



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LEI MARIA DA PENHA E FEMINICÍDIO – AMPLIAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO
– MULHER TRANSGÊNERO

Marisa Marli Neves Rodrigues

Rio de Janeiro
2023

MARISA MARLI NEVES RODRIGUES

LEI MARIA DA PENHA E FEMINICÍDIO – AMPLIAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO
– MULHER TRANSGÊNERO

Monografia apresentada como exigência
para conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof^a Claudia das Graças Matos de
Oliveira Portocarrero

Coorientadora:

Prof^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2023

MARISA MARLI NEVES RODRIGUES

LEI MARIA DA PENHA E FEMINICÍDIO – AMPLIAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO
– MULHER TRANSGÊNERO

Monografia apresentada como exigência
de conclusão de Curso da Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2023. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidada: Prof.^a Claudia Serpa Costa Ribeiro Fleischhauer – Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientadora: Prof.^a Claudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero - Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ –
NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO,
QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Deus, por me permitir sonhar.
À minha família pelo apoio constante.

AGRADECIMENTOS

A Deus e aos meus Orixás, que me permitem ser forte e guerreira nas batalhas da vida e na conquista de meus sonhos.

À professora e orientadora Claudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero, por ter aceito o desafio do presente trabalho e por compartilhar o conhecimento com distinta sabedoria e leveza. Minha eterna gratidão.

À professora e coorientadora Mônica Cavalieri Fetzner Areal, por todo o incentivo e trabalho depositado em cada página, por ser uma pessoa tão elegante na tarefa de ensinar.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar amadurecimento profissional sem igual, que não só me torna uma estudante melhor como também reflete na forma de analisar o mundo adiante.

Ao meu amado karateca e marido Paulo, pelo amor maduro, pela fonte de disciplina, pela admiração, pelos debates nas questões jurídicas, e pela compreensão infinita.

À minha querida avó Maria Rosa, à minha amada mãezinha Eda, e aos meus queridos tios Elza, Zizi, Vicente e Eloi, todos *in memoriam*, pelo sustentáculo de luta de vida, pela educação e amor infinitos.

Aos meus amados irmãos Marcia, Mara e João, e meu querido primo Jorge, por serem elo de fortaleza, coragem e amor infinitos.

À minha amada afilhada Ana Júlia, por seu sorriso amoroso e pela admiração constante.

Às amadas fã-amigas Fabíola, Bia, Isabela e Edilene, por jamais esquecerem da importância da amizade e da torcida na concretização das vitórias.

À minha querida Turma da Emerj, guerreiros perseverantes, que não se abateram, nem mesmo diante de uma pandemia, tornando a caminhada incansável e leve.

Aos queridos funcionários da Biblioteca da Emerj, Marisa, Rose, Renato, Rafael, pelo incentivo, e pela ajuda tão prestativa e carinhosa.

A todos que contribuíram para a concretização desse sonho.

“Mudar é difícil, mas é possível”.
Paulo Freire.

SÍNTESE

A violência de gênero constitui um instrumento social que impõe à mulher um papel de submissão, por meio da opressão própria de uma sociedade patriarcal. Trata-se de tema de suma importância para a sociedade brasileira, levando-se em conta os altos índices de violência doméstica e familiar na última década, com alterações no campo penal, com a criminalização do feminicídio. O presente trabalho emoldura que o conceito histórico-social do gênero é mais abrangente que o sexo biológico, pois abarca a mulher transgênero feminino, com as características psicológicas e comportamentais desenvolvidas conforme seu fenótipo, e conseqüentemente, constata-se a dupla vulnerabilidade, as quais estão sujeitas, tanto à discriminação relativa à condição de mulher, quanto ao preconceito enfrentado para se obter o reconhecimento da identidade de gênero assumida. A partir do que expressa a lei, a doutrina e a jurisprudência, buscar-se-á compreender a necessária aplicação da Lei Maria da Penha e da qualificadora do feminicídio à mulher transgênero, como sujeito passivo, com fulcro na efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; Feminicídio; Sujeito passivo. Mulher transgênero.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A IMPORTÂNCIA DA LEI MARIA DA PENHA COMO FORMA DE COIBIR E PREVENIR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A PESSOA TRANSGÊNERO....	12
1.1 Conceito de sociedade patriarcal e visão da mulher como submissa.....	13
1.2 Conceitos de gênero e família. Sujeito ativo. Sujeito passivo. Transfeminismo	19
1.3 Tipos de violência doméstica e familiar em face da mulher.....	26
1.3.1 Violência física	26
1.3.2 Violência psicológica	27
1.3.3 Violência sexual	29
1.3.4 Violência patrimonial	30
1.3.5 Violência moral	31
2- A ATUAÇÃO ESTATAL PARA COIBIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.....	33
2.1 Atuação do Poder Judiciário para a efetivação da Lei Maria da Penha.....	35
2.2 Femicídio, a qualificadora do homicídio.....	38
2.3 A necessidade da aplicação da qualificadora do feminicídio à mulher transexual	42
3- A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES DO FEMINICÍDIO E DA MULHER TRANSGÊNERO	54
3.1 Análise da interpretação hermenêutica do direito penal	57
3.2 Efetividade da aplicação do feminicídio às mulheres transgêneros	66
3.3 Os casos Jéssica e Michele	69
3.4 Vicky Hernandez vs Honduras (2021). Transfeminicídio	72
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como enfoque a análise do tema de suma importância para a sociedade brasileira, caracterizada por uma sociedade patriarcal, com a visão de submissão da mulher, levando em conta os altos índices de violência e familiar na última década, com alterações no campo penal, com a criminalização do feminicídio.

Nesse contexto, a temática visa enfrentar a inclusão da mulher transexual para efeito de incidência da Lei Maria da Penha, com escopo no princípio da igualdade, como forma de viabilizar a aplicação do ordenamento jurídico às mudanças sociais ensejadoras da referida inclusão, bem como analisar uma nova interpretação sistêmica da jurisprudência dos operadores do direito acerca do tema.

A violência de gênero sempre assolou o aspecto social e fundamental de formação da sociedade, qual seja, a família.

Os estudos de gênero surgiram nas décadas de 1960/1970 do século XX, e tinham como objeto problematizar os diferentes valores culturalmente atribuídos às mulheres e aos homens, com o papel de cada um na sociedade.

No Brasil, em uma sociedade notadamente patriarcal, os papéis sociais atribuídos a homens e mulheres revelam uma educação diferenciada, com o controle das circunstâncias pelo homem, o que significa uma submissão da mulher, com contenção de vontades, recato sexual, com a vida voltada para as questões domésticas e priorização da maternidade, em uma relação de hierarquia autoritária.

Assim, a violência doméstica e familiar contra a mulher encontra terreno fértil para a legitimação do homem por meio do uso de tal violência, com lesão à identidade, à auto-estima e até mesmo a morte da mulher, para fazer valer o seu perfil patriarcal e autoritário.

A Lei Maria da Penha que completou 15 anos no ano de 2021 e tem como objetivo coibir e prevenir a violência de gênero, com medidas protetivas de urgência e de assistência à mulher. Ressalte-se que a referida lei nunca criminalizou condutas, mas sim criou regras processuais de proteção à mulher, vítima de violência doméstica, exceto a alteração levada a efeito no artigo 129, do Código Penal.

Contudo, diante de um cenário grave e permanente com milhares de mulheres mortas na última década no Brasil, a Lei nº 13.104/2015 criou o estatuto penal repressivo do crime denominado feminicídio, como homicídio doloso e classificado como hediondo, praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Ademais, é indubitável trazer à baila, questão importante que o Art. 5º, Parágrafo Único da Lei Maria da Penha não se estender à pessoa do sexo feminino vitimada em relação homoafetiva. Contudo, na sociedade brasileira é necessário o debate em relação à transexual submetida ou não à cirurgia de reversão genital e alcança permissão para modificar seu assento de nascimento por meio de decisão transitada em julgado poder ser equiparado à mulher para efeito de incidência da Lei Maria da Penha, com escopo no princípio da igualdade.

Ante o exposto, o enfrentamento às raízes dessa violência extrema merece estar no centro das políticas públicas, com a intensidade e profundidade necessárias diante da gravidade do problema.

O primeiro capítulo trará uma abordagem do histórico da Lei Maria da Penha e os tipos de violência doméstica e familiar, com o objetivo de tratar sob que aspecto cultural e social nasceu a necessidade de criar uma lei de proteção específica para a mulher, vítima de violência doméstica e familiar, de modo, a comprovar que a Lei Maria da Penha buscou efetivar a proteção da mulher, vítima de violência doméstica e familiar, como forma de redução da desigualdade entre homens e mulheres, e combate à violência de gênero.

O segundo capítulo trará uma abordagem das alterações da Lei Maria da Penha até a criminalização do feminicídio, com a equiparação da mulher transexual à mulher, com isso visa a debater de que forma a Lei Maria da Penha deu sustentáculo para a criminalização do feminicídio, bem como a amplitude da proteção, para incluir a mulher transexual, como fator de efetividade do princípio da igualdade, e da dignidade da pessoa humana, fundamentos do estado democrático de direito, com fulcro no artigo 1º, III, CRFB/88; bem como os efeitos no campo jurídico, como instrumento de adequação frente às mudanças sociais da sociedade moderna.

Com base nesse cenário jurídico e social, o terceiro capítulo busca a análise da necessidade de concretude dos preceitos constitucionais e convencionais de proteção da mulher, por meios da interpretação teleológica do sentido da vulnerabilidade, por meio da exposição da cruel realidade de violência doméstica e familiar da mulher transexual, bem como a condição de desprezo pela vítima em razão de sua não conformidade com os padrões estabelecidos ao expressar seu eu, adotando papel que não lhe é assimilado no nascimento, por meio de alguns julgados inéditos acerca do tema, inclusive em âmbito internacional do caso Vicky Hernandez x Honduras da Corte de IDH.

A metodologia empregada, na busca de possíveis soluções para as questões de interpretação extensiva das normas protetivas da mulher trazidas à baila, visa a reconhecer a necessidade de buscar respostas para o enfrentamento da proteção à transexual dentro do contexto constitucional, com destaque ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, fundamentos do estado democrático de direito, com fulcro no artigo 1º, III, CRFB/88.

A pesquisa se baseará pela abordagem qualitativa, como forma de interpretar os fenômenos jurídicos que influenciam os institutos relevantes do Direito, bem como propiciar uma análise satisfatória do objeto da pesquisa, e sustentáculo de suas premissas.

Para tanto, o pesquisador pretende se valer da bibliografia acerca da temática enfrentada, com a exploração da legislação, doutrina e jurisprudência.

1. A IMPORTÂNCIA DA LEI MARIA DA PENHA COMO FORMA DE COIBIR E PREVENIR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A PESSOA TRANSGÊNERO

Há 15 anos, no inverno de 2006, os noticiários brasileiros anunciavam a sanção pelo então Presidente Lula da Lei nº 11.340/2006¹, apelidada de “Lei Maria da Penha”, em homenagem à mulher que sofreu duas tentativas de homicídios do próprio marido. Em 08 de agosto de 2006, o Jornal Folha de São Paulo publicou matéria acerca da lei intitulada “Violência Doméstica Terá Punição Maior”², com destaque para a proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, com a possibilidade de seu agressor ser preso em flagrante, em razão da agressão praticada, ou mesmo ter sua prisão preventiva decretada, em razão de risco de violência às vítimas.

As notícias veiculavam também acerca do aumento de pena do artigo 129, § 9º, do Código Penal³, que antes era de 06 (seis) meses a 01 (um) ano de detenção, para 03 (três) meses a 03 (três) anos de detenção, bem como a criação dos juizados de violência doméstica, e as formas processuais de denúncia dos agressores.

Assim, a sociedade brasileira começou a encarar um dos temas mais problemáticos, silenciosos e frios, como a estação, na qual foi sancionada a lei, acerca da violência de gênero, que sempre assolou o aspecto social e fundamental de formação da sociedade, qual seja, a família.

A Lei Maria da Penha entrou em vigor em 22 de setembro de 2006, em cumprimento à Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção de Belém do Pará, da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁴, ratificada pelo Brasil em 1994, e à Convenção de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), da Organização das Nações Unidas (ONU).⁵

¹BRASIL. *Lei nº 11.340/2006*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

²SCHULTZ, Elisa Stroberg; PINHEIRO, Paulo Fernando. *Os 13 anos da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/741273380/os-13-anos-da-lei-maria-da-penha.htm>>. Acesso em: 28 set. 2021

³BRASIL. *Decreto-Lei 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁴BRASIL. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁵ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

Isso porque, em 1998, o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos- CIDH, em razão de grave violação dos direitos humanos, pelo atraso na solução do processo, no qual Maria da Penha era vítima de violência doméstica, bem como assegurar uma reparação a mesma, em razão das irregularidades na tramitação do processo, com recomendações de combate estatal à violência doméstica e familiar e o tratamento discriminatório das vítimas.

Ressalte-se que ao longo desse período a proteção da Lei Maria da Penha evoluiu no campo social, de modo que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 191/2017, que amplia o alcance da norma e, com isso, pretende combater a violência contra pessoas que se identificam como integrantes do gênero feminino, incluindo a proteção às mulheres transgênero e transexuais⁶, razão de ser o conceito de gênero, uma evolução da sociedade na interpretação plural da mulher, como forma de coibir a violência e sua escalada exponencial na sociedade brasileira.

Nesse contexto, para Saffioti⁷, a violência de gênero, trata-se de violência como ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral, considerando que pode a violência em quaisquer de suas formas atingir traumáticamente a vítima, quer por práticas de meio de privações do meio social, como o cárcere privado, com efeito trágico na mente da pessoa, como no abuso sexual, que revela a característica de deixar feridas na alma, que sangram, no início sem cessar, e, posteriormente, sempre que uma situação ou um fato lembre o abuso sofrido, com a difícil superação e cura do trauma sofrido ao longo da vida da vítima.

Merece esclarecer nessa toada, as origens da violência de gênero, sobretudo em razão de uma sociedade eminentemente patriarcal, como a sociedade brasileira.

1.1. Conceito de sociedade patriarcal e visão da mulher como submissa

No Brasil, em uma sociedade notadamente patriarcal, os papéis sociais atribuídos a homens e mulheres revelam uma educação diferenciada, com o controle das

⁶ AGÊNCIA SENADO. *Mulheres transgênero e transexuais poderão ter proteção da Lei Maria da Penha, aprova CCJ*. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/mulheres-transgenero-e-transexuais-poderao-ter-protecao-da-lei-maria-da-penha-aprova-ccj>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

⁷ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, Patriarcado, Violência*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 25.

circunstâncias pelo homem, o que significa uma submissão da mulher, com contenção de vontades, recato sexual, com a vida voltada para as questões domésticas e priorização da maternidade, em uma relação de hierarquia autoritária.

Essa sociedade com característica patriarcal advém dos primórdios da descoberta do Brasil, quando fora Colônia de Portugal, entre os anos de 1532 a 1822, ano de sua independência. Nesse período, o Brasil foi submetido às Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, como sistema jurídico, econômico, político e religioso vigente em Portugal.

Segundo o Código Filipino⁸, a religião, a moral e a divisão da sociedade em castas, previa uma legislação marcada pela crueldade das penas e desigualdade de tratamento das pessoas. Assim, era garantido ao marido o direito de matar a mulher, se a flagrasse em adultério, e ainda que suspeitasse de traição, salvo se o marido fosse peão e o adúltero de maior qualidade. Nesse aspecto, destaca-se a mulher, primeiro como propriedade, na relação pai e filha, e após na relação homem e mulher, com a formação da família.⁹

Ainda com fundamento no Código das Ordenações Filipinas, a mulher era tida como alguém não plenamente capaz, considerando a necessidade de permanente tutela, pois tinha fraqueza de entendimento. Bem como, os tipos penais relativos à mulher tinham por escopo a sua proteção religiosa, posição social, castidade e sexualidade, com a tipificação do estupro, cuja sanção era a pena de morte. Assim, há um contrasenso da legislação que ao mesmo tempo protege a sexualidade da mulher e permite o homem casado matar a própria esposa, como destacado acima¹⁰.

Já no período do Brasil Império, compreendido entre os anos de 1822 e 1889, destacou-se com certa timidez um período de humanização do Direito, com o reconhecimento de alguns direitos da mulher, dentro de um contexto de transformações sociais e econômicas do país, com a inserção da mulher no mercado de trabalho e o direito ao estudo, porém, bem limitado, restrito ao ensino de primeiro grau e diverso daquele ministrados aos meninos, eis que voltado para as atividades do lar, e as quatro operações matemáticas, uma vez que não era importante saber nada além disso.

⁸MASSOLA, Luis Felipe Grandi. *Breves considerações sobre o Livro V das Ordenações Filipinas e a Legislação Penal Pátria Contemporânea*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22018/breves-consideracoes-sobre-o-livro-v-das-ordenacoes-filipinas-e-a-legislacao-penal-patria-contemporanea.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

⁹MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 86.

¹⁰FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

Na Constituição do Império do Brasil havia a previsão de igualdade de todos perante a lei, porém, as discriminações subsistiam e o direito de cidadão continuava a ser exercido apenas por homens. Em termos de legislação penal, com a publicação do Código Criminal de 1830, constava a agravante da pena a superioridade de sexo que impedisse a defesa; não era aplicada a execução da pena de morte às mulheres grávidas, assim, como a pena de galés às mulheres. A legislação penal também aboliu a norma que autorizava o homem a matar a esposa adúltera do Código Filipino. Entrementes, a legítima defesa da honra era permitida.¹¹

Cabe ressaltar que, a questão da honra sempre foi uma pedra sensível do legislador, pois a honra era elementar do tipo do crime de estupro, com redução da pena em razão das circunstâncias subjetivas da mulher, quais sejam, a referência à “mulher virgem” (art. 219), à “mulher honesta” (art. 224) e à “prostituta” (art. 222), e ainda não se impunha a pena ao réu que se casasse com a ofendida (art. 225), conclui-se que o casamento em tal hipótese devolvia o atributo da honestidade da mulher e reconstituía a sua honra.

Na Constituição da República do Brasil de 1891¹², sob a influência da revolução industrial, a mulher começou a exercer o trabalho que até então era destinado aos homens, assim, inovou em preceitos, como a igualdade formal com a extinção dos privilégios de origem e nobreza (art. 72, § 2º), o reconhecimento exclusivo do casamento civil, de forma gratuita (art. 72, § 4º), a abolição das penas de morte, de galés e de banimento (art. 72, §§ 20 e 21), ainda a eleição de cidadãos maiores de 21 anos alfabetizados (art. 70, § 1º, II).

¹³

A Constituição da República do Brasil de 1934¹⁴, e de forma inédita no texto constitucional, reconheceu o direito de voto das mulheres, fruto de lutas dos movimentos feministas desde o ano 1932, com as alterações no Código Eleitoral, que permitiu a eleição do cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo.

Cabe ainda ressaltar que, o Código Civil de 1916¹⁵ adotou um sistema nitidamente patriarcal ao prever que a mulher casada tornava-se relativamente capaz para

¹¹ *Ibidem*, p. 12.

¹² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

¹³ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

¹⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

todos os atos da vida civil, tal como os menores entre 16 e 21 anos, pródigos e silvícolas, conforme artigo 6º, inciso II, e ainda a mulher solteira adquiria a maioridade aos 21 anos, e a viúva mantinha sua plena capacidade. Nesse sentido, o casamento estabelecia uma separação de tarefas, de um lado, o homem como provedor da casa, denotando seu domínio e força no exercício da vontade patriarcal, do outro lado, a mulher era relegada às tarefas típicas do lar, relativas ao cuidado com a família, com exacerbada submissão ao homem.

Deste modo, conclui-se que o termo patriarcado significa a lei do pai, o controle social que exercem os homens enquanto pais sobre suas esposas e filhas, compondo um sistema que impõe a parte masculina da sociedade como um grupo superior ao que forma a parte feminina, e confere ao primeiro a autoridade sobre o segundo.¹⁶

Nesse contexto de submissão da mulher, a violência doméstica e familiar contra a mulher encontra terreno fértil para a legitimação do homem, por meio do uso da violência física, moral e psicológica, fazer valer o seu perfil patriarcal e autoritário.

