Registro: 2016.0000832879

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0003128-47.2015.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JOAO BATISTA SOUZA DE OLIVEIRA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso, para excluir da pronúncia a qualificadora relativa ao motivo torpe, mantida, no mais, a r. decisão, vencido o E. 3º Juiz, que negava provimento e declarará. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente) e MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

LAERTE MARRONE

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Recurso Em Sentido Estrito nº 0003128-47.2015.8.26.0052
Recorrente: Joao Batista Souza de Oliveira
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo
Comarca: São Paulo
Voto nº 4.514

Recurso em sentido estrito. Decisão que pronunciou o réu como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I, IV e VI, e § 2º-A, inciso I, na forma do artigo 14, inciso II, todos do Código Penal. Recurso da defesa que visa o afastamento das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima. A exclusão de qualificadora na pronúncia somente se dá na hipótese desta ser manifestamente descabida, a fim de que seja preservada a competência do Tribunal do Júri. 1. Neste contexto, fica mantida a qualificadora relativa à utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima. A surpresa pode qualificar o homicídio, quando a ação do acusado é inesperada para a vítima. 2. Hipótese, todavia, de afastamento da qualificadora do motivo torpe, porquanto o fato referido na denúncia – como configurador da aludida qualificadora – caracteriza, na realidade, o feminicídio na modalidade envolvendo violência doméstica e familiar. A qualificadora do feminicídio tem natureza subjetiva, não podendo ser cumulada com a qualificadora relativa ao motivo torpe, sob pena de "bis in idem". Recurso parcialmente provido.

1. Conforme decisão de fls. 211/216, cujo relatório se adota, **JOÃO BATISTA SOUZA DE OLIVEIRA** foi pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I, IV e VI, e § 2º-A, inciso I, na forma do artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, para que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

A defesa interpôs recurso em sentido estrito, buscando o afastamento das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima. (fls. 230/242).

Processado o recurso, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo seu não provimento (fls. 256/259).

É o relatório.

2. O recurso merece parcial provimento.

3. O recorrente foi denunciado e pronunciado por homicídio triplamente qualificado, na forma tentada.

Em suma, segundo a inicial, o acusado, agindo com vontade de matar, desferiu golpes de faca na vítima, sua ex-companheira, causando-lhe ferimentos que somente não deram causa à morte por circunstâncias alheias à sua vontade.

O delito, ainda de acordo com a denúncia, é qualificado pelo (a) motivo torpe ("porque o denunciado resolveu matar a vítima para que ela não vivesse por si só, nutrindo por ela exacerbado sentimento de posse"), (b) em razão do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima ("foi colhida, de surpresa, pelas costas, enquanto conversava com o denunciado após ter aceitado seu convite para tomar café, sem que pudesse sequer prever a ação homicida de seu ex-companheiro"), bem como porque (c) levado a efeito no contexto de violência doméstica (o chamado feminicídio).

4. Importa assentar que a exclusão de qualificadora na pronúncia somente se dá na hipótese desta ser manifestamente descabida, a fim de que seja preservada a competência do Tribunal do Júri (**STJ, HC nº 264.998, rel. Min. Laurita Vaz; HC nº 198.945, rel. Min. Jorge Mussi; HC nº 246.820, rel. Min. Sebastião Reis**

Junior; AgRg no AREsp nº 155.255, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

5. Dentro deste parâmetro, não prospera a alegação defensiva no tocante ao emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Verte das declarações da vítima (fls. 8, 128/146) que, no dia do fato, surpreendeu-se quando, na saída de uma estação do Metrô, deparou-se com o acusado, seu ex-companheiro, o qual a abordou e a convidou para tomar um café, tendo aceitado o convite. No percurso, o réu começou a questioná-la se já o havia traído, mencionando até o nome do suposto amante da vítima. Em dado momento, o réu, inesperadamente, puxou um faca da cintura e sem nada dizer, começou a golpeá-la nas costas. A depoente conseguiu, então, segurar a faca empunhada pelo acusado, quando este tentava atingir a região de seu pescoço, tendo a lâmina se quebrado. Ato contínuo, passou a solicitar por socorro, tendo o réu saído correndo do local; mas, perseguido por populares, acabou sendo, na sequência, detido por policiais que compareceram em atendimento à ocorrência.

