

O FEMINICÍDIO¹

Foi promulgada a Lei nº. 13.104/15, que passou a prever no ordenamento jurídico-penal brasileiro o chamado feminicídio, estabelecendo-se mais uma circunstância qualificadora para o crime de homicídio e, por consequência, incluindo-o no rol dos crimes previstos na Lei nº 8.072/90 (crimes de caráter hediondo e, como tais, inafiançáveis, nos termos do art. 323, II do Código de Processo Penal).

Assim, foi acrescentado ao § 2º do art. 121 do Código Penal o inciso VI, qualificando o homicídio praticado "*contra a mulher por razões da condição de sexo feminino*."

Outrossim, aditou-se ao referido art. 121, o § 2º.-A, considerando haver "*razões de condição de sexo feminino quando o crime envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher*."

Ademais, criou-se uma causa de aumento de pena (com o acréscimo do § 7º.) de um terço até a metade se o crime for praticado "*durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência ou na presença de descendente ou de ascendente da vítima*."

Para torná-lo mais explicitamente crime hediondo, o inciso I do art. 1º da Lei nº 8.072/90, passou a vigorar com a seguinte alteração: "*homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI)*".

Pois bem.

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); "A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares" (2011), "Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo" (2013), "Uma Crítica à Teoria Geral do Processo", "A Nova Lei de Organização Criminosa", publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre) e "O Procedimento Comum: Ordinário, Sumário e Sumaríssimo", publicado pela Editora Empório do Direito (no prelo), além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal" (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Como se sabe, não é de hoje a preocupação do legislador brasileiro com a questão da violência praticada contra a mulher, especialmente quando se trata de fato ligado à violência doméstica e familiar.

Com efeito, a Lei nº. 11.340/06, a chamada “Lei Maria da Penha”, procurou criar “*mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher*”. Segundo esta lei, “*configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*”, podendo ser praticada: a) “*no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas*”; b) “*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*” ou c) “*em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*”

Ademais, compreende: a) “*a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal*”; b) “*a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação*”; c) “*a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos*”; d) “*a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades*” e e) “*a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.*”

Segundo o seu art. 6º., a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Logo, é possível que a apuração do crime daí decorrente seja da atribuição da Polícia Federal, na forma do art. 1º., caput e inciso III, da Lei nº. 10.446/02; em tese, também é possível que a competência para o processo e julgamento seja da Justiça Comum Federal, ex vi do art. 109, V-A, c/c o § 5º., da Constituição Federal, desde que se inicie, via Procurador-Geral da República, e seja julgado procedente o Incidente de Deslocamento de Competência junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Esta conclusão extrai-se das normas referidas, bem como em razão do Brasil ser subscritor da Convenção sobre a eliminação de todas as

formas de violência contra a mulher² e da Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher³.

Tratando-se de violência doméstica e familiar, cabível será a decretação de medidas protetivas de urgência, que poderão “*ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida (obviamente, em caso de crime não consumado), não havendo necessidade, no último caso, de ser o pedido subscrito por advogado, e “independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público.”*”

Algumas destas medidas são salutares, seja do ponto de vista de proteção da mulher, seja sob o aspecto “descarcerizador” que elas encerram. Em outras palavras: é muito melhor que se aplique uma medida cautelar não privativa de liberdade do que se decrete uma prisão preventiva ou temporária (adiante trataremos do novo inciso acrescentado ao art. 313 do Código de Processo Penal).

Como afirma Rogério Schiatti Machado Cruz, “*se a pena privativa de liberdade, como zênite e fim último do processo penal, é um mito que desmorona paulatinamente, nada mais racional do que também se restringir o uso de medidas homólogas (não deveriam ser) à prisão-pena, antes da sentença condenatória definitiva. É dizer, se a privação da liberdade como pena somente deve ser aplicada aos casos mais graves, em que não se mostra possível e igualmente funcional outra forma menos aflitiva e agressiva, a privação da liberdade como medida cautelar também somente há de ser utilizada quando nenhuma outra medida menos gravosa puder alcançar o mesmo objetivo preventivo.*”⁴

A previsão de tais medidas protetivas (ao menos em relação a algumas delas) encontra respaldo na Resolução 45-110 da Assembleia Geral das Nações Unidas – Regras Mínimas da ONU para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio, editadas nos anos 90). Estas regras “enunciam um conjunto de princípios básicos para promover o emprego de medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão.”⁵

Por terem a natureza jurídica de medidas cautelares, devem observar, para a sua decretação, a presença do **fumus commissi delicti** e do **periculum in mora**. Sem tais pressupostos, ilegítima será a imposição de tais medidas.