Os estudos de gênero surgiram nas décadas de 1960/1970 do século XX, e tinham como objeto problematizar os diferentes valores culturalmente atribuídos às mulheres e aos homens, com o papel de cada um na sociedade.

Os movimentos feministas surgiram ao longo da década de 1970, e tinham como objetivo ampliar o conceito de violência doméstica, incluindo a violência emocional e psíquica, a partir de estudos sociológicos para conhecer a realidade da violência doméstica, bem como pensar métodos efetivos de sua erradicação.¹⁷

No Brasil, um dos casos de grande repercussão social foi o assassinato de Ângela Diniz por seu namorado Doca Street, em Búzios, região dos lagos, no Rio de Janeiro, em 30 de dezembro de 1976, após o rompimento do relacionamento, com a absolvição do acusado por meio da tese defensiva de legítima defesa da honra, considerando a vítima como traidora por manter relacionamento com outros homens e mulheres. Assim, o movimento feminista mobilizou uma campanha para inibir a violência contra a mulher, com o *slogan* “quem ama não mata”.¹⁸ Em sede recursal, após novo julgamento em 1981, Doca Street foi condenado a 15 anos de prisão.

¹⁶BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 27.

¹⁷ MELLO, op. cit., p. 90.

¹⁸Ibidem, p. 91.

Com a redemocratização do Brasil, nos anos 80, o feminismo ganhou destaque em todas as regiões, acerca de temas como violência, sexualidade, direito ao trabalho, à saúde, opções sexuais, igualdade no casamento entre outros, principalmente, no âmbito de áreas populares, nos bairros pobres e favelas, e com forte influência das Comunidades Eclesiais de Base da Igreja Católica¹⁹. Desse modo, mesmo com origens na classe média intelectual, o movimento feminista alcançou as classes menos favorecidas, como instrumento de reflexão e esclarecimento.

Esses movimentos tiveram efeitos também na Constituição Federal de 1988²⁰, que prevê expressamente a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I), com um rompimento do sistema patriarcal adotado na legislação anterior, que inúmeras vezes condicionava a conduta da mulher casada à aprovação do homem.

Ainda a Constituição Federal de 1988 reconheceu o princípio constitucional de repúdio à violência no âmbito das relações de família, expresso em seu artigo 226, § 8º, que deu sustentáculo à elaboração da Lei Maria da Penha, criando meios de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Importante também consignar o reconhecimento dos direitos das mulheres e a igualdade entre homens e mulheres nos Tratados Internacionais acerca do tema, sendo os mais fundamentais a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) da ONU²¹, de 1979, e a Convenção de Belém do Pará, de 1994²².

No Brasil, a CEDAW foi aprovada em 1983, com reservas ao art. 15, 4, e ao art. 16, 1, letras a, c, g e h, que perduraram até 1994, tais reservas diziam respeito à igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações, e se justificavam, pois se coadunavam com o sistema patriarcal do Código Civil de 1916. Como por exemplo, cabia ao homem a chefia da sociedade conjugal (art. 233 do CC/1916), e era ele quem fixava o domicílio do casal (art. 233, III, CC/1916), bem como a mulher casada, enquanto subsistia a sociedade conjugal, era relativamente incapaz para certos atos, sob pena anulabilidade (art. 6º, II, c/c o art. 147, I, CC/1916).

Com a promulgação da CRFB/88, as reservas mencionadas foram retiradas, uma vez que absolutamente incompatíveis com o sistema legal então vigente.

¹⁹Ibidem, p. 93.

²⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

²¹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, op. cit., nota 5.

²² BRASIL, op. cit., nota 4.

Ressalte-se ainda que, a CEDAW prevê o princípio da não discriminação pelos Estados-partes, que devem adotar medidas para inibir a discriminação e um sistema de proteção jurídica dos direitos da mulher, e conceitua a discriminação em seu art. 1º.

A CEDAW é complementada pela Convenção de Belém do Pará, que é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e erradicar a Violência contra a Mulher, e foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 107/1995 e promulgada pelo Decreto nº 173/1996, constituindo importante instrumento na seara política, pois define a violência contra mulher, em seu art. 1º, “Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Em seu artigo 2º a Convenção de Belém do Pará prevê a violência contra a mulher sob três âmbitos; no âmbito pessoal, corresponde ao convívio familiar, em relação doméstica ou interpessoal, com o agressor residindo ou não no mesmo local que a vítima, incluindo o estupro, maus-tratos e abuso sexual; no âmbito comunitário, relaciona-se à violência cometida por qualquer pessoa, na comunidade, nos serviços de saúde, locais educacionais ou qualquer outro local, que ocorra o estupro, a tortura, o tráfico de mulheres, a prostituição forçada, o assédio no local de trabalho; e no âmbito público, aquela praticada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes.

Acerca da desigualdade de gênero, o art. 6º da Convenção de Belém do Pará estipulou aspectos de suma importância, quais sejam, o direito da mulher não ser discriminada de qualquer modo e o direito à valorização e à educação, com um rompimento de padrões estereótipos de comportamento e costumes baseados em conceitos de inferioridade e de submissão.

E caso haja violação aos dispositivos da Convenção de Belém do Pará, cabe ao particular fazer uma reclamação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que decidirá por enviar ou não o caso à Corte Interamericana, tal como ocorreu no caso da Lei Maria da Penha.

Insta destacar que, com a EC nº 45/2004, o art. 5º, § 3º, CRFB/88²³ passou a conferir status constitucional aos Tratados e Convenções de Direitos Humanos aprovados pelo Congresso Nacional, em cada Casa e dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. No caso da CEDAW e a Convenção de Belém do Pará que foram

²³BRASIL, op. cit., nota 17.

promulgadas antes da referida emenda constitucional, sem o aludido procedimento constitucional, o STF firmou posicionamento que nessa hipótese, há status de hierarquia de norma supralegal, considerando estar abaixo da Constituição Federal e acima da legislação ordinária.²⁴

Deste modo, verifica-se que os direitos da mulher, ao longo da história, representam a própria evolução da mulher na sociedade, de forma gradual e resistente a uma sociedade patriarcal e opressora, e a Lei Maria da Penha teve suma importância ao destacar os conceitos de gênero, família, e atores da violência, seus sujeitos ativos e passivos.

1.2. Conceitos de gênero e família. Sujeito ativo. Sujeito passivo. Transfeminismo.

Consoante o art. 5º da Lei Maria da Penha configura-se a 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.

O critério diferenciador para a aplicação da Lei Maria da Penha está no conceito de gênero, nesse aspecto, deve ser entendido como a relação de poder de dominação do homem e submissão da mulher, considerando que a violência de gênero se concretiza exatamente pelo fato da vítima ser mulher.

Para Dias²⁵, há a diferença no critério de sexo e gênero, enquanto que o sexo decorre da própria natureza, caracterizado como masculino e feminino, macho e fêmea, o conceito de gênero decorre do social, uma vez que intimamente ligado a uma relação de poder entre homem e mulher.

Contudo, tal relação de poder se mostra desigual, primeiro partindo de diferenças biológicas, pois a força corporal masculina, em regra, é por natureza superior a da mulher, segundo pela prevalência do poder do homem que subjuga a mulher de forma unidirecional, e como consequência de uma história de vida do homem e da mulher.

Nesse contexto, o conceito de gênero se depreende a partir de uma naturalização da desigualdade, com uma repetição de padrões de dominação e submissão, aprendidos e

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=re%20e%20466343&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 29 out. 2021.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.70.

repassados de geração para geração, conforme item 16 da Exposição de Motivos do Projeto de Lei sobre violência doméstica ou familiar contra a mulher.²⁶

Assim, criam-se padrões comportamentais na família, com os meninos criados para serem fortes, destemidos e por vezes agressivos, e as meninas criadas para serem mães, recatadas e obedientes aos maridos, e quando adultos, os homens detêm uma mentalidade de uma sexualidade diferente das mulheres, e por isso seja encarado como natural ter outros relacionamentos, já a fidelidade é esperada da mulher, uma vez que é vista como “propriedade” dos homens.

Conclui-se que, o conceito de gênero é constituído pelos elementos de relação social entre homem e mulher, de forma assimétrica, uma vez que possui a desigualdade entre ambos, com característica de dominação e submissão da mulher, e por último a naturalização da desigualdade, pois há uma incorporação da sociedade pela diferença entre homens e mulheres passada de geração para geração.

Um segundo aspecto e não menos importante para a aplicação da Lei Maria da Penha diz respeito ao conceito de família, pois pela primeira vez uma lei define o que é família, qual seja, corresponde ao formato atual dos vínculos familiares que têm por elemento identificador o elemento afetivo de sua origem.

Esse formato apresentado pela lei está em consonância com o art. 226, § 3º, da CRFB/88, segundo o qual, foi dilatado o conceito de família, ao se referir de forma exemplificativa à entidade familiar, como o casamento, a união estável, e a família monoparental.

Nesse contexto, merece destacar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu como entidade familiar, as famílias homoafetivas, segundo aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo.²⁷ Deste modo, forçoso reconhecer a proteção legal no âmbito doméstico e familiar da Lei Maria da Penha, quando expressamente em seus artigos 2º e 5º, parágrafo único, reconhece a aplicação independente de orientação sexual.

²⁶ BRASIL. Subsecretaria de Assuntos Parlamentares. *Exposição de Motivos* “As desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sociocultural que não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza. Um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída, campo fértil para atos de discriminação e violência que se “naturalizam” e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres. As relações e o espaço intrafamiliares foram historicamente interpretados como restritos e privados, proporcionando a complacência e a impunidade.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/expmotiv/smp/2004/16.htm>. Acesso em 29 out. 2021.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4.277 e ADPF n° 132*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 29 out. 2021.

Um terceiro aspecto relevante no que toca a proteção à violência perpetrada em razão de qualquer relação íntima de afeto (art. 5º, III, Lei Maria da Penha), onde o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Considerando que a definição de família está intrinsecamente ligada à relação de afeto e correlata com o atual conceito de família, não há como restringir o alcance da previsão legal.

Assim, mesmo que o agressor e a vítima não vivam sob o mesmo teto, havendo violência, a proteção legal deve recair em tal circunstância, desde que haja para a configuração de violência doméstica umnexo entre a agressão e a situação que gerou, ou seja, a relação íntima de afeto deve ser a causa da violência.

Ainda no que diz respeito à relação íntima de afeto, a relação de namoro também foi objeto de reconhecimento de violência doméstica entre namorados ou ex-namorados para a incidência da Lei Maria da Penha.

Em um primeiro momento, a jurisprudência do STJ afastou a aplicação da Lei Maria da Penha nas relações de namoro, pois a referida lei ensejava uma interpretação restrita às relações domésticas e familiares, e não a relações transitórias.²⁸

Contudo, houve uma mudança na jurisprudência do STJ, no sentido de que, os julgados antecedentes não afastaram a incidência da lei na relação de namoro, mas tão somente, não houve o reconhecimento no caso concreto de uma relação de namoro, assim, ficou caracterizado para os efeitos da Lei nº 11.340/2006, que a quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto constitui violência doméstica, independente de coabitação, desde que ocorra o nexode causalidade entre a conduta do agressor e a vítima²⁹.

Deste modo, foi reconhecida a competência do juizado da violência doméstica para o julgamento de agressão cometida seja por namorado, ainda que tenha cessado o relacionamento.

O sujeito ativo para a configuração da violência doméstica, o agressor pode ser um homem ou mulher, conquantom verifica-se na relação heterossexual ou homoafetiva,

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC nº 95.057*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200800751315>. Acesso em: 29 out. 2021.

²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC nº 103.813*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900383108&dt_publicacao=03/08/2009>. Acesso em: 29 out. 2021.

desde que constante o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. O legislador priorizou coibir a violência doméstica contra a mulher, sem importar o gênero do agressor.

Nas relações de parentesco é possível reconhecer a violência como doméstica ou familiar, quando ocorrer motivação de gênero e o agressor se valha do mesmo ambiente familiar. Assim, a agressão do cunhado contra a cunhada, entre irmãs, ou entre ascendentes e descendentes tem admitido a imposição de medidas protetivas.

Em julgado do STJ há entendimento no sentido de que, para a competência do Juizado de Violência Doméstica não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher.³⁰

Assim, o STJ não aplicou a Lei Maria da Penha em crime de ameaça entre sogra e nora, pois não foi causado em virtude de vulnerabilidade ou com conotação de violência de gênero.³¹

Assim, a aplicação da lei exige situação de violência doméstica praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade.

Destaque-se que para a jurisprudência do STJ, estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica e podem ser vítimas da ação delituosa as esposas, as companheiras ou amantes, bem como a mãe, as filhas, as netas do agressor e também a sogra, a avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar ou afetivo com ele.³²

E também de suma importância a jurisprudência do STJ, que se posicionou no sentido de ser descabida a preponderância de um fator meramente etário, para afastar a competência da vara especializada e a incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, logo, a ideia de vulnerabilidade da vítima para o nome do delito do art. 217-A, CP visa a afastar relativizações da violência sexual contra vítimas nessas condições, entre elas as

³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 1842913*. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002472710&dt_publicacao=12/08/2021>. Acesso em: 30 nov. 2021.

³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 175.816*. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001058758&dt_publicacao=28/06/2013>. Acesso em: 30 nov. 2021.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 310.154*. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403121713&dt_publicacao=13/05/2015>. Acesso em: 30 nov. 2021.

de idade inferior a 14 anos de idade, não se exigindo igual conceito para fins de atração do complexo normativo da Lei Maria da Pena.³³

Ainda que a Lei Maria da Pena exija para o sujeito passivo da violência doméstica a qualidade especial: ser mulher, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu de forma inédita, por unanimidade, que a referida lei se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais ao considerá-la como mulher também, e determinou a aplicação das medidas protetivas requeridas por uma transexual, conforme o artigo 22 da Lei nº 11.340/2006, após ela sofrer agressões do pai na residência da família.³⁴

O Relator Ministro Rogério Schietti Cruz ressaltou que:

Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas, e o direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra as minorias.

Observa-se uma interpretação com o olhar avançado e atento das instâncias superiores em relação às mudanças da realidade do tecido social, em termos, de gênero, uma vez que o juízo de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) negaram as medidas protetivas, por entenderem que a Lei Maria da Pena se destina à condição de mulher biológica. O Ministério Público argumentou em sede de recuso especial ao STJ, no sentido de que, não se trata de fazer analogia, mas de aplicar o texto da lei, cujo artigo 5º define o seu âmbito de incidência, refere-se à violência “baseada no gênero” e não no sexo biológico.

Para o entendimento da interpretação dada ao julgado é importante diferenciar os três conceitos: sexo, gênero e identidade de gênero, a partir do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero”, aprovado na Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça.³⁵

³³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1652968*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700272529&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 30 nov. 2021.

³⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1977124*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.977.124&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

³⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 128 de 15/02/2022*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

O conceito de sexo está relacionado aos aspectos biológicos que servem como base para a classificação de indivíduos entre machos, fêmeas e intersexuais. Essas categorias, em regra, são estabelecidas ao nascer, com a determinação por meio das características anatômicas, como os órgãos sexuais e reprodutivos, hormônios e cromossomos.

Ressalte-se, contudo, que o conceito de sexo é considerado obsoleto enquanto ferramenta analítica para refletir sobre desigualdades. Isso porque deixa de fora uma série de outras características que não são puramente biológicas, mas sim socialmente construídas e atribuídas a indivíduos e que têm maior relevância para entendermos como opressões acontecem no mundo real.

Para o conceito de gênero, entende-se pelo conjunto de características socialmente atribuídas aos diferentes sexos. Enquanto o sexo se refere à biologia, o gênero se refere à cultura.

Deste modo, ao pensar acerca em um homem ou em uma mulher, não se pensa apenas em suas características biológicas; mas também em uma série de construções sociais, referentes aos papéis socialmente atribuídos aos grupos: gostos, destinos e expectativas quanto a comportamentos.

A partir dessa reflexão, é comum presentear meninas com bonecas, é comum presentear meninos com carrinhos ou bolas. Nenhum dos dois grupos têm uma inclinação necessária a gostar de bonecas ou carrinhos, mas, culturalmente, criou-se essa ideia – que é tão enraizada que, muitas vezes, pode parecer natural e imutável.

Entretanto, a concepção de um novo olhar social deve ser construída, não de forma homogênea, mas a partir de pessoas diferentes entre si, na medida em que são afetadas por diversos marcadores sociais, como raça, idade e classe, por exemplo. Dessa forma, é importante ter em mente que são atribuídos papéis e características diferentes a diferentes mulheres.

Chega-se a identidade de gênero, segunda a qual, uma pessoa pode se identificar com um conjunto de características não alinhado ao seu sexo designado; logo, é possível nascer do sexo masculino, mas se identificar com características tradicionalmente associadas ao que culturalmente se atribuiu ao sexo feminino e vice-versa, ou então, não se identificar com gênero algum.

Pessoas que não se conformam com o gênero a elas atribuído ao nascer foram e ainda são extremamente discriminadas no Brasil e no mundo, na medida em que a conformidade entre sexo e gênero continua a ser a expectativa dominante da sociedade.

Assim, a identidade de gênero consiste na identificação com características socialmente atribuídas a determinado gênero – mesmo que de forma não alinhada com o sexo biológico de um indivíduo (pessoas cujo sexo e gênero se alinham, são chamadas cisgênero; pessoas cujo sexo e gênero divergem, são chamadas transgênero; existem também pessoas que não se identificam com nenhum gênero).

Nesse aspecto, merece trazer a discussão acerca da concepção plural de mulher, com uma vertente social do gênero, a partir das contribuições feministas da década de 1970. A famosa frase de Simone de Beauvoir³⁶: “Não se nasce mulher, torna-se mulher” evidencia uma profunda reflexão de que ser mulher não é um destino natural, mas um processo de aprendizagem, de construção de feminilidades.

Para Nascimento³⁷, o ponto central dos estudos das feministas da década de 1970 era “a mulher” no singular, para depois avançar os estudos das mulheres e utilizar o conceito gênero de forma analítica, mais objetiva e neutra, obstando a ideia universal e abstrata de mulher no singular, assim entendido pela segunda onda do feminismo radical.

Para Fraser³⁸, foi na segunda onda do feminismo que as ideias precursoras, do que hoje entende-se como interseccionalidade entre patriarcalismo, sexismo e racismo, sustentaram uma análise crítica da realidade social vivida pelas mulheres, com impacto nas questões de gênero, sexualidade, raça, classe. Assim, é legítimo afirmar que a interseccionalidade é fundamental para entender as experiências femininas de modo ainda mais plural, bom como as formas de opressão que as interceptam.

Dessa forma, o termo gênero repele explicações biológicas e passa a se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas das mulheres. Nesse contexto, importante a contribuição do termo transfeminismo defendido por Nascimento, segundo o qual, o feminismo transgênero traduz-se nas identidades transgêneras com a finalidade de transformações femininas.

A autora enfatiza que as questões de gays e lésbicas estão pautadas na orientação sexual, enquanto que as demandas das pessoas transgêneros se voltam para as questões de gênero, e o movimento transfeminismo surge na atuação contra o sexismo e transfobia, de modo a viabilizar políticas protetivas para o segmento transgênero.

³⁶ BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 35.

³⁷ NASCIMENTO, Leticia. *Transfeminismo (Feminismos Plurais)*. São Paulo: Jandaíra. 2021, [e-book]. p. 16.

³⁸ FRASER, Nancy. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2010, p. 28.

Desse modo, o transfeminismo atua no espaço compartilhado para mulheres transexuais e travesti como instrumento de reconhecimento de equiparação entre gênero e biologia, reforçando a identidade de lutas sociais que se aproximam dos movimentos feministas, seja no tocante à exclusão, às opressões e às desigualdades sociais.

Depreende-se que, tal como a sociedade brasileira com característica culturalmente patriarcal projeta na mulher uma visão submissa e inferior, do mesmo modo ocorre em relação à população transgênera, que sofre com a rejeição, seja dentro da própria família, seja nas relações sociais; com a necessidade de união de forças do feminismo e do transfeminismo consistente em políticas organizadas com a garantia de direitos como pauta.