Trata-se, sem dúvida, de um quadro que confere plausibilidade jurídica à imputação.

Aparentemente, o acusado praticou uma ação inesperada para a ofendida que se viu em grande dificuldade para se defender. E a própria dinâmica dos fatos indica − pelo menos a partir de uma cognição sumária - que o acusado tinha ciência de que sua ação, tal como levada a efeito, faria com que eventual reação da vítima fosse custosa. Ou seja, uma situação fática abarcada pelo dolo do réu.

Conforme anota **JULIO FABBRINI MIRABETE**, **"a surpresa da vítima pode qualificar o delito quando**

efetivamente comprovado que o ato homicida é totalmente inesperado, impedindo ou dificultando a defesa..." (Código Penal Interpretado, Atlas, 5ª edição, pág. 930). No mesmo sentido: **DAMÁSIO DE JESUS** (Código Penal Anotado, Saraiva, 21ª edição, pág. 484); **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**, Tratado de Direito Penal, Parte Especial, vol. 2, Saraiva, 6ª edição, pág. 59.

Decididamente, cuida-se de questão − a efetiva incidência ou não da qualificadora − cuja palavra final deve ser cometida aos jurados, de sorte que, nesta etapa procedimental, há de se manter a qualificadora.

6. Mas tem razão a defesa no tocante à exclusão da qualificadora do motivo torpe.

Isto porque, nos termos em que deduzida a imputação na denúncia, o motivo torpe não pode coexistir com a qualificadora do feminicídio.

Sem embargo de orientação diversa[1], a qualificadora do feminicídio guarda natureza subjetiva.

As qualificadoras do homicídio são de natureza objetiva ou subjetiva: as primeiras, referem-se aos meios e modos da ação, enquanto as últimas dizem respeito aos motivos determinantes e ao fim particular visado (**ANIBAL BRUNO**, Direito Penal, Parte Especial, tomo. I, crimes contra a pessoa, Forense, 1ª edição, pág. 76).

Dentre as qualificadoras do homicídio encontra-se o feminicídio, conceituado, pelo Código Penal, como o delito praticado "contra a mulher por razões de condição do sexo feminino" (artigo 121,

[1] AMON ALBERNAZ PIRES, A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri, em www.compromissoeatitude.org.br, acessado em 13.09.2016; VICENTE DE PAULA RODRIGUES MAGIO, Curso de Direito Penal, Parte Especial, Editora JusPodivm, 2.015, pág. 92; TJDF, Recurso em Sentido Estrito nº 20150310069727RSE − 0006892-22.2015.8.07.0003 -, rel. Des. George Lopes.

par. 2º, VI, com a redação que lhe deu a Lei nº 13.104/15). Na sequência (artigo 121, par. 2º-A), o legislador explicitou que "há razões de condição do sexo feminino quando o crime envolve": "violência doméstica e familiar" (inciso I) ou "menosprezo ou discriminação à condição de mulher" (inciso II).

O tipo penal "**pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher**" (**ROGÉRIO SANCHES CUNHA**, Lei do Feminicídio: breves comentários, em http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br, acessado em 13.09.2016).

Não é, portanto, todo e qualquer homicídio contra mulher que configura o feminicídio, mas somente aquele por razão de gênero. Ou seja, a incidência da qualificadora reclama, ainda, na lição de **ROGÉRIO SANCHES CUNHA**, "**situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher, em situação de vulnerabilidade**" (artigo citado). Pressupõe – quem o diz é o mesmo autor - uma motivação especial, "**qual seja, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher**", pelo que a qualificadora é "**claramente subjetiva**"[2].

