

a decisão fora a mais plural possível, tendo-se levado em consideração as diversas opiniões que podem surgir acerca de um fato submetido à apreciação.

Ainda que haja votações não unânimes e, às vezes, definidas por um único voto de diferença, as fundamentações estarão à disposição das partes para que busquem eventual reforma da decisão.

Nesse contexto, é na própria fundamentação da decisão recorrida que se encontram as razões pelas quais há plausibilidade do recurso interposto, apto a ensejar a concessão de efeito suspensivo a que alude o art. 26-C da LC 64/1990.

Essas exigências, entretanto, não são encontradas nem nos colegiados de primeiro grau e muito menos no Tribunal do Júri.

Com efeito, no caso dos colegiados instituídos para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, a existência do colégio não está ligada a qualquer consideração sobre maior reflexão ou experiência acerca do tema, mas, sim, exclusivamente à proteção dos próprios integrantes do Judiciário.

Tanto é assim que a lei veda a publicação ou menção de qualquer voto divergente (art. 1.º, VI, da Lei 12.694/2012), impedindo às partes conhecer as eventuais reflexões que tenham sido realizadas pelos integrantes daquele órgão.

Já no caso dos julgamentos proferidos pelos Tribunais do Júri, a situação é ainda mais grave, pois é da essência de seu julgamento que não haja qualquer motivação, nem debate entre os jurados, de modo que a decisão proferida não é, necessariamente, produto de uma reflexão mais detida do que aquela que normalmente seria realizada por um juiz singular.

Por mais que a Constituição reconheça a soberania do júri no que diz respeito à apreciação dos fatos (art. 5.º, XXXVIII, c), é de se observar que esta não afasta a possibilidade de reforma dos veredictos justamente pela possibilidade de manifesta contrariedade da decisão à prova dos autos, hipótese na qual poderá o réu ser submetido a novo julgamento, nos termos do art. 593, III, d, e § 3.º, do Código de Processo Penal.

Por isso, os Tribunais revisores da decisão proferida pelo Júri, por mais que não possam adotar conclusão diversa daquela emanada pelo conselho de sentença, podem reconhecer que tal decisão não encontra

qualquer suporte fático e, por isso, anulá-la.

Não há, portanto, o mínimo de segurança jurídica necessária à constituição da situação de inelegibilidade, com seus graves reflexos.

Apesar disso, enquanto prevalecer o entendimento firmado pelo TSE, necessário se faz que o art. 26-C possa também ser aplicado às apelações interpostas contra as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, permitindo-se a suspensão da inelegibilidade quando observada a plausibilidade de provimento do recurso interposto pela defesa.

Nesse caso, deve ser abrandada a disposição literal do art. 26-C da LC 64/1990, de modo a permitir que a suspensão da inelegibilidade seja requerida no momento de oferecimento das razões recursais e não no momento de interposição do recurso, como afirma o dispositivo legal, ante a peculiaridade da forma de processamento das apelações criminais, nos termos do art. 600 do Código de Processo Penal.

Todos esses “ajustes” que se fazem necessários ao art. 26-C da LC 64/1990 apenas reforçam o argumento segundo o qual constitui grave equívoco reconhecer as decisões do Tribunal do Júri como aptas a permitir o surgimento da inelegibilidade.

Notas

- (1) STF, HC 84078, Tribunal Pleno, j. 05.02.2009, rel. Min. Eros Grau, DJe 25.02.2010.
- (2) Todas relatadas pelo Min. Luiz Fux, DJe 28.06.2012.
- (3) CHEIM JORGE, Flávio; LIBERATO DOS SANTOS, Ludgero F. A suspensão da inelegibilidade advinda das decisões judiciais e atribuição de efeito suspensivo aos recursos. *RePro*, v. 215, p. 13, 2013.
- (4) Nesse sentido, v.: RO 263449, j. 11.11.2014, rel. Min. João Otávio De Noronha, rel. desig. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, publicado em sessão; REs Eleitoral 61103, j. 21.05.2013, rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, rel. designado Min. Laurita Hilário Vaz, DJe 13.08.2013.

Ludgero Liberato

Mestre em Direito pela UFES.

Coordenador adjunto do IBCCrim no Espírito Santo.

Advogado.

O feminicídio da igualdade

Israel Domingos Jorio

A lamentável Lei 13.103/2015, que inseriu o inc. VI no § 2º do art. 121 do Código Penal e ali adicionou dois novos parágrafos (2.º-A e 7.º), carrega três dos piores vícios que um produto da atuação legislativa pode ter: viola materialmente um preceito constitucional; possui uma qualidade redacional sofrível; e configura o mais perfeito exemplo do uso puramente simbólico do Direito Penal.

