



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE MULHER
TRANSEXUAL FIGURAR COMO VÍTIMA DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Alini de Paula Mozella

Rio de Janeiro
2018

ALINI DE PAULA MOZELLA

ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE MULHER
TRANSEXUAL FIGURAR COMO VÍTIMA DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nélson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2018

ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE MULHER TRANSEXUAL FIGURAR COMO VÍTIMA DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Alini de Paula Mozella

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos. Servidora Pública Estadual. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente trabalho busca trazer à reflexão em que hipóteses as mulheres transexuais podem figurar como vítimas do crime de feminicídio ou se elas estariam alheias ao tipo penal por não ostentarem a condição de serem portadoras do sexo feminino. Para atingir esse escopo, aborda-se a sexualidade enquanto aspecto da personalidade. Discorre-se sobre o crime de feminicídio, analisa-se a transexualidade. Pretende-se nesse trabalho aferir o conceito jurídico de mulher para fins de tutela desse tipo penal.

Palavras-chave – Direito penal. Feminicídio. Transgênero. Possibilidade de mulher transexual figurar como vítima do crime de feminicídio.

Sumário – Introdução. 1. A concepção de feminicídio no direito brasileiro. 2. Compreendendo o transexualismo na dinâmica do feminicídio. 3. O que se entende por “mulher” no atual estágio de maturação social e jurídica? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por escopo, como o próprio título já enuncia, analisar os aspectos controvertidos acerca da possibilidade de mulher transexual figurar como vítima do crime de feminicídio.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e pesquisa jurisprudencial a respeito do tema, de modo a perquirir se o princípio da legalidade estrita resultaria vulnerado com uma interpretação favorável nesse sentido, ou seja, admitindo-se que os transexuais femininos integrariam o âmbito de tutela do referido tipo penal incriminador.

A Constituição Federal preconiza como garantia fundamental o princípio da legalidade, ao dispor no artigo 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Esse preceito foi também inserido no artigo 1º do Código Penal,

considerando a magnitude e importância do tema, que deve orientar toda a aplicação da lei penal com especial atenção à taxatividade.

Sabe-se que o Direito tem, por premissa, regular os fatos sociais e que é a mais eficaz técnica para o Estado cumprir a importante missão de organizar e reger a vida em sociedade, promovendo o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outros elementos discriminatórios, assim estipulado como princípio fundamental da Carta Magna no artigo 3, inciso IV.

Ocorre que em que pese a prodigalidade de leis penais, por vezes o magistrado, na sua atividade de concretização do Direito, é instado a se posicionar sobre temas cujos detalhes e minúcias não foram suficientemente contempladas em preceitos incriminadores, estando indeterminada a real dimensão e alcance do tipo penal. O que acaba por gerar intenso debate doutrinário.

Aqui repousa o ponto central do presente trabalho tendo em vista a necessidade de se perquirir qual o alcance da nomenclatura “mulher” para fins de tutela penal, mormente porque o projeto de lei que resultou na edição da lei que criou o crime de feminicídio, durante sua tramitação no Congresso Nacional, teve alterada a expressão “condição de gênero” para “condição de mulher”.

Busca-se, com esse trabalho, aferir se a substituição dos aludidos termos teria a aptidão para rechaçar o reconhecimento de que transexuais femininas seriam potenciais vítimas desse crime hediondo.

A importância desse delineamento repousa no fato de saber se a interpretação favorável a essa indagação configuraria uma analogia in malam partem ou se a hipótese subsume-se na função do magistrado de enunciar o conteúdo da norma, revelando o real sentido que o legislador quis conferir e observando, na aplicação da lei atender aos fins sociais que a norma se dirige, conforme disciplina do artigo 5 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Por isso, o presente artigo objetiva apontar as correntes doutrinárias que abordam o conceito de mulher para fins de tipificação do crime de feminicídio, esclarecendo se o transgênero feminino estaria inserido nessa concepção.

No primeiro capítulo pretende-se formular uma digressão da proteção normativa diferenciada à mulher, discorrendo sobre o artigo 226, §8, da CRFB, tecendo comentários ao Decreto nº 1973/1996 que promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará.

A seguir, discorre-se sobre a Lei nº 11.340/06 e, por fim, comenta-se o PL nº 8.305/2014 que culminou com a edição da Lei nº 13.104/2015 que criou a figura do feminicídio.

Em seguida, aborda-se como a Medicina Legal compreende o transexualismo diferenciando-o do homossexualismo, travestismo, entre outros. Refere-se assuntos afetos ao gênero.

Analisa-se o conceito de mulher para fins de definição de sexo feminino. Tal apreciação se faz imperiosa na medida em que esta concepção, na vida contemporânea, tem se afastado do caráter natural, assumindo uma nova feição, forjada em fenômenos culturais que não podem ser desconsiderados pelo Direito. Adentra-se em questões controvertidas na seara jurídica.

As questões enfrentadas a seguir contribuirão para a construção de um pensamento crítico sobre o tema, além do aprimoramento do conhecimento jurídico acerca dos limites do tipo penal qualificado do feminicídio.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, incluindo autores clássicos, mas primordialmente os contemporâneos, discussões jurisprudenciais acerca de questões que tangenciam o tema e análise de casos concretos no cenário jurídico atual. O método utilizado será basicamente o empírico, com discussão de casos e análise de argumentos favoráveis e contrários à prevalência das posições apontadas.