Devemos atentar, porém, para a lição de Calmon de Passos, segundo a qual “*o processo cautelar é processo de procedimento contencioso, vale dizer, no qual o princípio da bilateralidade deve ser atendido, sob pena de nulidade. A lei tolera a concessão **inaudita altera pars** de medida cautelar, nos casos estritos que menciona (art. 804), mas impõe, inclusive para que subsista a*

² Aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984.

³ Firmada em 1994 na cidade brasileira de Belém do Pará, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

⁴ Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 132.

⁵ Leonardo Sica, “Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

medida liminarmente concedida, efetive-se a citação do réu e se lhe enseje a oportunidade de se defender (arts. 802, II e 811, II).⁶

Como, em tese, é possível a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento injustificado da medida protetiva (art. 313, III do Código de Processo Penal), entendemos ser perfeitamente cabível a utilização do **habeas corpus** para combater uma decisão que a aplicou. Como se sabe, **o habeas corpus** deve ser também conhecido e concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Logo, se a medida protetiva foi abusiva (não necessária), cabível a utilização do **habeas corpus** que visa a tutelar a liberdade física, a liberdade de locomoção do homem: **ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque**. Como já ensinava Pontes de Miranda, em obra clássica sobre a matéria, é uma ação preponderantemente mandamental dirigida “*contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir.*”⁷ (Grifo nosso).

Para Celso Ribeiro Bastos “*o habeas corpus é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de se locomover em razão de violência ou coação ilegal.*”⁸ Aliás, desde a Reforma Constitucional de 1926 que o **habeas corpus**, no Brasil, é ação destinada à tutela da liberdade de locomoção, ao direito de ir, vir e ficar.

O art. 18 da Lei Maria da Penha estabelece que, recebido o expediente com o pedido da ofendida (repita-se, no caso do art. 14, II do Código Penal), caberá ao Juiz, no prazo de quarenta e oito horas conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência, determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, e comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

Segundo a lei, as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida (idem), podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia.

Ademais, poderá o Juiz, também quando demandado, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida (no caso de homicídio tentado), de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Tais medidas não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida (vide art. 14, II do Código Penal, insistimos) ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

⁶ Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. X, Tomo I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 139.

⁷ História e Prática do **Habeas Corpus**, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 39.

⁸ Comentários à Constituição do Brasil, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 312.

Para garantir a efetividade (esqueçamos de uma vez por todas a odiosa ideia de eficiência no processo penal!) das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial. Também está prevista a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Ademais, caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário, requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros, fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas e cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Aliás, dispõe o art. 313, III, do Código de Processo Penal que será admitida a decretação da prisão preventiva (presentes os requisitos do art. 312, óbvio - o **fumus commissi delicti**), se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Tratando-se de crime doloso contra a vida, evidentemente que a competência (trate-se de crime tentado ou consumado) será do Tribunal do Júri (inclusive para julgar eventuais crimes conexos - art. 78, I, Código de Processo Penal), por força de mandamento constitucional de todos sabido, afastando-se, por conseguinte, a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, previstos na Lei Maria da Penha.

Definitivamente, a questão mais difícil em relação a esta nova norma penal incriminadora, será a dificuldade de se concluir (com certeza!) quando exatamente o homicídio foi praticado contra a mulher em razão de "menosprezo ou discriminação à condição de mulher".

Até admitimos uma tutela penal diferenciada para determinadas vítimas (inclusive pelo desvalor da ação⁹), mas sem máculas aos