Conclui-se que a Lei Maria da Penha detém um viés vanguardista em termos de proteção, como forma de consciência social, com destaque para a recorrente invisibilidade da violência doméstica e familiar contra a mulher e a mulher transgênero. Nessa toada, tratou também de estabelecer os tipos de violência sofrida pela mulher, com escopo de viabilizar o modo de aplicação do diploma legal.

1.3- Tipos de violência doméstica e familiar em face da mulher

A Lei Maria da Penha trata de uma modalidade específica de violência de gênero, ocorrida dentro de relacionamento interpessoal, qual seja, a doméstica e familiar. A referida lei não contempla um rol de crimes de violência doméstica, mas sim uma referência às formas de violência praticadas contra a mulher, pela sua condição peculiar. Senão verifica-se.

1.3.1- Violência física

O art. 7º, I, da Lei Maria da Penha, dispõe que a violência física contra a mulher é aquela entendida como qualquer conduta que ofensa sua integridade ou saúde corporal, constituindo todo ato ou omissão direta ou indireta que inflige um dano não acidental ou sofrimento físico, usando a força física, algum tipo de arma ou objeto de que possa provocar lesões que sejam internas, externas ou ambas.

Os exemplos clássicos da violência física, mediante o uso da força, são socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras, com intenção de ofensa à integridade física da vítima, constitui a *vis corporalis*. Importante destacar que, ainda

que tais agressões não deixem marcar aparentes na vítima, a palavra da vítima dispõe de presunção de veracidade, pois é assente na Jurisprudência do STJ, no sentido de que, em se tratando de crimes praticados no âmbito doméstico, a palavra da vítima tem potencial valor probante, desde que corroborada por outros elementos probatórios.³⁹

A violência doméstica, desde 2004, já configura forma qualificada de lesões corporais, com a alteração trazida pela Lei nº 10.886/2004⁴⁰ que acrescentou o § 9º ao art. 127, CP, segundo o qual, preconiza que se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem tenha convivido, ou ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Nesse enfoque, a saúde corporal também é protegida juridicamente pela lei penal, com fulcro no art. 129, CP, pois as lesões sofridas pela mulher podem perdurar no tempo, como sintomas pós-traumáticos aliados a sintomas de ansiedade e depressão, e independentemente da natureza da lesão corporal praticada, pode ocasionar a incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias ou incapacidade permanente para o trabalho, sendo possível a tipificação do delito como lesão grave ou gravíssima, em razão da perpetuação da ofensa à saúde, conforme art. 129, §1º, inciso I e 2º, inciso I, do Código Penal.

1.3.2- Violência psicológica

A violência é o emprego desejado de agressividade com fins destrutivos, e a psicológica possui um teor elevado de destruição, pois subjuga silenciosamente, com uma conduta de controle e rebaixamento da vítima pelo agressor e normalmente marca o início do processo de dominação masculina.

A violência psicológica se dá quando o agressor ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, denotando prazer ao ver o sofrimento, de sentir a vítima amedrontada, inferiorizada e diminuída, configurando, deste modo, *vis compulsiva*.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp1495616-AM*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859217727/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1495616-am-2019-0129835-9>>. Acesso em: 26 nov. 2021.

⁴⁰BRASIL. Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.886.htm>. Acesso em: 26 nov. 2021.

Para a Sucasas⁴¹, a violência psicológica é a mais comum, porém, a menos denunciada, uma vez que se quer a vítima tem noção de que as agressões verbais, manipulações de atos e desejos sejam violência e devam ser denunciadas.

Contudo, a violência psicológica deixa danos irreparáveis, na medida em que se perpetua por período prolongado no tempo, e muitas vezes a não identificação pela vítima torna a violência psicológica de difícil reconhecimento e não deixa marcas visíveis no corpo da vítima.

Assim, a violência psicológica se manifesta de forma sutil, com pequenas atitudes como controlar a vítima quanto aos seus gestos, modo de falar, roupas, amigos, contato com a família e horário são exemplos corriqueiros de manipulação pelo agressor, mas evoluem gradativamente para uma situação de domínio sobre a vida da vítima.

O ápice desse domínio é o rebaixamento moral da vítima, seja em casa ou publicamente, com palavras vulgares e não incomum iniciar o processo de culpabilização da vítima.

Nas situações de violência doméstica, há inversão da culpa, o agressor faz crer na vítima a responsabilidade pelo ato de agressão, pois não cumprir com o seu dever ou falhou em determinada situação.

Essa inversão denota a dominação psicológica que o agressor se prevalece dos papéis definidos socialmente pelas decisões e estabilidade do lar, decorrendo deste modo a negação do maltrato, ou a culpabilização e responsabilidade da vítima pelo ato de agressão.

O art. 7º, II, da Lei nº 11.340/2006 estabelece que nessa violência o agente objetiva provocar na vítima dano emocional, diminuição da autoestima, prejuízo ou perturbação do pleno desenvolvimento, degradação da vítima, controle das suas ações, comportamentos, crenças e decisões.

Um grande avanço para coibir a violência psicológica foi o legislador estabelecer o tipo penal do *stalking* que já era previsto na legislação estrangeira, decorrente da perseguição incessante pelo agressor em relação à vítima.

Nesse sentido, o crime de *stalking* é perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a

⁴¹ SUCASAS, Fabíola. *A vida, a saúde e a segurança das mulheres*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.⁴²

Em abril deste ano, a prática de *stalking* (perseguição) foi tipificada na Lei nº 14.914/21. A norma alterou o Código Penal e prevê pena de reclusão de seis meses a dois anos e multa para esse tipo de conduta.

1.3.3- Violência sexual

Em seu artigo 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha estabelece a violência sexual contra a mulher 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.

Referido dispositivo encontra consonância com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica que reconhece a violência sexual como violência contra a mulher.

Historicamente sempre houve resistência em admitir a possibilidade de ocorrência de violência sexual no âmbito de vínculos afetivos. Isso porque, a violência sexual masculina é determinada social e culturalmente e muito pouco denunciada, uma vez que se apoia em condição de vantagem que o sistema patriarcal oferece, que subjuga a mulher pela utilização de seu corpo.⁴³

Sob esse aspecto, a tendência ainda é identificar o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, para legitimar a insistência de um direito do homem, cunhada na expressão “débito conjugal”, como o dever da mulher se submeter ao desejo sexual de seu par. Logo, em consequência de tal dever se quer se reconhecia a prática de estupro pelo marido. Felizmente, esse cenário evoluiu no que se refere ao tema “débito conjugal”.⁴⁴

Assim, a Lei Maria da Penha inseriu no dispositivo do Código Penal, a agravante de pena, em razão de crimes perpetrados com abuso da autoridade decorrente de relações domésticas, pelo fato de ter sido praticado contra ascendente, descendente, irmão ou

⁴²LOPES, Lais. *Stalking: o que é e o que fazer contra a perseguição*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/350535/stalking-o-que-e-e-o-que-fazer-contraperseguiacao>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁴³BAKER, op. cit. p. 80.

⁴⁴SUCASAS, op. cit. p. 25.

cônjuge (art. 61, II, “e”, CP), e com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Com a reforma do Código Penal, os crimes sexuais que antes eram denominados de crimes contra os costumes, passaram a ser chamados de crimes contra a dignidade sexual, deste modo, crimes como o estupro (art. 213, CP), a violência sexual mediante fraude (art. 215, CP), o assédio sexual (art. 216-A, CP), crime sexual contra vulneráveis (art. 217-A, CP) e satisfação da lascívia (art. 218-A), constituem crimes contra a liberdade sexual e configuram a violência sexual.

O Código Penal dispõe ainda uma causa de aumento de pena para os crimes sexuais, para a conduta delitiva, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela (art. 226, II, CP).

Como o conceito de violência doméstica da Lei Maria da Penha (art. 5º) é bem mais amplo do que o elenco das majorantes dos delitos sexuais, se reconhecida apenas a violência sexual não cabe o aumento de pena, do art. 226, II, CP, considerando que, a pena já é agravada se o crime for praticado com violência contra a mulher, com fulcro no art. 61, II, “f”, do CP.

Cabe ainda ressaltar que, nos delitos sexuais, a ação penal tem sua iniciativa condicionada à representação da vítima, e se esse é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, a ação é de iniciativa pública incondicionada, conforme o art. 225, CP.

1.3.4- Violência patrimonial

A violência patrimonial ou econômica se caracteriza pela conduta ativa ou omissiva do agente, com a finalidade direta ou indireta de privar a vítima de seus bens móveis ou imóveis, em prejuízo do patrimônio da mulher.

Desse modo, este tipo de violência constitui os atos praticados com fins e perturbação da posse ou da propriedade dos bens, a subtração, a destruição, a retenção de documentos pessoais, bens e valores, direitos patrimoniais ou recursos econômicos destinados ao favorecimento das necessidades da vítima, conforme preceitua o art. 7º, inciso IV, da Lei Maria da Penha.

Essa violência patrimonial contra a mulher também tem sua origem histórica patriarcal, pois o Código Civil de 1916 dispunha que a mulher casada era considerada

civilmente incapaz, com limitações para a disposição de ser patrimônio e a prática de atos da vida civil.

Questão controversa diz respeito à aplicação ou não das escusas absolutórias do Código Penal, nas hipóteses do crime praticado no contexto de violência doméstica.

Segundo Pinto não se aplicam as imunidades absolutas ou relativas dos artigos 181 e 182, CP, quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração de natureza familiar, nos crimes mediante violência patrimonial no contexto de violência doméstica. Tal como previsto no artigo 95, do Estatuto de Idoso, que expressamente prevê a não aplicação da causa de isenção de pena quando a vítima tiver mais de 60 anos.⁴⁵

Para uma segunda corrente, o silêncio da Lei Maria da Penha significa que não há qualquer vedação quanto à aplicação das escusas absolutas ou relativas, dos artigos 181 e 182, CP, considerando que o legislador quando afastou a aplicação das escusas o fez de forma expressa, a exemplo do artigo 95, do Estatuto do Idoso.⁴⁶

Para o Superior Tribunal de Justiça, com o advento da Lei Maria da Penha não é possível admitir a não aplicação das escusas absolutórias, dos artigos 181 e 182, CP, pois ainda que a referida lei reconheça a violência patrimonial em face da mulher no âmbito doméstico e familiar, não revogou de forma expressa ou tácita a aplicação do artigo 181, CP, bem como as medidas cautelares previstas no artigo 24, da Lei Maria da Penha, são aptas a garantir a efetividade da norma, no tocante à violência patrimonial⁴⁷.

1.3.5- Violência moral

A violência moral é sempre uma afronta à autoestima e ao reconhecimento social, apresentando-se na forma de desqualificação, inferiorização e ridicularização. Nos termos do artigo 7º, V, da Lei Maria da Penha, a violência moral constitui qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A proteção penal da violência moral está prevista nos delitos contra a honra: calúnia, art. 138, CP, difamação, art. 139, CP, e injúria, art. 140, CP, e quando esses delitos são cometidos em decorrência de vínculo de natureza familiar ou afetiva, configuram violência doméstica.

⁴⁵PINTO, Alessandra Caligiuri C. *Direitos das Mulheres*. São Paulo: Grupo Almedina Brasil, 2020, p. 161.

⁴⁶SANCHES, Rogério. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. 7 ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 384.

⁴⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 42.918*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

Na calúnia, o fato atribuído pelo ofensor à vítima é definido como crime. Na injúria não há imputação de fato determinado, mas na difamação há atribuição de fato ofensivo à reputação da vítima. A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva; a injúria atinge a honra subjetiva. A calúnia e a difamação consumam-se quando terceiros tomam conhecimento da afirmativa; a injúria consuma-se quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação.

De modo geral, a violência psicológica e a moral são concomitantes e dão ensejo na seara cível, a ação indenizatória por dano material e moral.

O STJ firmou entendimento acerca do dano moral no âmbito de violência doméstica em sede de precedentes qualificados:

Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória⁴⁸.

Assim, é nesta perspectiva que a Lei Maria da Penha surge no cenário nacional para positivizar o direito das mulheres a uma vida sem violência e digna. Resultante das lutas políticas das organizações sociais de mulheres, e do movimento de feministas.

A legislação é reconhecida, nacional e internacionalmente, por sua abrangência e eficiência jurídicas na instrumentalização de direitos, capaz de traduzir a complexidade que envolve o ciclo da violência doméstica e familiar contra a mulher. Sua natureza híbrida realça a supervalorização da proteção integral da mulher em detrimento de seu também potencial punitivo.

⁴⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Precedentes Qualificados*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=983&cod_tema_final=983>. Acesso em: 30 nov. 2021.

2- A ATUAÇÃO ESTATAL PARA COIBIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

O artigo 3º da Lei nº 11.340/2006⁴⁹ descreve, didaticamente, os direitos que devem ser assegurados pelo poder público e realça a perspectiva dos direitos humanos das mulheres.

Assim, as mulheres serão tuteladas toda vez que sofrerem qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão no contexto doméstico e familiar.

O *caput* do artigo 3º preconiza que:

serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

A conclusão irrefutável é de que a violência contra a mulher constitui uma afronta aos direitos humanos. Isso porque os direitos humanos são visualizados de forma desdobrada em gerações. Esse processo resultou do avanço do estado liberal para o estado social, cuja plenitude jurídica constitui o chamado Estado Democrático de Direito. Assim, a conversão dos direitos humanos difusos e integrais é que produz os valores fundantes da espécie humana.

A primeira geração é o direito à liberdade, tido como um direito individual, natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, portanto inato. Esse direito surgiu em oposição ao regime absolutista monárquico, como forma de limitar a postura intervencionista estatal.

A segunda geração consagra o direito à igualdade, e teve início com os movimentos operários em busca de reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse aspecto, há o reconhecimento da existência de segmentos de sociedade vulneráveis, o que impõe um tratamento diferenciado por meio de ações afirmativas estatais.

A terceira geração corresponde à solidariedade, que também era chamada de fraternidade, e compreende os direitos decorrentes da natureza humana, não de forma individual, mas sim de forma genérica e difusa, com a realização da condição humana.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

Assim, esses são os vértices que sustentam o princípio da dignidade da pessoa humana, com guarida na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁵⁰.

Nesse contexto, forçoso reconhecer que a violência doméstica constitui uma afronta à segunda geração dos direitos humanos, que consagra o direito à igualdade, pois culturalmente, o poder físico, econômico, psicológico e social continua centrado na figura do homem. Em relação às questões de gênero, com o aspecto de verticalização, constituem uma violação a terceira geração dos direitos humanos, qual seja, a solidariedade⁵¹.

Apenas na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, no ano de 1993, a violência contra a mulher foi definida formalmente como violação aos direitos humanos, o que foi proclamado, em 1994, pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica⁵².

Essa Convenção ratificada pelo Brasil em 1995 consta na ementa da Lei Maria da Penha com o viés de preservar os direitos humanos das mulheres. Em seu artigo 6º, a Lei Maria da Penha prevê expressamente que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

Cumprindo ainda ressaltar que, ainda que a Lei Maria da Penha reconheça que a violência doméstica e familiar em face da mulher constitui violação aos direitos humanos, tal fato não transferiu a competência para a Justiça Federal, pois em seu artigo 14, a referida lei, estabelece que “os crimes praticados contra as mulheres são da competência da Justiça Estadual”.

Assim, ao repudiar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório concernente à violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha constitui uma conquista histórica na afirmação dos direitos humanos das mulheres. Daí que sua plena implementação surge como imperativo de justiça e respeito aos direitos das vítimas desta grave violação que ameaça o destino e rouba a vida de tantas mulheres brasileiras⁵³.

⁵⁰ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: -Artigo III: Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. -Artigo V: Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo, desumano ou degradante. Disponível em: <<https://www.unidospelosdireitoshumanos.org.br/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

⁵¹BIANCHINI, Alice. *Coleção Saberes Monográficos - Lei Maria da Penha*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 32.

⁵²BRASIL, op. cit., nota 4.

⁵³PIOVESAN, Flavia; PIMENTEL, Silvia. *A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil*. Disponível em: <<https://assets-compromissoeatitude->

2.1-Atuação do Poder Judiciário para a efetivação da Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha trouxe em seu bojo várias inovações, com o escopo de dar um tratamento diferenciado à tutela dos direitos da mulher, contra a violência doméstica e familiar, tais como a criação dos Juizados de Violência contra a Mulher e a não aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/1996. Contudo, não demorou muito para a lei ter sua constitucionalidade questionada.

Um dos fundamentos seria a afronta ao princípio da legalidade, pois a lei estaria direcionada exclusivamente à proteção da mulher, pois o homem não poderia figurar como sujeito passivo e nem ser beneficiário do tratamento jurídico dispensado pela lei.

Para a doutrina de Lênio Streck, a Constituição permite discriminações positivas, ou seja, são formas de dar um tratamento desigual, com a finalidade de igualar aquilo que sempre foi desigual, logo, ou a Lei Maria da Penha pode prever obrigações diferentes de outras leis, ou ela fere a isonomia e a igualdade. Assim, da mesma forma que as cotas raciais e a Lei dos Crimes hediondos são constitucionais, também o é a Lei Maria da Penha⁵⁴.

Segundo Alexandre de Moraes, as normas com diferenciações são permitidas desde que exista uma justificativa objetiva e razoável, e a proteção das mulheres encontra justificativas de ordem social e cultural, considerando o modelo conservador da sociedade, que coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão, tornando-a vítima da violência masculina⁵⁵.

Desse modo, a Lei Maria da Penha não fere o princípio da igualdade consagrado no *caput* do artigo 5º, da CRFB/88, pois visa a proteger as mulheres que sofrem violência dentro de seus lares, crimes que, historicamente, sempre geraram a impunidade do agressor, bem como a Constituição Federal assegura a igualdade substancial e não só a igualdade formal, em abstrato.

Um dos temas de maior debate e controvérsia diz respeito ao artigo 41, da Lei Maria da Penha, que veda a aplicação da Lei nº 9.099/1995⁵⁶, Lei dos Juizados Especiais, à violência doméstica e familiar contra a mulher.

ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_6_responsabilidade-internacional.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2021.

⁵⁴STRECK, Lênio Luiz. *A Lei Maria da Penha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 96.

⁵⁵MORAES apud DIAS, op. cit. p. 109.

⁵⁶BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 03 dez. 2021.

Isso porque violaria aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação, bem como o instituto de conciliação da transação penal dos crimes de menor potencial ofensivo.

Mais um argumento invocado pela inconstitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha seria por violar o artigo 98, I, da CRFB/88, uma vez que ao prever a criação dos Juizados Especiais Criminais delega à legislação infraconstitucional a tarefa de identificar infrações penais como de menor potencial ofensivo.

E mais uma vez no entendimento de Lênio Streck, ainda que a competência dos juizados Especiais seja emergente da Constituição Federal, a definição do que sejam “infrações penais de menor potencial ofensivo” advém da Lei nº 9.099/1995, essa é uma lei ordinária. Nesse ponto não há que se falar em hierarquia formal de leis⁵⁷.

O tema foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, quando foi declarada a constitucionalidade do artigo 41, da Lei Maria da Penha. Para o Relator, Ministro Marco Aurélio, o referido dispositivo dá efetividade ao artigo 226, § 8º, da CRFB/88, e se coaduna com o pensamento de Ruy Barbosa, segundo o qual, a regra da igualdade é tratar desigualmente os desiguais, pois a mulher ao sofrer violência em seu lar, encontra-se em situação desigual frente ao seu opressor. A violência contra a mulher não é delito de baixa ofensividade, pois não se limita apenas ao aspecto físico, mas também ao psíquico e emocional, com grave abalo e consequências irreparáveis, na maioria dos casos.⁵⁸

Ainda em sede de controle de constitucionalidade da Lei Maria da Penha, foi interposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade, ADC 19, para o reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4.424, para atribuir interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, 1, 16 e 41 da referida.

Ao apreciar a ADC 19⁵⁹, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de relevante controvérsia jurisprudencial sobre a constitucionalidade da Lei, no tocante à

⁵⁷STRECK, op. cit., p. 97.

⁵⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 106.212*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=106212>>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=19>>. Acesso em: 03 dez. 2021.

afronta aos princípios da igualdade e da proporcionalidade. Quanto ao mérito, reiterou o entendimento de que a Lei veio dar efetividade ao § 8º do artigo 226, da CRFB/88.