De fato, não se trata de uma qualificadora cujo suporte fático cinge-se à mulher como vítima, o que lhe daria feição objetiva. O tipo penal derivado reclama um "plus" relacionado à pessoa do agente, que deve agir movido pela intenção de cometer o delito em razão do gênero, imbuído da ideia de submissão e inferioridade da mulher.

---

[2] No mesmo sentido, conferindo natureza subjetiva à qualificadora: **CLEBER MASSON**, Código Penal Comentado, Editora Método, 4ª edição, pág. 619; **FERNANDO CAPEZ**, Curso de Direito Penal, Parte Especial, vol. 2, Saraiva, 16ª edição, pág. 89; **DAMÁSIO DE JESUS**, Código Penal Anotado, Saraiva, 23ª edição, págs. 500/501.

Com efeito, a locução violência doméstica e familiar − hipótese de feminicídio que interessa ao caso em apreço -, elemento normativo do tipo, deve ser interpretada à luz da Lei nº 11.340/06, que, em seu artigo 5º, qualifica violência doméstica e familiar como sendo aquela levada a efeito contra a mulher, "baseada no gênero". Trata-se de uma agressão contra mulher, "**num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando-se de sua hipossuficiência**" (**RONALDO BATISTA PINTO** e **ROGÉRIO SANCHES CUNHA**, Violência Doméstica, in Legislação Criminal Especial, coleção Ciências Criminais, vol. 6, RT, 1ª edição, pág. 1.069). Dizendo de outra forma, "...**deve ficar evidenciada a consciência e vontade do agente de atingir uma mulher em situação de vulnerabilidade**..." (**RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, Legislação Criminal Especial Comentada, Editora JusPodivm, 2ª edição, pág. 885). Isto significa que somente se configura um quadro de violência doméstica e familiar − enquanto uma das formas de feminicídio − quando o agente atua com um móbil específico.

Seguindo esta trilha, discorrendo sobre o feminicídio e sua compatibilidade com o motivo torpe, **ALICE BIANCHINI** e **LUIZ FLÁVIO GOMES**, também citados pelo Dr. Defensor Público, anotam que "**a motivação do delito constitui o eixo da violência de gênero. Uma vez comprovada essa circunstância, não se pode mais invocar o motivo torpe: uma mesma circunstância não pode ensejar duas valorações jurídicas (está proibido o *bis in idem*)**" (http://professorlfg,jusbrasil.com.br, acessado em 13.09.2016). A bem da verdade, segundo os autores, a instituição de feminicídio veio exatamente

por fim a uma discussão sobre se, à luz da legislação anterior, a morte de mulher por discriminação de gênero qualificava ou não o homicídio, elevando-o à categoria de crime hediondo. No quadro que precedia a Lei nº 13.104/15, uma das formas de se classificar esta ação como homicídio qualificado era justamente recorrer ao motivo torpe, o que, diante da nova sistemática, não se afigura mais necessário, nem possível. Seguindo a mesma toada, forte em ser a qualificadora do feminicídio de natureza subjetiva, pontua **DAMÁSIO DE JESUS** a impossibilidade da referida qualificadora ser cumulada com outra de natureza subjetiva, como, por exemplo, o motivo torpe (Código Penal Anotado, Saraiva, 23ª edição, págs. 500/501).

Veja-se, aliás, que o motivo torpe indicado na denúncia – "o denunciado resolveu matar a vítima para que ela não vivesse por si só, nutrindo por ela exacerbado sentimento de posse" – corresponde exatamente ao motivo especial que caracteriza o feminicídio envolvendo violência doméstica e familiar, já que tudo teve como pano de fundo uma relação amorosa entre acusado e vítima. Em outras palavras, a motivação do acusado, tal como lançada na inicial, traduz um quadro de opressão à mulher devido à sua condição de gênero, tendo ele agido calcado na crença de que a vítima era propriedade sua, estando-lhe submissa – não se perdendo de vista que se faz apenas um mero juízo de delibação da acusação, próprio desta fase processual, de sorte que o Tribunal do Júri é que deve deliberar, de forma definitiva, sobre a efetiva existência deste motivo -, ou seja, trata-se de uma típica situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em suma, diante deste quadro, é <u>verossímil que o crime tenha sido qualificado pelo feminicídio</u> (aqui também a decisão final

caberá aos jurados). Entretanto, para, além disso, divisar também a qualificadora do motivo torpe representa "bis in idem", de sorte que cumpre extirpar esta última qualificadora do juízo da causa.

7. Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, para excluir da pronúncia a qualificadora relativa ao motivo torpe, mantida, no mais, a r. decisão.

LAERTE MARRONE

Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0003128-47.2015.8.26.0052
RECORRENTE: JOÃO BATISTA SOUZA DE OLIVEIRA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO
COMARCA DE SÃO PAULO – 1ª VARA DO JURI

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO Nº 22.264

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto JOÃO BATISTA SOUZA DE OLIVEIRA contra a respeitável decisão (fls. 211/216), cujo relatório se adota, que o pronunciou como incurso no artigo 121, § 2º, I, IV e VI e § 2º-A, I, c.c. o artigo 14, II, todos do Código Penal, remetendo-o a julgamento perante o plenário do Tribunal do Júri.

Almeja o recorrente, em suma, o afastamento das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima (fls. 230/242).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com parecer de fls. 256/259, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Ressalvada a seriedade dos argumentos lançados pelo eminente e culto Relator, DESEMBARGADOR LAERTE MARRONE, aliás, como sempre o faz, no que foi seguido pelo ilustre DESEMBARGADOR MARCO DE LORENZI, ouso deles divergir, ainda que parcialmente.

E o faço, única e exclusivamente, no que concerne à exclusão da qualificadora do motivo torpe da r. decisão de pronúncia, já que não há dissenso em relação à mantença da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima e pelos mesmos motivos contidos no r. voto.

A controvérsia instaurada diz respeito

à natureza da qualificadora do feminicídio, que deve ser tida, a meu sentir, como *objetiva*, uma vez que somente realça uma forma de violência específica contra a mulher em virtude da condição de sexo feminino, sem que haja, *data venia,* qualquer *bis in idem* em relação ao motivo torpe descrito na denúncia e encampado pela combatida pronúncia.

Note-se que, no caso específico destes autos, o móvel da conduta do recorrente não foi nem de longe a questão de gênero caracterizadora do feminicídio.

Jamais agiu o recorrente buscando a opressão à mulher, a ponto do seu tresloucado ato poder ser rotulado como exclusiva violência de gênero.

Ao revés, a motivação criminosa foi lastreada, tão somente, no "... exacerbado sentimento de posse..." exercido sobre a vítima, razão pela qual inexiste qualquer duplicidade na qualificação do crime ora em comento.

Poder-se-ia falar em *bis in idem* entre as qualificadoras do feminicídio e do motivo torpe na hipótese remota da conduta criminosa estar exclusivamente fundada no gênero, o que, cumpre repetir, não se viu nestes autos.

Tal conclusão, aliás, é a que melhor —

senão a única — se coaduna com o sistema legal protetivo à mulher, em situação de violência doméstica e familiar, desde o advento da *Lei Maria da Penha* até a edição da Lei nº13.104/15, pois a subjetividade defendida nos r. votos vencedores e por boa parte da doutrina coloca em sério e evidente risco todo o aludido arcabouço de proteção, pois possibilitaria, quase sempre, a negativa da torpeza do agir, verificável em boa parte dos crimes contra a vida em situações semelhantes à verificada nestes autos.

Portanto, mercê da objetividade da qualificadora do feminicídio, inexiste razão lógica e jurídica para que não coexista com a qualificadora do motivo torpe, ao menos considerada a situação fática descrita neste feito.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantida íntegra a r. decisão de pronúncia.

FERNANDO TORRES GARCIA
Desembargador

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	9	Acórdãos Eletrônicos	LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO	1F219A8
10	13	Declarações de Votos	FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA	4C38D68

Para conferir o original acesse o site: https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do, informando o processo 0003128-47.2015.8.26.0052 e o código de confirmação da tabela acima.