Foi identificada, então, a primeira vítima do novo tipo penal do feminicídio: a igualdade constitucionalmente estabelecida entre homens e mulheres. Assim como ocorre com a infame “Lei Maria da Penha”, peca o legislador no que tange à seleção dos critérios político-criminais para a tutela especial de determinados titulares de bens jurídico-penais.

Não há nenhum mal em se conferir tratamento mais rigoroso àquele que se prevalece de uma dominância física, econômica e emocional para cometer atos de violência contra alguém mais fraco. A questão é: faz-se necessário constatar, em concreto, essa relação “hipersuficiência

versus hipossuficiência”. Afinal, o que é execrável é que um agente se valha da sua condição de superioridade de forças – hipersuficiência em relação à vítima – para agredir alguém visivelmente mais frágil ou dependente – hipossuficiência em relação ao autor. Dito isso, já não parece ser relevante que o agressor seja homem e a agredida seja mulher. Invertamos os papéis e a maior gravidade do fato permanecerá inalterada: desde que o mais forte faça da relação familiar uma tirania e oprima o mais fraco, é perfeitamente sustentável um rigor punitivo proporcionalmente mais intenso.

O defeito em comum das Leis 13.103/2015 e 11.340/2006, como dito, está no fundamento da distinção: a resposta penal é mais dura unicamente porque a vítima é do sexo feminino. O raciocínio conduz a irracionalidades estereotipadas. Ora, o homem pode ser um idoso senhor cuja mobilidade está restrita à cadeira de rodas, e a mulher pode ser uma fisiculturista ou lutadora profissional que arca com as despesas do lar. Quem é o “hiper” e quem é o hipossuficiente? E os exemplos

esdrúxulos não param por aí: se o homem espancar ou matar sua filha adulta possivelmente receberá punição mais gravosa do que se o fizer em relação a seu filho criança. E assim o feminicídio assassinou a igualdade que a Constituição promete: matar mulher é crime hediondo. Matar idoso, deficiente e criança, não. Tratar mais severamente a agressão contra mulheres independentemente da constatação das condições de hipersuficiência do agressor e hipossuficiência da vítima é propugnar uma espécie de inferioridade ontológica do sexo feminino.

O pior dos argumentos em defesa de leis baseadas isoladamente no gênero da vítima é o que nos remete a um “débito” histórico. A sociedade patriarcal e machista brasileira teria negligenciado a tutela da vida e da integridade física das mulheres por séculos, e isso, por si só, já justificaria o tratamento diferenciado. É até difícil enumerar os defeitos dessa política criminal de gênero. Superemos o fato de que ela soa como revanchismo. Ainda assim, posso eu ser julgado pelos crimes de meus antepassados? Afinal, responde o réu pelo fato de sua exclusiva autoria ou pelo dito “débito” de outrora? E mais: pode um juiz criminal considerar o número de esposas e companheiras mortas no ano passado ao proferir a sentença condenatória de João, que matou Maria? Isso não é Direito Penal do fato. E se o Direito Penal do autor é inadmissível, também o é o Direito Penal da vítima.

O abandono da política criminal baseada em gênero, nos termos aqui defendidos, não desprestigia ou desprotege a mulher. Apenas estende a mesma proteção diferenciada ao homem, nos casos em que seja hipossuficiente na relação familiar. Assim se sana a injustiça da diferenciação: com a proteção da mulher, não porque é mulher, e do homem, não porque é homem, mas porque qualquer deles, em um caso concreto, encontrava-se em condição de especial fragilidade. Em tempo, antes de passar ao próximo tópico: é preciso que a reforma seja legislativa. De todas as soluções pensáveis, a mais atécnica e destrutiva é a que pretende estender às vítimas do sexo masculino os rigores da “Lei Maria da Penha” ou do recém-criado feminicídio. Quem assistiu à primeira aula de Direito Penal em um curso de Direito certamente ouviu que o princípio da legalidade é intransponível e que a analogia *in malam partem* é sua principal inimiga.