Assim, sob esse fundamento foi reconhecida a constitucionalidade do artigo 1º da Lei que, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando por base vítima, utilizou o meio adequado e necessário para dar efetividade ao preceito constitucional.

Além disso, foi reconhecido que, além de legítimo, não é desproporcional o uso do sexo como critério diferenciador, ante a vulnerabilidade da mulher decorrente dos constrangimentos sofridos no âmbito privado.

Em relação à constitucionalidade do artigo 33, da Lei Maria da Penha, que prevê a cumulação da competência das varas criminais para conhecer e julgar as causas cíveis e criminais, enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que, a Lei não impõe uma obrigação, mas sugere a criação de órgão especializado no âmbito estadual, deste modo, não há ofensa aos artigos 96, I, e 125, § 1º, da CRFB/88, pois ainda que a União legisle de forma privativa acerca de direito processual (art. 22, I, CRFB/88), podem ser editadas normas quanto à atuação dos órgãos jurisdicionais locais, como ocorreu nos casos do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 45), e o Estatuto do Idoso (art. 70).

No julgamento da ADI nº 4.424⁶⁰, afastou-se a preliminar de impropriedade da ação, pois a Constituição Federal não tratou a natureza da ação penal, se pública ou condicionada à representação, questão afeta à legislação infraconstitucional.

Não há se falar em submeter à vontade da vítima a iniciativa da ação penal no crime de lesão leve, praticado contra a mulher em ambiente doméstico; tal fato afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), da igualdade (art. 5º, I, CRFB/88), e a vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CRFB/88).

Deste modo, reafirmou-se a dispensa da representação da vítima quando o crime caracteriza ação penal pública incondicionada, com a consequente legitimidade do Ministério Público para promover a ação, ainda que a vítima desista da representação.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.424*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=4424>>. Acesso em: 03 dez. 2021.

Em relação ao artigo 41 da Lei Maria da Penha foi reafirmada a não aplicação da Lei dos Juizados Especiais de todo e qualquer crime cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Assim, não cabe a aplicação das medidas despenalizadoras, quais sejam, composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

Com o julgamento não há mais a controvérsia quanto à constitucionalidade de todos os dispositivos da Lei Maria da Penha, com a uniformização dos entendimentos de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal.

Em 2015 foi editada a Lei nº 13.104/2015⁶¹ que modificou o Código Penal, para incluir a qualificadora do feminicídio, que veio a robustecer a proteção da mulher.

2.2- Feminicídio, a qualificadora do homicídio

O feminicídio constitui o homicídio praticado contra a mulher, sob os critérios da violência de gênero, discriminação e menosprezo, logo, não é qualquer assassinato de mulher que é considerado feminicídio.

A Lei nº 13.104/2015 foi a última a ser editada na América Latina, o aspecto comum em todas as legislações é matar uma pessoa pela condição de ser mulher e não as condições pessoais da vítima.

Vale ressaltar, a diferenciação entre feminicídio, violência doméstica e crime passional. O núcleo central está no elevado sentimento de posse do agente em relação à vítima, no feminicídio e na violência doméstica, a violência se dá em razão da condição do gênero feminino da vítima, já no crime passional não se exige esse elemento normativo, uma vez que pode ocorrer com pessoas do mesmo sexo, a exemplo do amor platônico de um fã que resolve matar o seu ídolo.

Antes da Lei nº 13.104/2015, os crimes praticados contra a mulher motivados por ciúmes, traição, não aceitação do término do relacionamento eram considerados crimes passionais cometidos por relevante valor moral e social, ou seja, crime praticado em contexto de violência doméstica, em razão do gênero se transformava em um crime privilegiado, na maioria das vezes.

O feminicídio quando ocorre em razão da violência doméstica é o ápice da violência, pois não ocorre da noite para o dia, o autor começa com uma violência

⁶¹ BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 06 jan. 2022.

psicológica, ele não quer que a vítima use determinada roupa, e pressiona com o argumento “o que vão pensar de você?”, assim, um xingamento evolui para um empurrão, uma violência que deixa marca, e acaba terminando com a morte daquela mulher que sofre violência doméstica há muito tempo.

O feminicídio pode ser evitado com a denúncia da mulher, vítima de violência doméstica e familiar, bem como de quem saiba e denuncie.

O feminicídio em razão de menosprezo caracteriza-se pelo fato do autor não tolerar a condição de mulher, essa é vista como um ser inferior, um objeto desprovido de qualquer vontade.

Nesse sentido, o crime de feminicídio é considerado um crime hediondo, conforme preconiza o art. 1º, I, da Lei nº 8.072/1990⁶².

Ainda pode-se observar uma sociedade machista, patriarcal, onde a cultura da violência de gênero contra as mulheres coloca o Brasil entre os países que possui uma das mais altas taxas de feminicídio do mundo, e essa triste realidade se agravou com a pandemia.

A lei penal deve tutelar bens jurídicos relevantes e impor tratamento desigual para situações desiguais, e a Lei deixa claro que o homicídio de mulheres não decorre do motivo fútil, torpe, ou por relevante valor moral.

O Código Penal⁶³ ao prever o feminicídio deixa evidente a proteção penal à condição feminina da mulher, o gênero feminino; daí a necessidade da qualificadora, de modo a preservar a vida da mulher, a um patamar mínimo civilizatório de uma sociedade.

A doutrina de Bianchini⁶⁴ reforça que o feminicídio não é um fenômeno novo, e havia interpretação diversa na jurisprudência, em relação à motivação do sentimento de posse, que é o ciúme, para uns era considerado motivo fútil, para outros, o motivo torpe e ainda o entendimento de que seria homicídio privilegiado.

Nesse âmbito, merece trazer à baila, a discussão controvertida na doutrina, desde que a Lei do feminicídio entrou em vigor, se a natureza jurídica da qualificadora do feminicídio seria subjetiva ou objetiva, e suas consequências práticas.

⁶²BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm >. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁶³BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2022.

⁶⁴BIANCHINI, Alice. *A qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva ou objetiva?* Disponível em: < <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/femicidio.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

As qualificadoras objetivas são as que dizem respeito ao crime, enquanto as subjetivas vinculam-se ao agente. Se por um lado, as objetivas se referem à forma de execução, meios e modos, as subjetivas conectam-se com a motivação do crime.

A discussão tem importância prática para os operadores do direito, pois a opção pela natureza subjetiva leva a pelo menos a três importantes questões: a motivação do crime deve ser trazida no decorrer do processo e abordada fortemente quando do plenário do Tribunal do Júri; se for levantada a tese do homicídio privilegiado e, tendo sido ela acatada, restará prejudicado o quesito referente ao feminicídio; e ainda, em caso de concurso de agentes, as qualificadoras subjetivas não se comunicam aos demais coautores ou partícipes.

Por outro lado, havendo entendimento de que a qualificadora é objetiva, tal natureza enseja as seguintes questões: pode subsistir a qualificadora do feminicídio com as qualificadoras do motivo torpe ou do motivo fútil, que são subjetivas? As qualificadoras objetivas (artigo 121, incisos III, IV, CP⁶⁵), comunicam-se aos demais coautores ou partícipes, desde que ingressem na esfera de conhecimento dos agentes.

Para a primeira corrente, capitaneada por doutrina de Rogério Sanches Cunha⁶⁶, entende que, a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, e estaria ligada ao sentimento de posse e à discriminação do gênero feminino.

E ainda, argumenta essa corrente que, mesmo no caso do inc. I do § 2º-A, Art. 121, CP, o fato de a conceituação de violência doméstica e familiar ter um dado objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade. Isso porque o § 2º-A é apenas explicativo; a qualificadora está verdadeiramente no inc. VI do § 2º, que, ao estabelecer que o homicídio qualifica-se quando cometido por razões da condição do sexo feminino, deixa evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução. Deste modo, o homicida não mata a vítima que acontece de ser mulher, mas a mata porque ela é mulher.

Para a segunda corrente, capitaneada por Pires⁶⁷, entende pela natureza objetiva da qualificadora, assim, se, de um lado, a verificação da presença ou ausência das qualificadoras subjetivas do motivo fútil ou torpe demandará dos jurados avaliação valorativa acerca dos motivos inerentes ao contexto fático-probatório que levaram o autor a agir como agiu, por outro lado, a qualificadora do feminicídio tem natureza objetiva,

⁶⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶⁶ SANCHES, op. cit., p. 393.

⁶⁷ PIRES apud RAMOS, op. cit., p.152.

pois descreve um tipo de violência específico contra a mulher, em razão da condição de sexo feminino, e demandará dos jurados mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses legais de violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º-A, I, do CP, c/c art. 5º, I, II e III, da Lei 11.340/06) ou ainda a presença de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, II, do CP).

Essa corrente sustenta ainda que, na hipótese de o homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, CP) ser acolhido pelos jurados restará prejudicada a votação do quesito da qualificadora subjetiva eventualmente imputada na pronúncia (motivo fútil ou torpe), porém a votação seguirá quanto às qualificadoras objetivas (incisos III, IV e VI do § 2º do art. 121 do CP), inclusive quanto à qualificadora do feminicídio, conclui-se que qualificadora é perfeitamente compatível com a incidência do privilégio, quando há um homicídio privilegiado qualificado.

Deste modo, entendimento diverso, ou seja, entender que o acolhimento do privilégio é incompatível com a qualificadora do feminicídio, ao fundamento de que esta teria natureza subjetiva, conduziria ao disparate de se estar diante de um caso típico de violência de gênero do feminicídio e de o quesito dessa circunstância sequer chegar a ser votado pelos jurados uma vez acatado o privilégio, com patente afronta ao escopo da Lei n. 13.104/2015.

O entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça⁶⁸ é no sentido de que, a qualificadora é objetiva, em julgado segundo o qual, nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, entendeu ser 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.

Com efeito, patente a necessidade da alteração da postura da tipificação penal, pois a morte de mulheres nas mãos de seus companheiros é uma das condutas que tem um maior valor de injusto frente aos delitos comuns, em razão a especial vulnerabilidade de suas vítimas. Depreende-se que a desigualdade de gênero e a dominação masculina

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 440.945*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=96354253&num_registro=201702388510&data=20190617&tipo=51&formato=PDF >. Acesso em: 01 abr. 2022.

nas relações conjugais constituem dois dos fatores que mais contribuem para a violência de gênero, deste modo, requer o tratamento desigual dos desiguais, para corrigir a desigualdade.

2.3- A necessidade da aplicação da qualificadora do feminicídio à mulher transexual

Da análise dos subtítulos anteriores, é possível evidenciar que a Lei Maria da Penha deu sustentáculo para a criminalização do feminicídio, como circunstância qualificadora do crime de homicídio, no caso de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

O legislador ao utilizar, o termo “sexo” em vez de “gênero”, ocasionou uma controvérsia acerca de quem poderia ser o sujeito passivo do crime de feminicídio, pois a partir de uma interpretação literal do tipo penal, com a ausência de um juízo de valor, excluiu a mulher transexual da capitulação qualificada, considerando que a mesma não nasceu com o sexo feminino.

Ressalte-se que o Brasil lidera o ranking mundial de assassinatos de transexuais, à frente do México e dos Estados Unidos, de tal modo que se faz necessária e urgente a tutela penal para as mulheres transexuais, mortas por conta da condição de mulher⁶⁹. Assim, busca-se incluir a aplicação da qualificadora do feminicídio para as mulheres transexuais, com a devida adaptação pelo operador do direito da interpretação literal do tipo penal ao caso concreto.

Desse modo, depreende-se legítima sobremaneira a referida adaptação, como fator de efetividade do princípio da igualdade, e da dignidade da pessoa humana, fundamentos do estado democrático de direito, com fulcro no artigo 1º, III, CRFB/88⁷⁰; bem como os efeitos no campo jurídico, como instrumento de adequação frente às mudanças sociais da sociedade moderna.

Primeiramente, merece esclarecer alguns conceitos importantes do tema, quais sejam, sexo, gênero, transgênero, transexual, uma vez que tais definições geram inúmeras confusões⁷¹.

⁶⁹ SANDRI, Amábyli, *Brasil continua no topo do ranking de assassinato de trans no mundo*. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-segue-no-topo-de-paises-que-mais-reportam-assassinatos-de-trans-no-mundo/>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁷⁰ BRASIL, op. cit., nota 19.

⁷¹ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE PROPAGANDA. *Manual de Comunicação LGBT*. Disponível em: <<https://appbrasil.org.br/lancado-o-manual-de-comunicacao-lgbti/>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

Uma pessoa que nasce com sua genitália masculina ou feminina, aquilo conhecido por sexo, geralmente concordando com seu gênero entendido por masculino ou feminino, sendo esta sua identidade de gênero, é chamado de cisgênero, ou seja, heterossexual perante a sociedade.

Entretanto, tal definição de gênero, não rara às vezes, está em dissonância com o sexo, ao passo que muitas pessoas nascem com a genitália masculina, mas o modo de gesticular, falar e todas as demais características que compõe a identidade de gênero discordam do seu sexo, tendo então os chamados transgêneros.

Pelo critério biológico, identifica-se uma mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Segundo os especialistas, o sexo morfológico ou somático resulta da soma das características genitais e extragenitais somáticas. Com essas características corporais não será difícil identificar o sexo de qualquer pessoa, pelo menos, teoricamente.

Na definição dos Princípios de Yogyakarta⁷², princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, a orientação sexual refere-se “à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; bem como refere-se à identidade de gênero “como a experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos”.

Assim, a pessoa transexual é aquela que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. Homens e mulheres transexuais podem manifestar o desejo de se submeterem a intervenções médico cirúrgicas para realizarem a adequação dos seus atributos físicos de nascença (inclusive genitais) a sua identidade de gênero constituída.

⁷²CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. *Princípios de YOGYAKARTA*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

A terminologia *trans* contempla transgêneros transexuais e travestis. O prefixo *trans* significa “através de, além de”⁷³, ou seja, pessoas que estão transitando pelos dois gêneros (masculino e feminino). Os transgêneros ultrapassam as normatizações impostas na sociedade, estão para além do feminino e o masculino.

Desse modo, ser transgênero não implica no desejo de modificar o sexo biológico, nem a existência de atração por pessoas do mesmo sexo, o que existe é um conflito na identidade de gênero.

Já a pessoa transexual acalenta o desejo de mudar a sua constituição biológica e realizar a cirurgia de redesignação sexual, sendo este procedimento o único capaz de trazer a conformidade em relação a sua verdadeira identidade de gênero que sente pertencer, mas que não foi biologicamente atribuída.

A identidade de gênero alinha-se como a pessoa se vê, se identifica, como homem ou mulher. Esta identidade difere de orientação sexual, pois essa última confere ao desejo, ao sentimento e atração por outra pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo, identificado com seu sexo biológico.

Segunda a ANTRA, A transexualidade se refere à condição do indivíduo possuir uma identidade de gênero diferente daquela ao qual foi designado ao nascer⁷⁴. Este apresenta um sentimento de repulsão e impropriedade em relação à forma sexual anatômica, manifestando o desejo de viver e também o desejo de aceitabilidade como sexo antagônico. As mulheres *trans* optam pela transição do gênero oposto por meio de uma intervenção médica, procedimento este realizado por uma reposição hormonal e cirurgia de redesignação sexual.

Reforça-se que o gênero dos termos usados pela descrição de pessoas transexuais se refere ao gênero alvo, ou seja, ao gênero pelo qual a pessoa optou, sendo uma tarefa árdua para a sociedade aceitar ou reconhecer e do sistema estatal viabilizar meios para possibilitar a proteção de direitos e garantias dessas pessoas.

A não correlação entre identidade de gênero e sexo tem sido historicamente tratada na medicina como uma patologia. Recentemente, a transexualidade foi retirada do rol de distúrbios mentais da Classificação Internacional de Doenças (CID). Ela, no entanto, não saiu totalmente da CID-11, ela foi movida para a categoria “condição relativa à saúde

⁷³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

⁷⁴ ANTRA. Associação Nacional de Travesti e Transexuais. *Dossiê Antra*. Disponível em: <<https://antrabrasil.org/>>. Acesso em: 28 mai. 2022.

sexual”. A OMS admite que mantê-la na Classificação Internacional de Doenças pode reforçar estigmas, mas diz que a medida ainda é necessária. De igual modo, entende-se que despatologizá-la pode fazer com que as pessoas percam tratamento oferecido pelo SUS, já que obriga o Estado a oferecer amparo médico, hormonal e psicológico⁷⁵.

Nessa toada, a identidade de gênero se trata de uma dimensão subjetiva do sujeito atrelada às suas relações sociais. Segundo Diniz⁷⁶, a transexualidade constitui a condição sexual da pessoa que rejeita a sua identidade genética e a sua própria anatomia, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto.

Ponto importante que deve ser ressaltado diz respeito à transexualidade corresponde à incompatibilidade de identidade de gênero com o sexo biológico, de forma que não é necessária a cirurgia de readequação sexual para que o indivíduo se identifique e se apresente socialmente como mulher.

A cirurgia de readequação sexual se mostra apenas como uma opção, logo, independentemente da realização de cirurgia de adequação sexual, é possível a alteração do sexo constante no registro civil de transexual que comprove judicialmente a mudança de gênero. Nesses casos, a averbação deve ser realizada no assentamento de nascimento original com a indicação da determinação judicial, proibida a inclusão, ainda que sigilosa, da expressão “transexual”, do sexo biológico ou dos motivos das modificações registrares.

O entendimento foi firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça⁷⁷ ao acolher pedido de modificação de prenome e de gênero de transexual que apresentou avaliação psicológica pericial para demonstrar sua identificação social como mulher. Para o colegiado, o direito dos transexuais à retificação do registro não pode ser condicionado à realização de cirurgia, que pode inclusive ser inviável do ponto de vista financeiro ou por impedimento médico.

No pedido de retificação de registro, a autora afirmou que, apesar de não ter se submetido à operação de transgenitalização, realizou intervenções hormonais e cirúrgicas para adequar sua aparência física à realidade psíquica, o que gerou dissonância evidente entre sua imagem e os dados constantes do assentamento civil.

⁷⁵ COITINHO, Viviane Dotto; TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. *O estatuto da diversidade sexual como forma de minimizar os efeitos em relação à dignidade do transexual*. Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=226>> Acesso em: 20 mai. 2022.

⁷⁶ DINIZ Apud DIAS, op. cit., p. 120.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.626.739*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9/inteiro-teor-484087902>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

Revela-se notável a evolução na jurisprudência do próprio STJ⁷⁸, que ao apreciar casos de transexuais submetidas a cirurgias de transgenitalização, já vinha permitindo a alteração do nome e do sexo/gênero no registro civil, para alcançar também as transexuais não operadas, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o julgado estabeleceu ainda, que devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral).

Nesse contexto, importante destacar as diferentes terminologias utilizadas na Lei Maria da Penha⁷⁹ e na qualificadora do homicídio, enquanto na primeira lei, a previsão em seu artigo 5º, utiliza a palavra “gênero”, em sentido amplo, para aplicar tanto à mulher cisgênero, quanto transgênero, a qualificadora do feminicídio ao utilizar a palavra “sexo” gerou um efeito interpretativo acerca de quem poderá ser considerada mulher para fins do reconhecimento da tutela estatal.

Ressalte-se que, o Projeto de Lei do Senado 8.305/14⁸⁰ que deu origem a Lei nº 13.104/2015 trazia em seu texto original o termo “gênero feminino” que ao chegar à Câmara dos Deputados foi alterado para constar: “contra a mulher por razões da condição do sexo feminino”, demonstrando uma clara intenção de exclusão da tutela da lei as mulheres trans, com a ideia de que o gênero mulher seria reduzido ao sexo biológico, logo, apenas pessoas de sexo biológico feminino seriam vítimas do crime, prevalecendo uma visão tradicionalista e a conseqüente exclusão das mulheres transexuais,.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministra Nancy Andrigui. *REsp nº 1.008.398/SP*. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702733605&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

⁷⁹BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸⁰BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.305/2014*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

Para Mello⁸¹, existem três posições doutrinárias sobre a definição de “mulher” para fim de aplicação da qualificadora do feminicídio. A primeira posição adota o critério psicológico, considerando mulher a pessoa cujos aspectos psíquicos e comportamentais são femininos. Com efeito, para essa corrente doutrinária, pode ser encaixada como vítima do feminicídio a mulher transexual, independentemente de cirurgia de resignação de gênero ou alteração do registro civil.

