qualificada do homicídio (...) Tais mudanças atuam como uma resposta à necessidade de providências rígidas e rápidas, em razão dos altos índices de violência contra a mulher. (...) diversamente do sustentado pela defesa, não são incompatíveis nem caracterizadoras de bis in idem. Isso porque, enquanto o motivo torpe está relacionado à razão do delito, ao que levou o réu a praticar o crime, o reconhecimento do feminicídio decorreu da ocorrência de violência doméstica e familiar. Assim, presentes uma qualificadora de cunho subjetivo (motivo torpe) e outra de cunho objetivo (feminicídio), circunstâncias de naturezas diversas que coexistem em perfeita harmonia, não há nulidade a ser declarada [...].

Importante salientar que não se busca com a consideração da qualificadora como objetiva a aplicação do direito penal objetivo e a punição sem análise da culpabilidade, mas que o tratamento diferenciado no caso se justifica pela situação de vulnerabilidade vivenciada pelas mulheres.

O contexto experimentado e sua situação de minoria permitem que o direito penal trate de forma diferenciada tanto a mulher em sua condição de desigualdade, quanto o agente que praticou o delito, já que por questões de política criminal a prática delituosa deve ser punida com maior gravidade³¹.

Assim, analisa-se o quanto a conduta deve ser censurada e prevenida na sociedade, dado o caráter de prevenção geral das normas penais, e a efetiva tutela da mulher contra a violência de gênero praticada no âmbito das relações domésticas e familiares.

CONCLUSÃO

Dessa forma, buscou-se com o presente trabalho demonstrar que a qualificadora do feminicídio, apesar das relevantes discussões contrárias sobre o tema, deve ser vista como de natureza objetiva nas hipóteses de aplicação, com o fito de tutelar melhor a mulher no contexto de submissão vivenciado por ela dada sua vulnerabilidade face ao homem.

A partir da análise da evolução do direito da mulher na sociedade, bem como do intuito do legislador em defender a mulher de forma mais efetiva, buscou-se entender a razão da mulher ainda ser morta pelo simples fato de ser mulher no Brasil.

³⁰BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *HC nº 440.945/MG*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 20 set. 2019.

³¹BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.269.

A situação de submissão e negligência de seus direitos perante a sociedade patriarcal e machista levou a mulher a uma situação humilhante e abaixo daquilo que é considerado dignidade humana, que só começou a melhorar após tratados internacionais; e no Brasil, com a criação da Lei Maria da Penha, como resposta ao comprometimento do Brasil à altíssima taxa de feminicídio no país.

Assim, em defesa da natureza objetiva da qualificadora, buscou-se entender qual era o real intuito do legislador ao acrescentar a qualificadora do feminicídio. De forma que, a tutelar da mulher se torna plena, pelo menos no âmbito legal, ao permitir mesclar a qualificadora objetiva com àquelas de cunho subjetivo.

Ao passo que não seria possível, se houvesse o entendimento que a natureza da qualificadora é subjetiva, posição essa diversa do defendido no presente trabalho.

Nesse diapasão, concluiu-se que essa posição traz resultados positivos no combate à violência de gênero, reduz de forma considerável a aplicação em conjunto com outras hipóteses de natureza objetiva e retira parte da eficácia da norma.

Têm-se que essa é a melhor posição a ser adotada a fim de prestigiar o legislador e seu esforço em tornar mais grave a pena do homicídio prática contra a mulher em razão de ser mulher.

A natureza objetiva da qualificadora está relacionada ao gênero da vítima, ou seja, ser mulher, mas a morte causada pelo agente não apenas por ela ser mulher, mas pelos ciúmes, ódio, prazer, entre outros, efetivamente por acreditar que sua posição de superioridade, permite subjugar a mulher ao ponto de matá-la.

Buscou-se esclarecer que não há o intuito de criar uma hierarquização de mulheres acima de homens, mas entender o termo defendido na Constituição da República, qual seja, igualdade.

Nos termos atuais, perante a situação crítica de desigualdade entre homens e mulheres, justifica-se a posição de proteção com um tratamento desigual aos desiguais, buscando a igualdade dos gêneros.

Por fim, consolidou-se com o presente trabalho que embora ainda longe de alcançarmos a igualdade, a lei existe para tutelar a todos, e como minoria, as mulheres merecem, transitoriamente, de um cuidado mais efetivo por parte do Estado.

Entender que a qualificadora tem natureza objetiva é adotar uma posição mais rígida perante um problema gravíssimo enfrentado pelas mulheres brasileiras, que diz após dia são mortas, dentro de suas próprias casas e muitas vezes pelos homens que dizem amá-las. É

tornar a norma mais efetiva, é tutelar a mulher por meio do direito penal e tê-lo cumprindo seu papel de prevenção à prática dos crimes.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980.

ARTIGO 19. *Dados sobre o feminicídio no Brasil*. Disponível em: <<https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/03/Dados-Sobre-Femicidio-no-Brasil-.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal Justiça. *HC nº 440.945/MG*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 20 set. 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COPEVID, II, 2015. *Femicídio: natureza objetiva da qualificadora*. Enunciado nº 23 e 24. COPEVID, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: RT, 2013.

FERNANDES, Valéria DiezScarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade*. São Paulo: Atlas, 2014.

IPEA. *Atlas da Violência de 2018*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MELLO, Adriana Ramos. *Femicídio*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Manual de Direito Penal*. 14.ed. São Paulo: Forense, 2018.