Partindo para uma análise mais dogmática, é chegado o momento de deplorar a qualidade técnica do novo tipo penal e de suas causas de aumento de pena. O homicídio agora é qualificado quando praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. A expressão é absolutamente ininteligível, e o próprio Legislativo parece haver-se dado conta disso. Logo emendou um § 2.º-A: “*Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação da condição de mulher*”. Dois incisos, dois absurdos. No primeiro, parece haver uma indevida associação necessária entre violência doméstica e violência contra a mulher, como se a primeira se esgotasse na segunda. Fica claro, aliás, que feminicídio não é apenas “matar mulher”, mas o fazer em um contexto de violência doméstica ou familiar. Então, o que importa já não é se a vítima é mulher, mas, sim, se é alguém que sofre com a espécie de violência em questão. Até aqui bem se poderia abandonar a nomenclatura “feminicídio” em prol de qualquer outra que fizesse menção à violência doméstica ou familiar. O inc. II é uma completa perda de tempo e já adianta, em parte, a última crítica que faremos. Seu papel é indistintamente simbólico: todo homicídio cometido “por menosprezo ou discriminação da condição de mulher” já seria, necessariamente, qualificado pelo inc. I. Afinal, não seria esse um motivo visivelmente torpe para se cometer um homicídio?

As causas de aumento do § 7.º também atraem muitas críticas. A pena é elevada de um terço até a metade quando o crime é praticado: “*I – durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III – na presença de descendente ou ascendente da vítima*”. Podemos questionar se o inc. I é, de fato, necessário. Ele nos remete a

duas situações, e, em ambas, o aumento de pena imposto é discutível. Primeiramente, quando se mata uma mulher grávida (e é óbvio que o agente deve saber que a vítima está grávida, caso contrário a hipótese seria de erro de tipo), muito provavelmente se está a praticar, em concurso (formal imperfeito ou material, conforme o número de condutas) com o próprio homicídio, um aborto. Vale dizer: em regra, nessas condições, o agente já teria somado à pena do homicídio qualificado a punição referente ao aborto (consumado ou tentado, na remota hipótese de a vida intrauterina não se perder). O aumento de pena em questão tem cheiro de *bis in idem*. No que tange à ação que toma lugar nos três meses que se seguem ao parto, o caso é mais de desnecessidade. Parece se tratar de exaurimento do crime (o exaurimento, que ocorre após a consumação e está situado fora do *iter criminis*, corresponde a um *plus* de gravidade que eventualmente se instaura em virtude da superveniência de alguma circunstância mais reprovável). Esse exaurimento bem poderia ser trabalhado na dosimetria da pena, em sede de fixação da pena-base, quando da análise da circunstância judicial “das consequências do crime” (art. 59, *caput*, CP).

O inc. II, à exceção do aspecto concernente aos portadores de deficiência, é uma mera repetição da segunda parte do § 4.º. Mas é, também, nocivo. Matar um homem com mais de 60 anos importa no aumento de um terço da pena. Matar uma mulher com mais de 60 anos, além de se tratar de homicídio necessariamente qualificado, traz aumento de pena que pode chegar à metade. E por que matar mulher portadora de deficiência importa em majoração da pena, mas fazê-lo contra homem deficiente, não? Bem se vê que o inc. II é fruto de desleixo do legislador.

Finalmente, o inc. III, cuja fundamentação político-criminal é um verdadeiro desafio à luz das consequências exageradamente gravosas que ele traz. Tudo indica que a preocupação do legislador, nesse último inciso, é com eventual trauma psíquico que possa ser causado contra os ascendentes e descendentes que presenciem o assassinio de seus entes queridos. Se se puder, de alguma forma que desconhecemos por enquanto, justificar a existência dessa majorante, dificilmente se poderá fazer o mesmo em relação ao *quantum* do aumento de pena. Note-se bem: um homem é condenado por feminicídio e recebe a pena de 20 anos de reclusão. Dez anos a mais lhe são impostos só porque um parente próximo da vítima estava presente. Absurdo: a destruição do bem jurídico primariamente tutelado – a vida da mulher – é punida com 20 anos; a ofensa a esse bem jurídico secundário pertencente aos ascendentes ou descendentes (qual seria ele, fica em aberto) “vale” dez anos de prisão. Por pouco, forçar uma pessoa a assistir a uma execução não se torna tão grave quanto matá-la!

Para concluir, diremos apenas o que já deve estar claro: temos mais uma lei simbólica, eleitoreira, sensacionalista. Para que serve o novo tipo penal? Na prática, homicídios simples já são bem mais raros do que os qualificados, em razão da exagerada amplitude das qualificadoras. Se levadas em conta as especiais condições descritas pela nova lei, então, mais do que segura será a quase automática qualificação. Se no *animus* do agente estiver o preconceito, o egoísmo, a intolerância, em suma, a coisificação da mulher, então a motivação será sempre torpe ou fútil. A inovação legislativa somente trouxe como resultados concretos uma nova lesão à noção de igualdade entre homens e mulheres e uma perpetuação da vitimização destas últimas.

Israel Domingos Jorio

Professor de Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público do ES e da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV.

Advogado criminalista.