A segunda posição adota o critério jurídico cível, de modo que deve ser considerado o sexo que consta no registro civil. Deste modo, em caso de decisão judicial para alteração do registro de nascimento, alterando o sexo, o conceito de mulher deixará de ser natural para ser um conceito de natureza jurídica.

A terceira posição adota o critério biológico, de modo que se identifica a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Nesse sentido, ainda que a mulher transexual realize a cirurgia de resignação de gênero, haverá alteração da concepção estética, mas não da concepção genética, não sendo possível a aplicação da qualificadora do feminicídio.

Adotando o critério psicológico, Mello afirma que a qualificadora do feminicídio incide quando o sujeito passivo for mulher, ou seja, quando a pessoa se identificar com o sexo feminino, mesmo quando não tenha nascido com o sexo biológico feminino. Deste modo, haverá feminicídio quando uma mulher, assim entendida como toda pessoa que se identificar com o gênero feminino, independente da realização da cirurgia de mudança de sexo, for assassinada em razão dessa condição.

Para Bitencourt⁸², adotando o critério jurídico-cível, afirma que somente quem for oficialmente identificado como mulher, por meio da documentação civil, e ainda considera perfeitamente possível admitir o transexual, desde que transformado cirurgicamente em mulher, como sujeito passivo da qualificadora do feminicídio.

Adotando o critério biológico, Barros⁸³ sustenta que o legislador, mesmo sabendo que existem outros gêneros sexuais, não incluiu transexuais ou travestis, de modo que não poderiam ser vítimas de feminicídio. O autor critica o critério psicológico pelo fato de

⁸¹MELLO, op. cit., p. 143.

⁸²BITENCOURT, Cesar Roberto. *Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cesar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

⁸³BARROS, Francisco Dirceu. *Femicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em: <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/femicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

que é formado pela íntima convicção da pessoa que entende ser do sexo feminino, o que pode ser subjetivo diante do caso concreto, não sendo compatível com o direito penal moderno. Ainda critica o critério jurídico-cível, uma vez que as instâncias cível e penal são independentes; assim, utilizar em prejuízo do réu a mudança jurídica no cível configuraria analogia in malam partem, que é vedada pelo princípio da legalidade.

Desse modo, a definição de “mulher” para fins de reconhecimento da qualificadora do feminicídio não se encontra pacificada na doutrina brasileira. Enquanto uma corrente mais conservadora adota um critério estritamente binário, definindo a mulher pelos cromossomos e anatomia genital, as correntes mais modernas superam o critério biológico, mas divergem sobre a necessidade de alteração do registro civil.

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, já enfrentou o tema acerca da conceituação do gênero ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF⁸⁴, no sentido da possibilidade de alteração de nome e sexo, no registro civil, independente da cirurgia da transgenitalização, considerando que o direito à igualdade sem discriminação abrange a identidade ou expressão de gênero, como manifestação da própria personalidade humana, cabendo ao Estado reconhecê-la como tal e não constituí-la. Assim, para a pessoa transgênero basta a comprovação de gênero firmada em declaração escrita, por meio de autoidentificação de gênero dissonante com a daquela reconhecida ao nascer, como manifestação de um direito fundamental subjetivo à alteração do prenome, independentemente de procedimento cirúrgico ou laudo de terceiro, pois trata-se de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Para Gonçalves⁸⁵, a exigência da cirurgia de transgenitalização seria uma segunda violação de direitos, pois ao invés de concretizar o exercício de liberdade e do direito à integridade psicofísica revelaria uma forma de discriminação acerca da integridade física de quem já estaria à margem de reconhecimento da identidade de gênero, assim, a autora defende que,

Argumentos favoráveis a admitir o direito à identidade sexual do transexual não operado podem ser alinhavados, com vistas a evitar o aprofundamento de seu constrangimento e de sua dor, pela imposição de uma cirurgia que seria sentida como uma violência física a quem já experimenta um grave desconforto psíquico.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator Marco Aurélio. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275-DF*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em 24 ago. 2022.

⁸⁵ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão*. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-04032013-105438/pt-br.php>>. Acesso em 24 ago. 2022.

Em tal circunstância, exigir a intervenção cirúrgica como condição para o reconhecimento da identidade de gênero pode acabar implicando uma violação à autonomia e ao direito à integridade, na hipótese em que a pessoa se submeta à operação coagida pela necessidade de obter a adequação entre a sua aparência e a sua qualificação jurídica, sendo forçada a concordar com a mudança em seu corpo para ter reconhecido seu gênero e identificação. (...)"

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o conceito de gênero para a alteração do sexo em seu registro de uma transexual, a Relatora Ministra Nancy Andrigui⁸⁶ consignou que a alteração tem o sentido de salvaguardar o bem supremo do Direito, que é o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético cultural, com a reflexão de sua verdade real vivenciada e que se reflete na sociedade.

Ressalte-se que, o STF avançou sobre o tema e, de forma mais ampla, utilizou a expressão transgênero, afirmando que: os transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, possuem o direito à alteração do prenome e do gênero (sexo) diretamente no registro civil, sendo adotadas as seguintes premissas da decisão: 1) O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero. O respeito à identidade de gênero é uma decorrência do princípio da igualdade; 2) A identidade de gênero é uma manifestação da própria personalidade da pessoa humana. Isso significa que o Estado não diz o gênero da pessoa, ele deve apenas reconhecer o gênero que a pessoa se enxerga; 3) A pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.

Com a mesma interpretação, o STF deu provimento ao Recurso Extraordinário 670422⁸⁷, com repercussão geral (Tema 761), segundo o qual, foi autorizado a alteração do registro civil de pessoa transgênero, de forma direta na via administrativa, independentemente da realização do procedimento de transgenitalização. E o fundamento da decisão foi baseado no julgamento da ADI nº 4275, nos termos da tese proposta pelo Relator Dias Toffoli, nos seguintes termos:

1- O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto por via judicial como diretamente pela via administrativa.

⁸⁶ BRASIL, op. cit., nota 77.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator Dias Toffoli. RE 670422-RS. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

2- Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”.

3- Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

4- Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao Magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Assim, os Tribunais Superiores vêm defendendo a interpretação normativa no sentido da prevalência da identidade psicossocial em relação à biológica, para o conceito de gênero, conclui-se que o conceito jurídico de mulher, adotado hoje, não é o biológico, mas o psicossocial, sendo possível perfeitamente que a mulher transgênero figure como sujeito passivo do feminicídio.

Para Nascimento⁸⁸, há a necessidade de relacionar os assassinatos de mulheres transgêneros com a categoria de feminicídio, ampliando o seu conceito para transfeminicídio, como instrumento de luta contra o crime motivado pelo ódio e desprezo às identidades femininas. A autora enfrenta o tema considerando que o gênero também constrói a identidade de homens e mulheres, ultrapassando as delimitações de papéis sociais. Assim, segundo a autora, as mudanças ocorridas nas relações de gênero possibilitaram uma maior inserção da mulher no espaço público e a construção de um novo perfil feminino que ultrapassa a conduta padronizada de subalternidade e a coloca diante de novas possibilidades e realidades.

Nesse contexto, o termo mulher de forma isolada para o cenário do feminicídio deve ser superado como apontam os estudos de gênero, pois é necessário entender que não é o sexo feminino anatômico, de modo isolado, que determina a vulnerabilidade, mas todo um universo simbólico constituído de modo arbitrário como destino irremediável às pessoas que nascem com o sexo feminino, da mesma forma as mulheres transexuais vivenciam uma realidade social de vulnerabilidade por terem uma performance equivalente à identidade de gênero feminino.

Para Bento⁸⁹, socióloga que defende o transfeminicídio e também parte da premissa de gênero e não de sexualidade, reforça a ideia de necessidade de reconhecimento social diante da vulnerabilidade da mulher transgênero, assim, descrito:

⁸⁸ NASCIMENTO, op. cit., p.93.

⁸⁹BENTO, Berenice. *Transfeminicídio: Violência de gênero e o gênero da violência*. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30169/1/dissidencias-sexuais-genero-repositorio.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2022.

o assassinato é motivado pelo gênero, e não pela sexualidade da vítima. Conforme sabemos, as práticas sexuais estão invisibilizadas, ocorrem na intimidade, na alcova. O gênero, contudo, não existe sem o reconhecimento social. Não basta eu dizer “eu sou mulher”, é necessário que o outro reconheça esse meu desejo como legítimo. O transfeminicídio seria a expressão mais potente e trágica do caráter político das identidades de gênero. A pessoa é assassinada porque, além de romper com os destinos naturais do corpo generificado, o faz publicamente e demanda esse reconhecimento das instituições sociais.

Com esse enfoque de ruptura do transfeminicídio, pode-se afirmar que, o processo de vulnerabilidade da realidade social das mulheres transgêneros advém de relatos de frases como “não quer ser mulher? Pois vai apanhar como mulher!”. Desse modo, pressupõe que o reconhecimento público equivale ao reconhecimento de uma feminilidade e uma inferioridade, bem como objeto de violência.

Para Bernardes⁹⁰, os efeitos transformativos da identidade de gênero seriam mais evidentes, se estratégias desconstrutivas fossem capazes de desestabilizar as categorias “mulher” em favor de uma compreensão performativa, ao invés de uma ontológica, dos sujeitos machos e fêmea, de modo, a viabilizar que outros grupos oprimidos em razão do gênero tenham uma proteção contra a violência mais adequadas e reconhecidas pelo legislador brasileiro.

Ainda na busca da consolidação do conceito do termo “mulher”, a Comissão de Comissão de Justiça do Senado Federal aprovou, em caráter definitivo, em 22 de maio de 2019, o Projeto de Lei do Senado 191⁹¹, de 2017, para incluir as mulheres transgêneras e as transexuais sob a proteção da Lei Maria da Penha, por meio da alteração no art. 2º, com a finalidade assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero, como forma do ordenamento jurídico acompanhar as transformações sociais.

O projeto considera a pessoa transexual aquela que nasce biologicamente com determinado sexo, mas se vê pertencente a outro e cogita fazer tratamentos hormonais e cirurgia para mudar o corpo físico. Depreende-se que o projeto adota uma abordagem psicológica com um componente biológico, como forma de garantir a proteção da integridade física e psíquica das mulheres transexuais, as quais se enxergam, se

⁹⁰ BERNARDES, Marcia Nina. *Sobre violência doméstica e familiar contra a mulher e discriminação baseada no gênero*: questões de justiça. Curitiba: Juruá, 2016, p. 36.

⁹¹BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 191, de 2017*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598#:~:text=Projeto%20de%20Lei%20do%20Senado%20n%C2%B0%20191%2C%20de%202017&text=Ementa%3A,de%20sua%20identidade%20de%20g%C3%AAnero>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

comportam e vivem como mulheres, e que, da mesma forma que as que nascem com o sexo feminino, sofrem violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral por parte de parentes, companheiros ou conviventes. Assim, a proposição acrescenta ao art. 2º da Lei Maria da Penha a expressão “identidade de gênero”, a fim de permitir a sua aplicação a transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres, o que dialoga perfeitamente com o princípio fundante do estado democrático de direito, que é o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º, III, CRFB/88.

O autor do projeto Senador Jorge Viana (PT/AC) assinalou que o Brasil é o país que mais mata transexuais, gays, lésbicas e transgêneros, de acordo com o relatório de índices de violência apresentado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), segundo o qual, no ano de 2016 ocorreram mais de 343 mortes, bem como o número de agressões é maior quando se trata das mulheres transexuais, que sofrem por se identificarem e se portarem como mulheres, sem terem nascido, contudo, em um corpo biologicamente feminino.

Desse modo, entende-se que a Lei Maria da Penha foi criada com um foco inicial, qual seja, o de proteção à mulher, mas deve ser ampliada com o fito de alcançar a realidade social, incluindo as mulheres não nascidas com o sexo feminino, mas que se identificam como sendo do gênero, e também sofrem agressões de seus companheiros. Porém, lamentavelmente, a adequação da lei às transformações sociais não ocorre adequadamente, a exemplo do feminicídio, deixando grupos sociais como os das mulheres transexuais secundarizados e invisíveis ao amparo legal.

Ainda no aspecto protetivo das mulheres trans verifica-se que o Tribunal Superior Eleitoral (TRE) autorizou as mesmas que poderiam se beneficiar da cota de candidaturas para mulheres, levando em conta que se trata de cota de gênero e não de sexo⁹².

A Portaria 33 do Ministério da Educação (MEC)⁹³ estabeleceu com base em parecer do Conselho Nacional de Educação o reconhecimento do direito ao uso do nome social pelos transexuais e travestis em suas matrículas, nas instituições de ensino de todo o país, e na hipótese de estudando com idade inferior a 18 anos, o pedido deve ser feito pelos pais ou responsáveis.

⁹²BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Seminário “Mais Mulheres na Política”, debate inclusão de candidatas negras trans e com deficiência*. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Outubro/painel-de-encerramento-do-seminario-201cmais-mulheres-na-politica201d-debate-inclusao-de-candidatas-negras-trans-e-com-deficiencia>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

⁹³ BRASIL. Ministério da Educação e Cultura, *Portaria n° 33*, de 17 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/1932471/do1-2018-01-18-portaria-no-33-de-17-de-janeiro-de-2018-1932467>. Acesso em: 24 ago. 2022.

Ainda nessa linha de tutela, infere-se que o Sistema Único de Saúde (SUS), por meio da Portaria 1.820⁹⁴, estabeleceu o direito de qualquer usuário do SUS ser identificado e atendido nas unidades de saúde pelo nome de sua preferência, independente de registro civil ou de decisão judicial, evitando com que as pessoas transexuais sofressem constrangimentos e situações vexatórias. Conforme abaixo descrito:

Art. 4º Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos.

Parágrafo único. É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, garantindo-lhe:

I - identificação pelo nome e sobrenome civil, devendo existir em todo documento do usuário e usuária um campo para se registrar o nome social, independente do registro civil sendo assegurado o uso do nome de preferência, não podendo ser identificado por número, nome ou código da doença ou outras formas desrespeitosas ou preconceituosas;

Ante todos os exemplos citados de inclusão dos direitos das pessoas transgêneros, preponderaram os reconhecimentos de ordem administrativa, pelos órgãos públicos, ou na esfera judicial, por meio das decisões dos Tribunais Superiores, considerando a tese formulada pelo STF a mais significativa. No entanto, no âmbito legislativo permanece a ausência de tutela no reconhecimento da identidade de gênero e equiparação legal das mulheres transgêneros às mulheres do sexo biológico, abrindo margem à uma tutela mais efetiva a cargo do ativismo jurídico, como será visto no terceiro capítulo, por meio da análise de casos da jurisprudência.

⁹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.820*, de 13 de agosto de 2009. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em: 24 ago. 2022.

3. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES DO FEMINICÍDIO E DA MULHER TRANSGÊNERO

Conforme a exposição feita nos capítulos anteriores, a tutela jurídica jamais deve se ater apenas às questões de classe e condutas, mas também deve abranger as circunstâncias sociais nas quais estão inseridas.

Para Bernardes,⁹⁵ o puro positivismo engessa a construção do pensamento jurídico e as novas vias dadas por meio das constantes transformações sociais que não podem ser absorvidas por se ater estritamente à letra fria da lei. O bem-estar geral deve ser tutelado de forma efetiva, conforme o espírito de seu tempo.

A CRFB/88 em seu artigo 5º, constitui que a dignidade da pessoa humana seja respeitada ao se ater no princípio da igualdade como instrumento de respeito à individualidade de cada um. Essa é a base para que a transexualidade seja um estado de transição para que a pessoa se sinta confortável com sua identidade de gênero, e ainda sentir-se digno.

Resta, portanto, provado que o Estado Democrático de Direito, por meio das jurisprudências pátrias, ao reconhecer civil e socialmente a condição de gênero para as pessoas transgêneros, efetiva seu papel social como mulher e para tanto pode ser parte legítima da proteção da violência do crime de feminicídio.

Muito ainda é negado para que se chegue ao ideal de dignidade a ser vivido pelas pessoas transexuais, deve-se enxergar além do estereótipo. Tão além que se possa enxergar a humanidade além da identidade de gênero.

Verifica-se que muitos Tribunais de Justiça do país são favoráveis a esta tese, em que inclui as mulheres transexuais como vítima em casos de feminicídio, pois reconhecem a dupla vulnerabilidade dessas mulheres. Tais decisões revelam a extrema relevância para a área jurídica pátria, assim como serve de resposta aos atos atentatórios e violentos a vida das pessoas trans, a fim que a sociedade contemporânea tome ciência acerca da discriminação e preconceito que essas pessoas – iguais a todas, sem distinção, somente quando se trata de violência, passam todos os dias, numa sociedade que deveria ser plural, bem como prega a Constituição Cidadã.

⁹⁵ BERNARDES, Álvaro Rafael Santos. *Feminicídio e a possibilidade da pessoa transexual figurar como vítima*. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/17768>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

A pouca legislação reconhecendo direitos das pessoas trans no âmbito normativo, ainda mais para mulheres transexuais resulta em uma crescente onda de violência contra essas pessoas.

A Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil – ANTRA⁹⁶, juntamente com o Instituto Brasileiro Trans de Educação – IBTE, e a ONG internacional Transgender Europe – TGEU, a qual mapeia esses crimes em 72 países, afirma que no ano de 2018 o Brasil foi o líder no ranking de países que mais comete homicídio contra transexuais e travestis, apontando que apenas 47% das mortes são notificadas.

A Transgender Europe⁹⁷ é uma rede de diferentes organizações de transgêneros, transexuais, com a finalidade de combater a discriminação e também apoiar e lutar pelo direito das pessoas trans. Já a ANTRA e o IBTE são instituições nacionais cujo o escopo é a defesa em solo brasileiro de pessoas trans.

A referida pesquisa não teve por base dados oficiais estatais, uma vez que não é feito um levantamento específico para este grupo, esta pesquisa foi baseada em dados fornecidos por entidades da sociedade civil, e a ANTRA através do seu Dossiê de Assassinatos e Violência contra Travestis e Transexuais no Brasil, afirma que existe duas maneiras de se fazer essa pesquisa⁹⁸:

Existem duas maneiras diferentes de fazer a análise. Uma levando em consideração os números totais (absolutos), em que o Brasil tem 41% de todos os assassinatos de pessoas trans do mundo, esse método é o empregado pelas Ongs e o TGEU e que o coloca como o país que mais mata travestis e transexuais do mundo (TGEU), exatamente por ter mais casos notificados; e outra levando em consideração o número populacional de pessoas trans no país.

De acordo com essa pesquisa, no ano de 2021 Os meses com o maior número de assassinatos foram: janeiro, fevereiro, março, abril, junho, agosto e outubro, tendo número superiores à média em 2021, que foi de 11,7 assassinatos/mês.

Em números absolutos, São Paulo foi o estado que mais matou a população trans em 2021, com 25 assassinatos, se mantendo no topo do ranking pelo terceiro ano consecutivo:

Seguido da Bahia, que saiu da terceira posição para a segunda, com 13 casos; Rio de Janeiro em terceiro, que aumentou de 10 casos em 2020 para 12 em 2021, e o Ceará teve 11 assassinatos ficando na quarta posição; Pernambuco em quinto com 11 casos, subindo duas posições em relação ao ano anterior

⁹⁶BENEVIDES, Bruna G. *Dossiê Antra*. Disponível em: < <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

⁹⁷ TGEU. Conselho Trans Europeu e da Ásia Central 2022. *Movimentos trans e lésbicos unidos em solidariedade*. Disponível em: < https://tgeu-org.translate.google/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc>. Acesso em: 29 ago. 2022.

⁹⁸ BENEVIDES, op. cit., p. 39.

quando teve 7 casos. Minas Gerais com 9 assassinatos; Goiás e Paraná com 7, e o Pará com 6 notificações; Amazonas, Maranhão e Rio Grande do Sul com 4 casos cada; Espírito Santo, Mato Grosso do Sul e Mato Grosso com 3 casos; Alagoas, Amapá, Paraíba, Piauí e o Distrito Federal com 2 casos cada; e o Acre, Rio Grande do Norte, Rondônia e Sergipe com 1. Não foram encontrados casos reportados em Roraima e Tocantins⁹⁹.