⁹ Como se sabe, a antijuridicidade de um comportamento é composta pelo chamado desvalor da ação e pelo desvalor do resultado; o primeiro, segundo Cezar Roberto Bitencourt, é a "forma ou modalidade de concretizar a ofensa", enquanto que o segundo é "a lesão ou exposição a perigo do bem ou interesse juridicamente protegido." Este mesmo autor, citando agora Jescheck, ensina que modernamente a "antijuridicidade do fato não se esgota na desaprovação do resultado, mas que 'a forma de produção' desse resultado, juridicamente desaprovado, também deve ser incluído no juízo de desvalor." (Teoria Geral do Delito, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 121/124). Segundo Luiz Flávio Gomes, deve-se a Welzel "o enfoque do delito como desvalor da ação (negação de um valor pela ação) mais desvalor do resultado. (...) O delito não é fruto exclusivamente do desvalor do resultado, senão sobretudo (na visão de Welzel) do desvalor da ação, que, no seu sistema, goza de primazia. O desvalor da ação, de qualquer modo, passa a constituir requisito obrigatório de todo delito." (Estudos de Direito Penal e Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 220/221). Assim, é inegável que o estudo da antijuridicidade leva à conclusão de que esta se perfaz não apenas com a valorização do resultado como também (e tanto quanto) com o juízo de valor a respeito da ação (ou omissão). Munõz Conde, na sua Teoria Geral do Delito, explica bem esta dicotomia e a imprescindibilidade da conjunção entre estes dois elementos: "Nem toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico (desvalor do resultado) é antijurídica, mas apenas aquela que deriva de uma ação desaprovada pelo ordenamento jurídico (desvalor da ação)." Em vista dessa percepção, diz o mesmo autor que o Direito Penal "não

princípios gerais do Direito Penal, especialmente o que estabelece a observância da legalidade estrita. Observa-se que estamos tratando de uma norma penal incriminadora de extrema gravidade, crime hediondo e inafiançável, razão pela qual não se pode admitir expressões genéricas e de caráter difuso como aquela.

Neste ponto, concordamos com Naele Ochoa Piazzeta, quando afirma que *“corretas, certas e justas modificações nos diplomas legais devem ser buscadas no sentido de se ver o verdadeiro princípio da igualdade entre os gêneros, marco de uma sociedade que persevera na luta pela isonomia entre os seres humanos, plenamente alcançado.”*¹⁰

Como afirma Willis Santiago Guerra Filho, *“princípios como o da isonomia e proporcionalidade são engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, sendo, portanto, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde poderemos incluí-los na categoria, equiparável, das ‘garantias fundamentais’.”*¹¹

Vimos que quando a lei utiliza-se da expressão “violência doméstica e familiar”, é possível socorrer-nos dos dispositivos contidos na Lei nº. 11.340/06. Mas, o que seria (ou será) um homicídio praticado em razão de “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”?

De toda maneira, é importante que fique claro que somente haverá a incidência da qualificadora *“sendo o caso de violência de gênero, caracterizada pela ação ou omissão que revele uma concepção de dominação, de poder ou submissão do sujeito ativo contra a mulher.”*¹²

Por fim, quanto às causas de aumento de pena (com o acréscimo do § 7º.), exige-se prova insofismável das respectivas circunstâncias. Assim, a condição de gestante da vítima ou o fato do crime ter sido praticado três meses após o parto, bem como a sua deficiência (física, auditiva, visual ou mental)¹³, deverão

sanciona toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aquelas que são conseqüências de ações especialmente intoleráveis.” E continua o mestre espanhol: *“Ambos os conceitos, desvalor da ação e desvalor do resultado, são igualmente importantes na configuração da antijuridicidade, de vez que estão perfeitamente entrelaçados e são inimagináveis separados (...), contribuindo ambos, no mesmo nível, para constituir a antijuridicidade de um comportamento.”* (...) *“O que sucede é que, por razões de política criminal, o legislador na hora de configurar os tipos delitivos pode destacar ou fazer recair acento em um ou em outro tipo de desvalor.”* ((Teoria Geral do Delito, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado, p. 88/89).

¹⁰ O Princípio da Igualdade no Direito Penal Brasileiro – Uma Abordagem de Gênero, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 174.

¹¹ Introdução ao Direito Processual Constitucional, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 46.

¹² Tribunal de Justiça de Goiás - Apelação Criminal nº. 34734-2/213 – Relatora Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo).

¹³ O Decreto nº. 3.298/99, que regulamenta a Lei nº. 7.853/89, estabelece ser pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: “I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas

ser atestados por perícia médico-legal, nos termos dos arts. 158 e 159 do Código de Processo Penal.

O fato da mulher ser menor de catorze ou maior de sessenta anos, será obrigatoriamente aferida pela certidão de nascimento, nos termos do parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal.

Já a presença de descendente ou de ascendente da ofendida no momento da prática delituosa será demonstrada por meio da prova testemunhal e da ouvida da vítima (caso tenha ela sobrevivido).

freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação;b) cuidado pessoal;c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança;f) habilidades acadêmicas;g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.”