A referida pesquisa também contabilizou, pela primeira vez, a maior concentração dos assassinatos foi observada na região sudeste, com 49 assassinatos (35% dos casos). Em seguida, a região nordeste, com 47 casos (34%) casos; a região centro-oeste com 15 (11%) assassinatos; o Norte, com 14 (10,5%) casos; e o sul com 13 (9,5%) assassinatos. Em 2021, o nordeste apresentou queda, enquanto as demais regiões apresentaram aumento no número de casos, com destaque para o sudeste que vem aumentando desde 2018.

Quanto ao perfil das vítimas estas eram em sua grande maioria jovens e trabalhavam com a prostituição.

A prostituição é o meio de vida e de renda mais adotado por essas pessoas, pois na maioria das vezes não são bem vistos no mercado de trabalho, e também não possuem qualificação profissional pois evadem da escola muito cedo, e assim não se qualificam profissionalmente, com esse cenário 65% dos assassinatos foram contra pessoas que atuavam como profissionais do sexo.

A ANTRA também contabilizou que 82% das vítimas eram pessoas negras ou pardas, e 97% dos crimes foram cometidos contra transexuais do gênero feminino o que corresponde a 158 casos da pesquisa.

A pesquisa também apontou a importância da ADI 4275¹⁰⁰, a qual facilitou a alteração de nome e gênero no registro civil, no entanto, é relevante o índice de 37% em que a mídia não respeita a identidade escolhida pela vítima:

A dificuldade de padronização destes dados por parte da mídia, traz um desafio ainda maior para este levantamento, seja por desconhecimento ou falta de interesse, em muitos casos acabam por noticiar mortes de travestis e mulheres Transexuais como se fossem homens gays que apresentam expressão de gênero lida como sendo mais "feminina"; e Homens Trans como sendo lésbicas com expressão de gênero lidas como mais "masculinizadas". No caso de pessoas Não-Binárias, este marcador setorna ainda mais desafiador, devido a invisibilidade desta população ou a falta de conhecimento/interesse sobre a diversidade de gênero¹⁰¹.

⁹⁹ Ibidem, p. 39.

¹⁰⁰ BRASIL, op. cit., nota 83.

¹⁰¹ BENEVIDES, op. cit., p. 45.

A forma mais utilizada para consumação desses crimes foi a arma de fogo que representa cerca de 53% dos casos, seguidos por arma branca representando 21% e 19% dos crimes foram cometidos por espancamento, estrangulamento ou asfixia:

Conta ainda com a incidência de 28 casos onde foi usada mais de uma ferramenta/meio para cometer o assassinato. A associação que mais se repete é entre a agressão física, tortura, linchamento, afogamento, espancamento e facadas. 83% dos casos os assassinatos foram apresentados com requintes de crueldade como uso excessivo de violência, esquartejamentos, afogamentos e outras formas brutais de violência¹⁰².

Diante desse quadro alarmante de violência contra a população trans, forçoso admitir que ao interpretar o dispositivo legal referente ao feminicídio, e deixar de aplicá-lo às pessoas que possuem inadequação entre o sexo biológico e psicológico, é no mínimo desumano, além de ferir os princípios da liberdade e da dignidade humana.

O presente estudo apresenta como parâmetro, para analisar a legitimidade da aplicação da Lei nº 13.104/2015 às mulheres transexuais e transgêneras, a interpretação e aplicação do Direito Penal para que se reflita acerca do alcance jurisdicional da lei em questão.

Para tanto, passa-se a discorrer acerca das principais teorias, conceitos e aspectos concernentes à hermenêutica jurídica e à aplicação do Direito.

Para Maximiliano¹⁰³, a Hermenêutica Jurídica tem "por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito".

Essa abordagem é crucial para o estudo proposto, visto que se pretende analisar o alcance da aplicação da Lei do Feminicídio em estudo e analisar a legitimidade de sua aplicação para mulheres transgêneros. Prossegue-se, então, entendendo que o ato de interpretar é o emprego do processo hermenêutico.

3.1- Análise da interpretação hermenêutica do direito penal

Com a hermenêutica, analisa-se e determina-se os princípios que direcionam a interpretação, sendo aquela a teoria científica da arte de interpretar.

¹⁰² Ibidem, p. 46.

¹⁰³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 15.

A doutrina de Maximiliano esclarece que há uma evolução do ordenamento jurídico, que faz com que os termos técnicos passem por processos de esclarecimento de seus significados, uma vez que o direito evolui adequando-se à realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual.

No mesmo sentido, aponta Prado¹⁰⁴, que trata-se a hermenêutica da interpretação de procedimento que procura conceder acepção ao texto legal, expressando-se tanto como "ato cognoscitivo e de criação", e, justamente por isso, jamais pode estar alheio ao ordenamento jurídico e ao contexto histórico-cultural e social em que se encontra imerso.

Conforme lição de Greco¹⁰⁵, não se deve confundir, entretanto, como processo de criação legislativa, trata-se aqui de entender que como toda norma jurídica, a norma penal não pode prescindir do processo exegético, tendente a explicar-lhe o verdadeiro sentido, o justo pensamento, a real vontade, a exata razão finalística, quase nunca devidamente expressos com todas as letras.

Nucci¹⁰⁶ acentua ainda que a interpretação consiste na apreciação do significado da lei e não da elaboração legislativa. Entende-se que a norma perfeita adquire autonomia em relação ao trabalho legislativo, sem que haja violação do princípio da separação dos poderes, visto que o juiz deve agir mais como pesquisador e analisador do que como elaborador. Se atentar-se apenas a intenção primeira do legislador, ter-se-ia escopo limitado de alcance baseado em fatos concretos limitadores.

Ainda segundo Maximiliano¹⁰⁷, geralmente a norma advém de um processo baseado em um "abuso recente", ações isoladas. Assim, com a promulgação, a lei ganha autonomia relativa, constituindo resultado novo, amplifica-se e sucede o conteúdo sem reforma dos vocábulos.

Ressalta-se, então, que é um mal necessário a rigidez da forma; ao invés de o abrandarem com a interpretação evolutiva, agravam-no com a estreiteza da exegese presa à vontade criadora, primitiva, imutável. Se há proveito por um lado, avulta o prejuízo maior por outro: o que a lei ganha em segurança, perde em ductilidade; menos viável se torna o sofisma, porém fica excessivamente restrito o campo de aplicação da norma. Ora, incumbe à Hermenêutica precisamente buscar os meios de aplicar à riqueza, à infinita

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 143.

¹⁰⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2014, p. 35.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 83.

¹⁰⁷ MAXIMILIANO, op. cit., p. 21.

variedade dos casos da vida real à multiplicidade das relações humanas, a regra abstrata objetiva e rígida.

Mais, a interpretação deve se revelar como uma interpretação operativa, na medida em que se volta à correta compreensão da norma, possibilitando a sua aplicação ao caso concreto. Depreende-se, que "a interpretação precede e faz parte da aplicação do Direito". Há de se considerar, por outro lado, que incumbe ao jurista perseguir o espírito da lei, atento às necessidades que a lei busca satisfazer. Vale dizer, a atividade do intérprete não se limita a operações lógicas, mas envolve complexas apreciações de interesse dentro do âmbito legal.

A *ratio legis*, portanto, não é estanque, e é justamente seu caráter objetivo que lhe permite adaptar-se aos inevitáveis novos rumos do contexto histórico-cultural. Diante disso, a aplicação do Direito expressa-se na adequação de norma jurídica pertinente ao caso concreto. Subordina-se às disposições da lei uma relação da vida real, pesquisa-se e aponta-se as diretrizes adequadas ao fato concreto. Assim, dito de outro modo, tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.

Tem-se que a atuação do juiz na prática constitui a aplicação do Direito. Portanto, "a adaptação de um preceito ao caso concreto pressupõe: a) a Crítica, a fim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei, regulamento ou ato jurídico; b) a Interpretação, a fim de descobrir o sentido e o alcance do texto; c) o suprimento das lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito; d) o exame das questões possíveis sobre ab-rogação, ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas, relativamente ao espaço e ao tempo"¹⁰⁸.

Pode-se dizer, portanto, que cabe ao intérprete buscar a telos da lei. Desta feita, pela interpretação teleológica, busca-se a vontade da lei (*voluntas legis*) e não a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*).

Busca-se, ainda, a vontade atual da lei, e não necessariamente a vontade do legislador no momento de sua edição. Isso porque, uma vez promulgada, a lei passa a ter "existência própria e consistência autônoma, distinta do órgão que lhe deu origem. Nesse sentido é que se costuma dizer que a lei é mais sábia que o legislador"¹⁰⁹.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 23.

¹⁰⁹ PRADO, *op. cit.*, p. 184.

Para o objetivo do presente estudo, merece especial enfoque a interpretação judicial. Segundo Prado¹¹⁰, “embora os magistrados e tribunais não criem a lei strictu sensu, podem dar lugar a novas possibilidades ao adaptarem o sentido da lei à realidade, exercendo, desse modo, uma função “criadora”, ainda que sempre subordinada ao texto daquela”.

De regra, a interpretação judicial tampouco é de obediência obrigatória, vale dizer, não é dotada de efeito vinculante. Exceção deve ser observada, contudo, quando se cuida das súmulas vinculantes, cuja edição 44 passou a ser prevista no artigo 103-A da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45¹¹¹.

Já na interpretação extensiva, para compreender o exato alcance da lei, o intérprete alarga seu alcance, já que a norma disse menos do que queria. Neste ponto, também Greco¹¹² menciona o exemplo da bigamia, que deve incluir a poligamia. Assim, a interpretação extensiva vocaciona-se a corrigir uma fórmula legal demasiadamente estreita. Nessa linha de pensamento, há de se considerar que a interpretação extensiva aplica-se a todas as espécies de norma, inclusiva às de caráter penal, desde que, nestas últimas, respeite-se o princípio da legalidade, que impõe à atividade de interpretação os limites da lei, empregando-se tal interpretação somente para "incluir no âmbito de um preceito penal comportamentos que o seu teor literal admita" ¹¹³.

Tem-se que a interpretação extensiva diz respeito exatamente a alcançar os limites legais de uma norma. Ressaltando-se, ainda, a importância de tal técnica de interpretação, principalmente para o objetivo do presente estudo, desse modo, Nucci¹¹⁴ aponta que a interpretação extensiva é aquela em que se busca o autêntico significado das normas por meio da ampliação do alcance das palavras de que se valeu o legislador.

Como exemplo de interpretação extensiva, o autor aponta, além da hipótese de bigamia, o crime do artigo 176 do Código Penal, em que se pune a conduta de “tomar refeição em restaurante (...) sem dispor de recursos para outra técnica de interpretação que traz à tona discussões polêmicas relacionadas com a interpretação extensiva é a interpretação analógica. Não se pode confundir uma com a outra.

Quanto à interpretação analógica, há de se mencionar que o Código Penal, por não poder prever todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade, mas que

¹¹⁰ Ibidem, p. 186.

¹¹¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹¹² GRECO, op. cit., p. 65.

¹¹³ PRADO, op. cit., p. 188.

¹¹⁴ NUCCI, op. cit., p. 86.

seriam similares àquelas por ele mesmo elencadas, permitiu o uso da interpretação analógica como recurso para ampliar o alcance da norma penal. Interpretação analógica quer dizer que a uma forma casuística, que servirá de norte ao exegeta, segue-se uma fórmula genérica.

Primeiramente, o Código, atendendo ao princípio da legalidade, detalha todas as situações que quer regular e, posteriormente, permite que tudo aquilo que a elas seja semelhante possa também ser abrangido pelo mesmo artigo.

Tal exemplo é a previsão do artigo 121, §2º, III, do Código Penal, que reputa qualificado o homicídio que é cometido “com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”. Justamente na expressão “ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” é que reside a interpretação analógica que, tal qual a interpretação extensiva, amplia o conteúdo da lei penal, nela abrangendo hipóteses não expressamente previstas pelo legislador, que dá algumas amostras no tipo e permite ao intérprete que vislumbre meios similares aos expressamente apontados, mas igualmente configuradores de insídia, crueldade ou perigo comum¹¹⁵.

Conclui-se, pois, que a interpretação extensiva é gênero de que são espécies a interpretação extensiva em sentido estrito e a interpretação analógica. Nenhuma das duas, contudo, confunde-se com a analogia.

Com efeito, no argumento extensivo, a hipótese não está prevista na literalidade da lei, mas o está em espírito. No argumento analógico, por outro lado, há lacuna, omissão na lei, de modo que determinada hipótese não encontra regramento legal.

É correto dizer, portanto, que a analogia íntegra, enquanto a interpretação extensiva indaga, busca e revela o sentido da norma. Naquela, busca-se uma solução para aquilo em que o legislador não pensou; nesta, procura-se conhecer o que o legislador queria e pensava.

Ainda, o efeito da analogia “radica na criação de uma nova regra jurídica e o efeito da interpretação extensiva vem a ser a extensão de uma norma aos casos não previstos. Desse modo, na interpretação extensiva, em face da insuficiência verbal, amplia-se o significado das palavras para alcançar a mens legis”¹¹⁶.

¹¹⁵ Ibidem, p. 88.

¹¹⁶ PRADO, op. cit., p. 190.

De fato, a analogia é definida como uma forma de auto-integração da norma, e consiste em aplicar a uma hipótese carente de previsão em lei disposição legal relativa a caso semelhante. Decorre, pois, do brocardo *ubi eadem ratio, ubi eadem legis dispositio*¹¹⁷.

Por consubstanciar-se a analogia justamente na transposição de uma solução prevista em lei para um determinado caso para outro que não encontra regramento legal, tem-se que sua aplicação sofre restrições na seara das normas penais incriminadoras e das normas penais não-incriminadoras quando prejudiciais ao réu, por expressa vedação decorrente do princípio da legalidade prestigiado tanto no art. 1º do CP quanto no inciso XXXIX do art. 5º da CRFB/88¹¹⁸.

Assim, a "analogia, por sua vez, é um processo de auto-integração, criando-se uma norma penal onde, originalmente, não existe"¹¹⁹. Aqui, não se admite analogia para prejudicar o réu (*in malam partem*).

Nesse contexto interpretativo, não se pode olvidar o princípio norteador da legalidade na seara criminal.

O princípio da legalidade, próprio do Estado de Direito democrático, é também conhecido por princípio da reserva legal ou da intervenção legalizada, e encontra previsão legal no artigo 1º do Código Penal, além de ter assento constitucional no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal¹²⁰.

Segundo Greco¹²¹, o princípio da legalidade é o mais importante em Direito Penal. Nesta seara, tudo o que não está expressamente proibido está permitido.

À luz do princípio em tela, tem-se que não há crime nem pena (ou medida de segurança) sem que haja lei que os preveja. Equivale a dizer que a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal).

Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa.

Esclarece Greco que quatro são as funções fundamentais do princípio da legalidade: "1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla*

¹¹⁷ Ibidem, p. 192.

¹¹⁸ BRASIL, op. cit. nota 19.

¹¹⁹ NUCCI, op. cit., p. 90.

¹²⁰ BRASIL, op. cit., nota 19.

¹²¹ GRECO, op. cit., p. 69.

poena sine lege scripta); 3^a) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (nullum crimen nulla poena sine lege stricta); 4^a) proibir incriminações vagas e indeterminadas (nullum crimen nulla poena sine lege certa)¹²².

Na mesma toada, Prado¹²³ assevera que uma das garantias e consequências deste princípio é o princípio da taxatividade ou da determinação - nullum crime sine lege scripta et stricta. Embora sejam comumente tratados como sinônimos, Regis Prado aponta uma distinção entre tais princípios a partir dos respectivos destinatários, ora o legislador, ora o juiz.

Pela determinação, exige-se do legislador que, ao prever determinada conduta como criminosa, descreva da forma mais exata possível qual é o fato punível. Deve a lei penal, pois, ser suficientemente clara e precisa quanto à formulação do tipo de injusto e a respectiva sanção para que exista segurança jurídica. Nessa toada, proíbe-se que o legislador utilize, de forma excessiva e incorreta, elementos normativos, casuísmos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados ou vagos na construção dos tipos penais.

Cumpra-se, assim, a exigência de certeza (lex certa), possibilitando ao destinatário distinguir entre o que é penalmente lícito e ilícito. Por outro lado, pela taxatividade, estabelece-se margens penais às quais o julgador está vinculado. Desse modo, deve ele interpretar e aplicar a norma penal incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial.

Representa, pois, uma função garantista (lex stricta), porque a lei suficientemente taxativa a que vinculado o juiz constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e garantia de igualdade. Há, ainda, que se distinguir a legalidade entre os aspectos da mera legalidade, enquanto norma dirigida aos juízes, a quem determina a aplicação das leis tais quais formuladas, e o da estrita legalidade, dirigida ao legislador, de quem se exige a taxatividade e a prescrição empírica das formulações legais¹²⁴.

Exige-se, fundamentalmente, portanto, que a norma obedeça à estrita legalidade, em obediência ao princípio da taxatividade, que impõe ao legislador a descrição bem detalhada do que se reputa crime, a fim de não dar espaço para dúvidas.

¹²² Ibidem, p. 78.

¹²³ PRADO, op. cit., p. 202.

¹²⁴ NUCCI, op. cit., p. 95.

Por fim, lembra-nos Greco¹²⁵ que não se pode perder de vista, também, que um Direito Penal que se pretende garantista deve, obrigatoriamente, discernir os critérios de legalidade formal e material, ambos imprescindíveis na aplicação da lei penal. Por legalidade formal entende-se a observância aos trâmites previstos na Constituição Federal para a produção da norma, vale dizer, o processo legislativo desenhado nas normas constitucionais.

Nessa linha, aduz: “A aceitação em nosso ordenamento jurídico de uma norma que atendesse tão-somente às formas e ao procedimento destinados à sua criação conduziria a adoção do princípio da mera legalidade, segundo a expressão utilizada por Ferrajoli”¹²⁶.

Por esse motivo, prossegue Greco¹²⁷ asseverando que, em um Estado Constitucional de Direito, deve estar presente também a legalidade material, na medida em que, mais do que a observância do procedimento previsto na Constituição para a produção de leis, deve o legislador laborar em respeito ao seu conteúdo, observando as imposições e proibições contidas no texto constitucional. Aqui, também segundo expressão de Ferrajoli, adota-se o princípio da estrita legalidade.

Condensando os princípios das legalidades formal e material, bem assim daqueles atinentes à vigência e à validade da norma penal, chega-se ao brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege valida*, que expressa a já descrita nulidade de crime e de pena se não tiverem sido previstos por lei anterior formal e materialmente válida - necessária dupla legalidade.

Analizados todos os aspectos do princípio da legalidade julgados relevantes, abre-se caminho para a abordagem do princípio da proibição da proteção insuficiente.

Os Princípios da proibição de excesso e da proibição da proteção insuficiente são de extrema importância quando se trata de restrição a direitos fundamentais, bem assim da solução do conflito de direitos de igual envergadura.

Segundo Gilmar Mendes¹²⁸, ao tratar dos elementos do princípio da proporcionalidade, “a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso

¹²⁵ GRECO, op. cit., p. 98.

¹²⁶ Ibidem, p. 99.

¹²⁷ Ibidem, p. 100.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. rev. e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

(Verhältnismässigkeitsprinzip), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”.

A propósito da proibição de excesso, decidiu o Tribunal Constitucional alemão¹²⁹ que o legislador deve se valer dos meios estritamente necessários e adequados ao alcance dos fins visados. Será adequado o meio se, a partir de sua utilização, o efeito pretendido puder ser alcançado.

Por outro lado, será necessário se o legislador não puder lançar mão, para o atingimento daquele mesmo fim, de meio de igual eficácia e menos restritivo aos direitos fundamentais. Em matéria penal, umbilicalmente ligado ao princípio da proibição de excesso, merece elevado prestígio o princípio da intervenção mínima, ou ultima ratio, que orienta e limita o poder punitivo estatal, legitimando-o apenas nas situações em que a criminalização de uma conduta seja o meio necessário para conferir proteção a determinado bem jurídico.

A esse respeito, esclarece Bitencourt¹³⁰: “Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.

Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”. Ao lado da proibição de excesso, a Corte Constitucional alemã alberga também o princípio da proibição da proteção insuficiente (Untermassverbot)¹³¹, e que vem sendo invocado pela doutrina como resposta ao exacerbado prestígio ao garantismo negativo.

Aqui, preocupa-se não com a inconstitucionalidade decorrente do excesso estatal, mas sim de sua atuação deficiente no que toca à proteção dos direitos fundamentais.

¹²⁹ Ibidem, p. 226.

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

¹³¹ MENDES, op. cit., p. 227.

A esse respeito, colhe-se valiosa lição do constitucionalista Gilmar Mendes de voto por ele proferido, no julgamento do Recurso Extraordinário 418.376-5/MS¹³², enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido:

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Nesse sentido, ensina Streck¹³³:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Portanto, visualiza-se o perfeito amparo principiológico que se pode atribuir à extensão do combate à violência de gênero na proteção da mulher trans. Como apresentado em momentos anteriores, a interpretação e aplicação das leis devem acompanhar o desenvolvimento da sociedade e o reconhecimento conferido a novos grupos sociais.

3.1- Efetividade da aplicação do feminicídio às mulheres transgêneros

Ante a visão interpretativa, chega-se à análise da legitimidade da aplicação da Lei do Feminicídio a mulheres transexuais e transgêneras - objetivo central do presente trabalho. Essa análise se dá por meio da reflexão acerca da abordagem conceitual e

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. *RE nº 418.376-5-MS*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

¹³³ STRECK, Lênio. *A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro, RJ : Lumen Juris, 2003, p. 123.

psicossocial da transexualidade e transgeneridade que assegura definitivamente a condição e status de mulher àquela que nasceu com o sexo biológico masculino, mas identifica-se com gênero diverso.

Além dessa variável, baseia-se nas teorias da Hermenêutica, princípios e técnicas de interpretação no Direito Penal. Assim, a necessidade de aplicação da Lei do Feminicídio a mulheres transexuais mostra-se evidente a partir de diversos pontos de vista, sob os quais se pode analisar a questão.

Nessa esteira, há julgado importante acerca da interpretação analógica, o Juiz Alberto Fraga, do 1º Juizado Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da Comarca de Nilópolis-Rio de Janeiro¹³⁴, sobre a possibilidade jurídica de adoção de medidas protetivas para os transexuais, o juiz Alberto Fraga se baseou no princípio de que a identidade de gênero deve ser definida como a experiência pessoal de gênero, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído biologicamente.

No caso concreto, a vítima declarou conviver com o suposto agressor há 11 anos e que já tinha sido agredida diversas vezes pelo companheiro - possuindo, inclusive, cicatrizes pelo corpo, o que, de acordo com a decisão, evidencia o histórico de violência. Segundo os autos processuais, os envolvidos estavam em um bar quando o réu teria cobrado uma dívida financeira. Ao chegar em casa, houve discussão e ameaça feita com uma garrafa quebrada. A situação só foi contornada com a chegada da polícia, acionada pela mãe da vítima.

Para o magistrado, os fatos narrados no registro de ocorrência atestam que a vítima está exposta a uma situação de grave risco para sua integridade física e psicológica e determinou que o companheiro do transexual seja afastado do lar, podendo tirar apenas os bens de uso pessoal no momento do cumprimento do mandado. Além disso, ele não poderá ficar a menos de 100 metros da vítima nem fazer qualquer tipo de contato, inclusive pela internet. A medida vale por 180 dias. Caso a decisão seja descumprida, a prisão preventiva pode ser decretada

Para o juiz, o transexual deve ser visto como pessoa do gênero feminino, sem que procedimentos cirúrgicos ou alterações registrais não devem ser determinantes para que ele seja considerado pertencente ao gênero com o qual ele já se identifica intimamente. Asseverou ainda que:

¹³⁴ BRASIL. Corregedoria do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Juiz aplica Lei Maria da Penha em favor de transexual*. Disponível em: <<https://cgj.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5186137>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

Por isso, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível que a livre escolha do indivíduo, baseada em sua identidade de gênero, seja respeitada e amparada juridicamente a fim de se garantir o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Entendimento diverso a esse configuraria verdadeira discriminação, deixando em desamparo o transexual, o que não pode ser cancelado por esse juízo.

A identidade de gênero é uma construção social, e está intimamente ligado a emoções, pensamentos e auto afirmação para si e para os outros, além de ser uma escolhida não aceita pela sociedade, tal escolha deve ser respeitada e devidamente protegida pelo Estado.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já emitiu sentenças nesse sentido, de que transgêneros, transexuais e travestis, podem sim serem sujeito passivo em violência contra a mulher¹³⁵.

Para a configuração da violência doméstica [...] admite-se que o sujeito ativo 37 seja tanto homem quanto mulher, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade, não importando o gênero do agressor, já que a norma visa tão somente à repressão e prevenção da violência doméstica contra a mulher. Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendida como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o polo passivo da ação delituosa.

A Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei e assim devem ser tratados:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

Desde que o Brasil se tornou uma República Democrática de Direito, a busca pela igualdade se tornou algo imprescindível, conforme leciona Gonçalves¹³⁶:

De acordo com Honneth, na medida em que a hierarquia de status perdeu sua força vinculante e as pessoas passaram a se reconhecer como iguais, ela se atribuíram direitos reciprocamente. Em função dessa mudança, na modernidade, os sujeitos também precisam ser reconhecidos por seus parceiros de interação como livres e iguais, isto é, como sujeitos de direito. Trata-se de

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *HC nº 1.0000.09.513119-9/000*. Relator Desembargador Júlio César Gutierrez Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/940077232/inteiro-teor-940077453>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

¹³⁶ GONÇALVES, Ricardo Juozepavicius. *O direito em axel honneth: a luta por reconhecimento em desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.19_n.02.09.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022.

um tipo mais formal de reconhecimento, garantindo também pelo Estado Democrático de Direito, em que o importante não é ser amado por pessoas próximas, mas ser reconhecido como digno de respeito por todos; e, isso, não em decorrência de características distintivas, mas simplesmente por ser uma pessoa. Para Honneth, a obtenção desse segundo tipo de reconhecimento permite que os indivíduos se vejam como membros plenos da sociedade, capazes de participar dela como livres e iguais, e desenvolvam um sentimento de auto respeito, central para sua realização e para a formação de suas identidades.

Nesse sentido, a sociedade contemporânea, em meio as mudanças sócias no âmbito da igualdade de gênero, enseja uma interpretação por parte dos intérpretes do direito com vista a aceitar as peculiaridades de cada cidadão e proteger as suas vontades de desejos.

3.1 Os casos Jéssica e Michele

O caso aconteceu no Distrito Federal no ano de 2018, e de acordo com a denúncia os denunciados juntamente com um menor de idade, agrediram com chute, paulada, pedrada e cadeirada a vítima Jessica Oliveira.

Os denunciados tinham o claro intuito de assassinar a vítima pelo fato de ser mulher transexual, pois através dos depoimentos da vítima e das testemunhas, eles gritaram o tempo todo que ela deveria morrer ou virar “homem”. Os denunciados só não conseguiram atingir a finalidade dos ataques porque teve a intervenção de terceiros e assim a vítima conseguiu se desvencilhar de seus agressores. Os denunciados tentaram excluir a qualificadora do feminicídio alegando que a vítima é biologicamente um homem, e, portanto, não é possível ser sujeito passivo no crime de feminicídio, porém esse não é o entendimento do e. Tribunal¹³⁷:

Admite-se a como sujeito passivo de feminicídio a mulher transgênero, quando demonstrado que o crime foi motivado pelo menosprezo ou discriminação à condição de gênero da vítima. O réu, pronunciado pela tentativa de feminicídio e corrupção de menor (artigos 121, § 2º, VI, § 2º-A, II, do CP c/c artigo 244-B da Lei 8.069/1990), interpôs recurso em sentido estrito a fim de excluir referida qualificadora, sob a alegação de a vítima ser mulher transgênero e, biologicamente, portanto, não pertencer ao sexo feminino, condição objetiva do tipo penal. Ao analisar o recurso, os Desembargadores esclareceram que, na fase de pronúncia, a circunstância qualificadora somente pode ser afastada se completamente dissociada do conjunto probatório ou comprovada sua inexistência. Na hipótese, os Julgadores entenderam que há indícios suficientes

¹³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso em Sentido Estrito nº 19530-95.2018.8.07.0007*. Relator Desembargador WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/731561466/inteiro-teor-731561507>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

de que o crime foi motivado “por ódio à condição de transexual” da ofendida, o que caracteriza menosprezo e discriminação ao gênero feminino por ela adotado, inclusive com a alteração do registro civil. Ressaltaram que o conceito histórico-social do gênero é mais abrangente que o do sexo biológico, uma vez que aquele abarca as características psicológicas e comportamentais desenvolvidas pela pessoa conforme seu fenótipo – masculino ou feminino. Destacaram a dupla vulnerabilidade dos transgêneros femininos, os quais estão sujeitos tanto à discriminação relativa à condição de mulher quanto ao preconceito enfrentado para se obter o reconhecimento da identidade de gênero assumida. Ressaltaram a complexidade da questão e o ineditismo da matéria. Por fim, concluíram que o sujeito passivo do delito de feminicídio também deve alcançar vítimas transgêneros femininas e julgaram improcedente o recurso.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. FEMINICÍDIO TENTADO. VÍTIMA MULHER TRANSGÊNERO. MENOSPREZO OU DISCRIMINAÇÃO À CONDIÇÃO DE MULHER. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. IMPROCEDENTE. TESES A SEREM APRECIADAS PELOS JURADOS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. IMPROCEDENTE. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. A decisão de pronúncia dispensa a certeza jurídica necessária para uma condenação, bastando o convencimento do Juiz acerca da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, prevalecendo, nessa fase, o in dubio pro societate. 2. No âmbito do Tribunal do Júri, as possibilidades de desclassificação, absolvição sumária e impronúncia são limitadas, sendo admitidas apenas quando a prova for inequívoca e convincente, no sentido de demonstrar que o réu não praticou crime doloso contra a vida, pois mínima que seja a hesitação, impõe-se a pronúncia, para que a questão seja submetida ao júri, ex vi do art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal c/c art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. 3. Somente as qualificadoras manifestamente improcedentes e sem qualquer apoio na prova dos autos podem ser afastadas. 4. Recursos conhecidos e desprovidos.

Os denunciados serão julgados pelo Júri Popular da comarca Taguatinga, porém o julgamento ainda não tem data para acontecer.

No ano de 2016 o Ministério Público de São Paulo denunciou o ex-companheiro de uma transexual morta a facadas por ele pelo crime de feminicídio, este foi o primeiro caso aceito pela justiça após a entrada em vigor da lei do feminicídio, a denúncia foi oferecida em junho de 2016 e posteriormente aceita pelo 3º Tribunal do Júri da Capital de São Paulo¹³⁸.

A vítima se chamava Michele e seu corpo foi encontrado em um terreno abandonado no Jardim Ângela, bairro na zona Sul de São Paulo. Ela era funcionária de uma ONG que trabalhava com a recuperação de dependentes químicos e morava com o companheiro acerca de 10 anos.

¹³⁸ TREVISAM, Elisaide; DIAS, Renato Duro; TAVARES, Silvana Beline. *III Encontro Virtual do CONPEDI: Gênero, sexualidades e Direito II*. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/33ymyk90/2RhN285Yh82f5c8X.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2022.

A perícia revelou que Michele foi morta por estrangulamento e facadas, e sendo assim o MP denunciou o próprio companheiro como autor do crime.

O promotor responsável pelo caso o Dr. Flávio Lorza, afirma que Michele sempre foi tratada como mulher desde a sua adolescência, seu companheiro foi morar com ela e a partir daí começou o histórico de agressividade passou a ser presente na relação do casal, Michele era cozinheira na ONG e a casa onde passou a morar com seu companheiro era de sua propriedade.

Foi aberto um boletim de ocorrência sobre o desaparecimento da Michele há mais de uma semana, posteriormente seu corpo foi encontrado por policiais militares já em estado avançado de decomposição.

O ex-companheiro de Michele além de ter sido denunciado pelo crime de feminicídio também responderá pelo crime de ocultação de cadáver, o que poderá estender a pena por mais três anos, o caso está com a defensoria pública de São Paulo.

Assim, o caso de Michele, apesar de trágico, torna-se um marco na Justiça brasileira, não só por ser a primeira vez que o Ministério Público ofereceu uma denúncia reconhecendo uma mulher transexual como vítima de feminicídio, mas também pelo fato da Justiça ter reconhecido a aplicação da qualificadora ao caso. Merece destaque, ainda, o fato da vítima ser uma mulher transexual não transgenitalizada, o que reforça a necessidade da interpretação do conceito amplo de mulher no ordenamento brasileiro.

Diante da decisão de inexigência de adequação cirúrgica para alteração civil, a condição de sexo feminino fica acessível ao ponto de não obrigar o indivíduo a se submeter a procedimentos médicos drásticos com o fim de atendimento de parâmetro legal vigente há pouco.

O feminicídio trata de um sujeito passivo que é vítima da violência em razão de seu gênero, podendo ser entendido extensivamente que o papel social adotado é uma característica de identificação primária como mulher. Resta provado, que para as evoluções jurídicas recentes mencionadas no decorrer deste capítulo, a transexual é vista como pertencente ao gênero feminino em razão do positivismo que a garante ser civilmente reconhecida como mulher.

A tutela jurídica jamais deve se ater apenas às questões de classe e condutas, mas também deve abranger as circunstâncias sociais nas quais estão inseridas. O puro positivismo engessa a construção do pensamento jurídico e as novas vias dadas através das constantes transformações sociais que não podem ser absorvidas por se ater

estritamente à letra da lei. O bem-estar geral deve ser tutelado da nação conforme o espírito de seu tempo.

A Constituição Federal garante em seu artigo 5º, faz com que a dignidade da pessoa humana seja respeitada ao se ater no princípio da igualdade conferindo respeito à individualidade de cada um. Trata-se a transexualidade de um estado de transição para que a pessoa se sinta confortável com sua identidade de gênero, bem como sentir-se digno.

3.2 Vicky Hernandez vs Honduras (2021)- transfeminicídio

O caso trata da morte de Vicky Hernández, uma mulher trans e defensora de direitos humanos, entre a noite de 28 de junho e a madrugada de 29 de junho de 2009, enquanto estava vigente um toque de recolher. A Comissão estabeleceu que a morte de Vicky Hernández ocorreu em dois contextos relevantes. Por um lado, o contexto de violência e discriminação contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais e trans (LGBT) em Honduras, com alta incidência de atos cometidos pela força pública; e, por outro lado, o contexto do golpe de Estado ocorrido no ano de 2009.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o feminicídio e o transfeminicídio. Chama a atenção o Voto da Juíza Elizabeth Benito, no qual, especifica que mulheres trans não seriam mulheres no conceito da Convenção de Belém do Pará, e isso não significa que estejam fora da proteção estatal.

Na Sentença do Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras, notificada em 28 de junho de 2021, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que o Estado de Honduras era responsável pela morte de Vicky Hernández, mulher trans, trabalhadora sexual e reconhecida ativista dentro do "Colectivo Unidad Color Rosa" ocorrida em San Pedro Sula em 28 de junho de 2009¹³⁹.

Na noite de 28 de junho de 2009, Vicky Hernández estava com duas companheiras na via pública de San Pedro Sula, durante a vigência de um toque de recolher que havia sido decretado no contexto do golpe de Estado nesse dia. Uma viatura policial teria tentado prendê-las, pelo que elas fugiram e sumiram de vista. No dia seguinte, Vicky Hernández foi encontrada sem vida com ferimentos de arma de fogo.

¹³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Honduras é responsável por violar o direito à vida uma mulher trans.* Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_38_2021_port.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

Na sentença proferida pela Corte, constatou-se que existiam vários indícios da participação de agentes estatais que apontam a uma responsabilidade do Estado pela violação ao direito à vida e à integridade de Vicky Hernández, ocorrida em um contexto de violência contra as pessoas LGBTI e, em particular, contra mulheres trans trabalhadoras sexuais.

O Estado reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional, no entendimento que as autoridades não efetuaram com a devida diligência a investigação pelo homicídio de Vicky Hernández. A Corte observou que, durante a investigação, as autoridades não consideraram o contexto de discriminação e violência policial contra as pessoas LGBTI e as mulheres trans trabalhadoras sexuais.

Em outra ordem, o Tribunal determinou que, ao ser assassinada e durante a investigação do homicídio, assim como pelo marco jurídico geral de discriminação; foram vulnerados os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica e à não discriminação e o direito à identidade de gênero de Vicky Hernández.

Nesse contexto, a Corte encontrou que se vulnerou o direito a uma vida livre de violência para a vítima e seus familiares, considerando que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹⁴⁰ refere-se também a situações de violência baseada em seu gênero contra mulheres trans.

O Tribunal também reconheceu que os familiares de Vicky Hernandez foram afetados pelo sofrimento que lhes causou à morte, a situação permanente de discriminação da qual ela era objeto, e a situação de impunidade na qual se encontrava o homicídio.

Em razão dessas violações, a Corte ordenou diversas medidas de reparação ao Estado, entre as quais: 1) promover e continuar as investigações sobre o homicídio de Vicky Hernández; 2) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional; 3) realizar um documentário audiovisual sobre a situação de discriminação e violência vivida por mulheres trans em Honduras; 4) criar uma bolsa educacional “Vicky Hernández” para mulheres trans; 5) elaborar e implementar um plano de capacitação permanente para agentes dos corpos de segurança do Estado; 6) adotar um procedimento para o reconhecimento da identidade de gênero que permita às pessoas adequar seus dados de identidade, nos documentos de identidade e nos registros públicos de conformidade com sua identidade de gênero autopercebida; 7) adotar um protocolo de investigação e administração da justiça durante os processos penais para casos de pessoas

¹⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

LGBTI vítimas de violência; e 8) desenhar e implementar um sistema de recopilação de dados e cifras vinculadas aos casos de violência contra pessoas LGBTI.

O caso *Vicky Hernández y Otras vs. Honduras* dispõe de uma sentença histórica. Todavia, os votos parcialmente dissidentes emitidos pelos juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos chamam a atenção, sobretudo os proferidos pela magistrada Elizabeth Odio Benito e pelo magistrado Eduardo Vio Grossi.

No decorrer do julgamento, a juíza Elizabeth Odio Benito destoou da decisão majoritária de que o Estado de Honduras é responsável pelo descumprimento das obrigações estabelecidas nos artigos 7, alíneas 'a' e 'b' da Convenção de Belém do Pará, ao afirmar que este documento não se aplica ao caso em tela.

Conforme apontou a magistrada, a "identidade de gênero" consiste em uma expressão difusa que tem como finalidade substituir o "sexo" por essa "identidade", apagando o sexo feminino e suas propriedades biológicas, uma vez que "misturam" tudo em uma única categoria subjetiva e autodesignada. Em seu entendimento, sexo e gênero não são sinônimos, visto que o primeiro detém um caráter biológico e o segundo refere-se a uma construção social hierárquica.

Além disso, Elisabeth Odio distinguiu o desenvolvimento histórico da violência contra a mulher por ser mulher e a violência sofrida por outros grupos, como pessoas trans e travestis, na tentativa de reduzir a "confusão" criada pela mescla destes dois grupos vulneráveis. Enquanto a violência doméstica e o estupro, por exemplo, possuem o sexo feminino como origem da violência, a discriminação sofrida por pessoas trans e grupos que desafiam os parâmetros e paradigmas da heterossexualidade possuem como origem uma violência que transcende o sexo com que nasceram.

Sendo assim, ela compreendeu que a violência sofrida pela vítima Vicky Hernández está relacionada à sua identidade de gênero, visto que buscou punir identidades, expressões ou corpos que diferem das normas e papéis patriarcais e, portanto, não possui a mesma origem que as violências previstas na Convenção de Belém do Pará, um marco na luta contra a violência sexista e resultado de lutas do movimento feminista, que possui como sujeito central a mulher biológica, a opressão que ela sofre, sua origem e seu impacto.

Além disso a juíza pautou sua fundamentação na interpretação do artigo 9 do supracitado documento, segundo o qual "Para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados Partes levarão especialmente em conta a situação da mulher vulnerável à violência por sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada

ou de deslocada, entre outros motivos. Também será considerada sujeitada a violência a gestante, deficiente, menor, idosa ou em situação socioeconômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade". Assim, para Odio, cada violência deve ser tratada de acordo com suas causas e consequências específicas e, por essa razão, a vítima Vicky Hernández não estaria contemplada por este dispositivo.

Adicionalmente, Elizabeth Odio divergiu dos demais magistrados no que se refere a determinação de que Honduras deveria promulgar uma lei de "Identidade de gênero", em que a mudança de sexo registrada é permitida sem indicação de que houve uma mudança, bem como que o Estado é obrigado a manter estatísticas sobre a violência contra pessoas trans. Para ela, tais medidas de reparação são impossíveis de serem realizadas simultaneamente.

Da mesma forma, o juiz Eduardo Vio Grossi votou pela não aplicação da Convenção de Belém do Pará no que diz respeito ao assassinato de Vicky Hernández. Ao fundamentar seu voto parcialmente dissidente, buscou indicar um conceito geral de "mulher", como "pessoa do sexo feminino" para esclarecer que a partir da norma convencional interpretada é possível afirmar que o referido dispositivo alude exclusivamente à "mulher" em consideração ao seu sexo e não à "mulher trans".

O magistrado, ao considerar a distinção entre as definições do termo "sexo" e as expressões "gênero", "identidade de gênero" e "transgênero ou trans", sublinhou que caso o referido dispositivo visasse proteger também a "mulher trans" teria feito uso das expressões "identidade de gênero" ou mais especificamente a de "mulher trans", no entanto, isso não ocorreu em nenhum dos artigos do documento e tampouco em seu preâmbulo.

Nesse ínterim, Eduardo Vio Grossi ressaltou que o dever de salvaguardar os direitos das pessoas trans contra o exercício de violência está contemplado nas regras gerais da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴¹, sobretudo em seus artigos 1 e 5.1.

Desse modo, algumas reflexões podem ser feitas a partir da referida sentença.

A Convenção de Belém do Pará, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 9 de junho de 1994, é o primeiro tratado internacional que possui como objeto proteger os direitos das mulheres e eliminar as situações de violência contra elas.

¹⁴¹ BRASIL. *Pacto de São José da Costa Rica*. Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 13 out. 2022.

No presente caso, tal dispositivo foi violado pelo Estado de Honduras, que descumpriu o artigo 7, alíneas ‘a’ e ‘b’, em razão da participação de agentes estatais na morte de Vicky Hernández, mulher trans e defensora de Direitos Humanos. Entretanto, os votos apresentados acima foram dissidentes em relação a esta decisão, sob o fundamento, principalmente, de que "sexo" é um conceito distinto das expressões "gênero" e "identidade de gênero" e que mesclá-los poderia gerar uma confusão.

Todavia, estes votos destoam do entendimento Corte já manifestado em ocasiões anteriores, como na Opinião Consultiva de 24 de novembro de 2017¹⁴², intitulada de "Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo", na qual a Corte IDH entendeu que "o reconhecimento da identidade de gênero é necessariamente ligada à ideia de que sexo e gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que é fruto da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem estar sujeita à sua genitalidade". Além disso, também não estão em consonância com o estabelecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Informe Temático de 14 de novembro de 2019, "Principais normas e recomendações sobre violência e discriminação contra mulheres, meninas e adolescentes: Boas práticas e desafios na América Latina e no Caribe", no qual a CIDH incluiu as mulheres trans dentre o rol de mulheres que estão expostas a um maior risco de violação de seus direitos em decorrência da interseção de diversos fatores além de seu gênero.

Ademais, a Comissão ressaltou no Informe Temático de 12 de novembro de 2015, denominado "Violência contra lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e intersexo na América"¹⁴³, que embora os termos "orientação do sexo" e "identidade de gênero" não estejam expressamente listados no rol de categorias proibidas de discriminação na Convenção de Belém do Pará, este documento trata-se de um "instrumento vivo", que deve ser interpretado de acordo com a atualidade e com base em critérios evolutivos. Logo, quando o artigo 9 da Convenção prevê a obrigação do Estado "de levar em consideração, especialmente, a situação de violência que as mulheres podem sofrer,

¹⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Identidade de gênero, igualdade e não discriminação à casais do mesmo sexo*. Disponível em: <[https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-no-24-identidade-de-genero-igualdade-e-nao-discriminacao-a-casais-do-mesmo-sexo/#:~:text=A%20Opini%C3%A3o%20Consultiva%20\(OC\)%20n%C2%BA,de%20casais%20do%20mesmo%20sexo](https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-no-24-identidade-de-genero-igualdade-e-nao-discriminacao-a-casais-do-mesmo-sexo/#:~:text=A%20Opini%C3%A3o%20Consultiva%20(OC)%20n%C2%BA,de%20casais%20do%20mesmo%20sexo)>. Acesso em: 22 out. 2022.

¹⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2022.

devido a diversos fatores “entre outros”, estes incluem necessariamente a orientação sexual e a identidade de gênero”.

Do mesmo modo, a Comissão enfatizou a necessidade dos Estados cumprirem sua "obrigação específica de modificar progressivamente os padrões sociais e culturais de conduta para combater os preconceitos, costumes e práticas que são prejudiciais às mulheres trans" no Informe sobre "Pessoas Trans e Diversas de Gênero e seus direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais" de 07 de agosto de 2020.

Diante do exposto, agiu bem a Corte IDH ao aplicar a Convenção de Belém do Pará e reconhecer a responsabilidade do Estado na morte de Vicky Hernández, mulher trans, e assim como os Juízes da Corte, defensora dos direitos humanos, de modo que os votos dos Juízes Elizabeth Odio Benito e Eduardo Vio Grossi não acompanham a evolução da interpretação dos direitos individuais que a atual conjuntura demanda.

CONCLUSÃO

A violência de gênero pode ser definida como um instrumento social que impõe à mulher um papel de submissão e obediência, caracterizada por uma sedimentação de relações de poder desigualmente distribuído entre homens e mulheres ao longo da História, efetivando-se como veículo de opressão próprio de uma sociedade patriarcal.

Considerando os altos índices de violência doméstica e familiar contra a mulher, não há dúvidas do marco histórico da tutela respectiva a partir da edição da Lei Maria da Penha, com o enfrentamento do fenômeno da violência doméstica e familiar, pautado na dignidade da pessoa humana e na superação da divisão entre o interesse público e o privado.

O diploma visa resguardar os fins sociais a que se destina e as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, em consonância com às Convenções Internacionais, das quais o Brasil é signatário, bem como efetivar a proteção familiar constitucional de que trata o art. 226, § 8º, da CRFB/88.

Apesar da exigência legal de que o sujeito passivo da violência doméstica seja mulher, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão inédita e por unanimidade, fixou que as normas trazidas pela Lei nº 11.343 de 2006 se aplicam aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais, determinando a aplicação das medidas protetivas em favor de transexual feminina, conforme o artigo 22 da Lei nº 11.340/2006. Afinal, a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata, deve ser preservada pelo ordenamento jurídico.

Por serem complexas as relações humanas, o direito não deve se alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra as minorias, devendo-se coibir toda e qualquer forma de violência, seja física, sexual, patrimonial, psicológica.

Observa-se na decisão do Superior Tribunal de Justiça um olhar avançado e atento das altas Cortes com relação às mudanças da realidade do tecido social em termos de gênero, invisibilizadas nas decisões de primeiro grau e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que negaram as medidas protetivas, fortes no argumento de que a Lei Maria da Penha se destina à proteção daquela que ostenta condição de mulher biológica.

Foi a Lei Maria da Penha sustentáculo para a criminalização do feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e, nesse aspecto, ao utilizar, o

termo “sexo” em vez de “gênero”, o legislador provocou controvérsia acerca de quem poderia ser o sujeito passivo do crime de feminicídio. Afinal, adotando-se uma interpretação literal, abstraindo-se um juízo de valor, restaria excluída a mulher transexual, não nascida o sexo feminino, da figura qualificada do crime.

O termo gênero, cujos estudos datam das décadas de 60 e 70, sendo uma construção social, cultural, não necessariamente coincide com o sexo de índole biológica.

A não correlação entre identidade de gênero e sexo tem sido historicamente tratada na medicina como uma patologia. Recentemente, porém, a transexualidade foi retirada do rol de distúrbios mentais da Classificação Internacional de Doenças (CID), embora ainda constante da CID-11, sendo ressignificada como “condição relativa à saúde sexual”.

A OMS admite que a manutenção da transexualidade na Classificação Internacional de Doenças pode reforçar estigmas, mas afirma a necessidade da medida. De outro giro, sustenta que a despatologização pode acarretar a perda ao direito de tratamento oferecido pelo SUS, eximindo o Estado da obrigação de oferecer amparo médico, hormonal e psicológico. A identidade de gênero é, assim, uma dimensão subjetiva atrelada às relações sociais.

Necessário pontuar que transexualidade corresponde à incompatibilidade de identidade de gênero com o sexo biológico, de forma que não é necessária a cirurgia de readequação sexual para que o indivíduo se identifique e se apresente socialmente como mulher, impondo-se, portanto, a superação da ideia binária ligada à estrutura de cromossomos e anatomia da genitália, reconhecendo-se a pluralidade do conceito de “mulher”.

Ainda que o legislador tenha utilizado o termo “sexo” na redação da Lei nº 13.104/2015, gerando divergência sobre quem poderia figurar como sujeito passivo do crime de feminicídio, não se pode negar sua real intenção: o combate à violência de gênero.

Portanto, a partir de uma interpretação teleológica, histórica, lógico-sistemática e extensiva, se mostra completamente possível que a mulher transexual figure como vítima do crime de feminicídio.

Trata-se de correção interpretativa que confere proteção e garantia às mulheres transexuais, que se encontram em condição de vulnerabilidade, sujeitas a alarmantes índices de violência de gênero, mostrando-se equivocada, portanto, a corrente doutrinária

que adota o critério biológico. Trata-se de interpretação extensiva, não cabendo cogitar de analogia *in malam partem*, vedada pelo Direito Penal.

Também não se mostra acertada a corrente doutrinária que defende adoção do critério jurídico-cível, porque, como demonstrado, sendo o gênero uma construção social, despicienda a retificação do registro civil, condição que dificultaria a garantia e proteção veiculadas na norma penal.

Portanto, acertada, considerada a *ratio legis*, a corrente doutrinária que adota o critério psicológico, que se coaduna com a pluralidade do conceito de “mulher”, abarcando as mulheres transexuais, independentemente de alteração do registro civil ou cirurgia de redesignação sexual.

Os obstáculos jurídicos e biológicos que privavam o reconhecimento da mulher transexual foram, assim, modificados, passando a sociedade a exercer forte influência na mudança das orientações jurisprudenciais acerca do tema, com frescor que lança luzes à questão, corroborando para que o direito não se torne uma ciência engessada e datada.

Diante das estatísticas, percebe-se que os crimes cometidos contra a pessoa transexual são dotados de extrema crueldade na execução, sem nenhuma motivação concreta justificável, e, dotados de uma especificidade quando cometidos por razões da condição de sexo feminino - tanto em circunstância de “violência doméstica e familiar” quanto “pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher” - merecem um olhar especial dos operadores do Direito.

Inegável que a mulher transexual sofra duplamente pelo preconceito em razão de sua condição de não conformidade de gênero, como também pela sua condição de mulher e não se pode retroceder no reconhecimento de direitos à pessoa transexual, negando especial proteção à vida e descaracterizando a hediondez atribuída ao crime de feminicídio à hipótese.

O trabalho, por seus limites de pesquisa e tempo, teve como objeto de estudo, principalmente, o direito à vida conforme as peculiaridades da transexual. Abre-se espaço, porém, para outros estudos que busquem a demonstração da garantia da dignidade de mulheres transgêneros, contribuindo para que o Direito permaneça sempre dinâmico, servindo à sociedade e bens jurídicos que se presta a tutelar.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. *Mulheres transgênero e transexuais poderão ter proteção da Lei Maria da Penha, aprova CCJ*. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/mulheres-transgenero-e-transexuais-poderao-ter-protecao-da-lei-maria-da-penha-aprova-ccj>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

ANTRA. Associação Nacional de Travesti e Transexuais. *Dossiê Antra*. Disponível em: < <https://antrabrasil.org/>>. Acesso em: 28 mai. 2022.

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

BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em: <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

COITINHO, Viviane Dotto; TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. *O estatuto da diversidade sexual como forma de minimizar os efeitos em relação à dignidade do transexual*. Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=226>> Acesso em: 20 mai. 2022.

BENEVIDES, Bruna G. *Dossiê Antra*. Disponível em: < <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

BENTO, Berenice. *Transfeminicídio: Violência de gênero e o gênero da violência*. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30169/1/dissidencias-sexuais-genero-repositorio.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2022.

BERNARDES, Álvaro Rafael Santos. *Feminicídio e a possibilidade da pessoa transexual figurar como vítima*. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/17768>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

BERNARDES, Marcia Nina. *Sobre violência doméstica e familiar contra a mulher e discriminação baseada no gênero: questões de justiça*. Curitiba: Juruá, 2016.

BIANCHINI, Alice. *Coleção Saberes Monográficos - Lei Maria da Penha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *A qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva ou objetiva?* Disponível em: < <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/feminicidio.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cesar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em: 10 mai. 2022.

_____. *Lições de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Lei nº 11.340/2006*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. *Decreto-Lei 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 03 dez. 2021.

_____. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 06 jan. 2022.

_____. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 01 abr. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 8.305/2014*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

_____. *Lei nº 10.886*, de 17 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110886.htm>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. *Pacto de São José da Costa Rica*. Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 13 out. 2022.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2022.

_____. Ministério da Educação e Cultura, *Portaria n° 33*, de 17 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/1932471/do1-2018-01-18-portaria-no-33-de-17-de-janeiro-de-2018-1932467>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Ministério da Saúde, *Portaria n° 1.820*, de 13 de agosto de 2009. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=re%20e%20466343&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 29 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4.277 e ADPF n° 132*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 29 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 106.212*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=106212>>. Acesso em: 03 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 19*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=19>>. Acesso em: 03 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4.424*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=4424>>. Acesso em: 03 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4275-DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 670422-RS*. Relator: Ministro Dias Toffoli.
Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>>.
Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 418.376-5-MS*. Relator: Ministro Marco Aurélio.
Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>.
Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *CC n° 95.057*. Relator: Ministro Jorge Mussi.
Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200800751315>. Acesso em: 29 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *CC n° 103.813*. Relator: Ministro Jorge Mussi.
Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900383108&dt_publicacao=03/08/2009>. Acesso em: 29 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n° 1842913*. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo.
Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002472710&dt_publicacao=12/08/2021>. Acesso em: 30 nov. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 175.816*. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze.
Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001058758&dt_publicacao=28/06/2013>. Acesso em: 30 nov. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 310.154*. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior.
Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403121713&dt_publicacao=13/05/2015>. Acesso em: 30 nov. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1652968*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz.
Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700272529&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 30 nov. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1977124*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz.
Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.977.124&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 13 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n° 1495616-AM*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas.
Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859217727/agravo-regimental-no-agravo>>

em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1495616-am-2019-0129835-9>. Acesso em: 26 nov. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 42.918*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Precedentes Qualificados*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=983&cod_tema_final=983>. Acesso em: 30 nov. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n° 440.945*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=96354253&num_registro=201702388510&data=20190617&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 abr. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.626.739*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9/inteiro-teor-484087902>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.008.398/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702733605&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Seminário “Mais Mulheres na Política”, debate inclusão de candidatas negras trans e com deficiência*. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Outubro/painel-de-encerramento-do-seminario-201cmais-mulheres-na-politica201d-debate-inclusao-de-candidatas-negras-trans-e-com-deficiencia>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *HC n° 1.0000.09.513119-9/000*. Relator: Desembargador Júlio César Gutierrez. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/940077232/inteiro-teor-940077453>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso em Sentido Estrito n° 19530-95.2018.8.07.0007*. Relator: Desembargador WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/731561466/inteiro-teor-731561507>>. Acesso em: 28 ago. 2022

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n° 128 de 15/02/2022*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n° 191, de 2017*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/->

/materia/129598#:~:text=Projeto%20de%20Lei%20do%20Senado%20n%C2%B0%20191%2C%20de%202017&text=Ementa%3A,de%20sua%20identidade%20de%20g%C3%AAnero>. Acesso em: 24 ago. 2022.

_____. Corregedoria do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Juiz aplica Lei Maria da Penha em favor de transexual*. Disponível em: <<https://cgj.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5186137>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Honduras é responsável por violar o direito à vida uma mulher trans*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_38_2021_port.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Identidade de gênero, igualdade e não discriminação à casais do mesmo sexo*. Disponível em: <[https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-no-24-identidade-de-genero-igualdade-e-nao-discriminacao-a-casais-do-mesmo-sexo/#:~:text=A%20Opini%C3%A3o%20Consultiva%20\(OC\)%20n%C2%BA,de%20casais%20do%20mesmo%20sexo](https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-no-24-identidade-de-genero-igualdade-e-nao-discriminacao-a-casais-do-mesmo-sexo/#:~:text=A%20Opini%C3%A3o%20Consultiva%20(OC)%20n%C2%BA,de%20casais%20do%20mesmo%20sexo)>. Acesso em: 22 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

FRASER, Nancy. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão*. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-04032013-105438/pt-br.php>>. Acesso em 24 ago. 2022.

GONÇALVES, Ricardo Juozepavicius. *O direito em axel honneth: a luta por reconhecimento em desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.19_n.02.09.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2014.

LOPES, Lais. *Stalking: o que é e o que fazer contra a perseguição*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/350535/stalking-o-que-e-e-o-que-fazer-contra-perseguiacao>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE PROPAGANDA. *Manual de Comunicação LGBT*. Disponível em: <<https://appbrasil.org.br/lancado-o-manual-de-comunicacao-lgbti/>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

MASSOLA, Luis Felipe Grandi. *Breves considerações sobre o Livro V das Ordenações Filipinas e a Legislação Penal Pátria Contemporânea*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22018/breves-consideracoes-sobre-o-livro-v-das-ordenacoes-filipinas-e-a-legislacao-penal-patria-contemporanea.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. rev. e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Letícia. *Transfeminismo (Feminismos Plurais)*. São Paulo: Jandaíra. 2021, [e-book].

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: -Artigo III: Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. –Artigo V: Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo, desumano ou degradante. Disponível em: <<https://www.unidospelosdireitoshumanos.org.br/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>>. Acesso em: 04 dez. 2021.

PIOVESAN, Flavia; PIMENTEL, Silvia. *A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil*. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_6_responsabilidade-internacional.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2021.

PINTO, Alessandra Caligiuri C. *Direitos das Mulheres*. São Paulo: Grupo Almedina Brasil, 2020.

PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. *Princípios de YOGYAKARTA*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, Patriarcado, Violência*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SANCHES, Rogério. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. 7 ed. Salvador: Juspodium, 2015.

SANDRI, Amábyli, *Brasil continua no topo do ranking de assassinato de trans no mundo*. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-segue-no-topo-de-paises-que-mais-reportam-assassinatos-de-trans-no-mundo/>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

SCHULTZ, Elisa Stroberg; PINHEIRO, Paulo Fernando. *Os 13 anos da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/741273380/os-13-anos-da-lei-maria-da-penha.htm>>. Acesso em: 28 set. 2021.

SUCASAS, Fabíola. *A vida, a saúde e a segurança das mulheres*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

STRECK, Lênio Luiz. *A Lei Maria da Penha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TGEU. Conselho Trans Europeu e da Ásia Central 2022. *Movimentos trans e lésbicos unidos em solidariedade*. Disponível em: < https://tgeu-org.translate.google/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc>. Acesso em: 29 ago. 2022.

TREVISAM, Elisaide; DIAS, Renato Duro; TAVARES, Silvana Beline. *III Encontro Virtual do CONPEDI: Gênero, sexualidades e Direito II*. Disponível em: < <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/33ymyk90/2RhN285Yh82f5c8X.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2022.