1. A CONCEPÇÃO DE FEMINICÍDIO NO DIREITO BRASILEIRO

A violência contra as mulheres é um dos assuntos mais debatidos mundialmente. Trata-se de um fenômeno social que galgou grande visibilidade nos últimos anos, especialmente pela constatação de que esse tipo de violência existe em todos os níveis da sociedade, sem distinção de posição social, econômica ou grau de instrução dos agressores ou agressoras e agredidas.

Conforme estatísticas oficiais dos estados¹, uma mulher é assassinada a cada hora, no Brasil. Em 2017, foram 4.473 mortes. Destas, 946 foram resultado de feminicídio, casos de mulheres mortas por crime de ódio pela condição de gênero.

Em razão do efeito devastador dessa espécie de violência sobre a dignidade humana, verifica-se mundialmente a adoção de políticas públicas no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher em suas múltiplas tipologias, quais seja, violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral.

¹ EMERJ. *Emerj promoverá encontro para combater medidas de proteção à mulher*. Disponível em: < [http : //www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/EMERJ-promovera-encontro-para-debater-as-medidas-de-protecao-a-mulher.html](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/EMERJ-promovera-encontro-para-debater-as-medidas-de-protecao-a-mulher.html) >. Acesso em: 13 ago. 2018.

Essa realidade é tão latente que a lei que instituiu o crime de feminicídio buscou recrudescer o tratamento dispensado aos infratores com o escopo de aplacar ou, ao menos, reduzir índices tão alarmantes de assassinatos contra mulheres, legalmente e jurisprudencialmente reconhecida como vulneráveis frente aos agressores. Afirmação que pode ser corroborada por trecho do voto do Relator Marco Aurélio, Ministro do STF, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 19²:

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.

A violência se desenvolve nos mais diversos ambientes: lar, seio familiar, relação íntima de afeto (independente de coabitação). A violência apresenta um padrão cíclico denominado de “ciclo de violência doméstica”, constituído por três fase: fase da tensão, fase de explosão e fase da lua de mel.

A fase da tensão revela-se no semblante do agressor, em seu tom de voz, tratamento ríspido, hostil e na comunicação como ataques e insinuações. Por isso se diz que a tensão é visível e notória.

A fase da explosão contempla a ira, reações desproporcionais sem causas aparentes e agressões físicas. Em seguida, vislumbra-se a fase da lua de mel na qual se verifica uma manipulação afetiva com pedidos de desculpas, promessas, declarações de amor, etc.

Embora denominada de lua de mel esta fase não denota o fim da violência como normalmente supõe ou deseja a vítima, mas intensifica o ciclo que comumente se torna rotineiro com intervalo entre as fases ficando mais curtas e a violência mais intensa. Instala-se, assim o chamado “Ciclo Espiral Ascendente de violência”.

Em que pese a tutela legislativa a este tipo de agressão ser um processo recente, historicamente discriminada, a mulher comumente era submetida a maus tratos, configurando-se o que Lei nº 11.340/06³ denominou de violência de gênero, situação que resulta sempre que

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://re.dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497> >. Acesso em: 13 ago. 2018.

³ Idem. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/_03/_ato/2004-2006/2006/lei/11343.htm >. Acesso em: 20 ago. 2018.

a mulher encontra-se em posição de inferioridade em relação ao agressor (seja homem ou mulher).

Transcorridos quase dez anos após a edição da aludida lei, foi criado em 2015 a figura típica denominada de feminicídio, buscando incrementar a proteção da mulher vítima e encrudescer o tratamento dispensado aos agressores.

O feminicídio pode ser definido como crime de homicídio doloso cometido contra mulher por razões de condição de sexo feminino. Tal nomenclatura foi concebida no Projeto de Lei nº 8.305/2014⁴ que resultou na Lei nº 13.104/15⁵, a qual incluiu este tipo penal qualificado no Código Penal, que o disciplina no artigo 121, §2, inciso VI⁶.

O artigo 121, §2-A do Código Penal⁷ consiste numa norma explicativa e afirma que há razões de sexo feminino quando o delito envolver violência doméstica e familiar ou então se o crime contra a vida for praticado em situação de menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Somente nessas duas hipóteses o homicídio doloso irá se caracterizar como feminicídio.

A doutrina⁸ afirma haver distinção entre as expressões feminicídio e femicídio. Embora as duas palavras sejam designativas de crime contra a mulher, apenas no feminicídio o sujeito ativo se inspiraria em razões da condição do sexo feminino. O feminicídio tem como pressuposto a violência baseada no gênero, assim consideradas as agressões que tenham por escopo a opressão à mulher.

Ao passo que a nomenclatura femicídio consistiria em crime praticado contra a mulher, sem qualquer motivação especial. Em suma, tal expressão será aplicada frente à ausência de menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Conforme diferencia a autora Adriana Ramos de Mello⁹, em obra específica sobre o tema, as expressões femicídio e feminicídio resultam de um tronco comum: a expressão inglesa *femicide*, traduzida para o espanhol. Essa diferenciação tem sido motivo de grande controvérsia doutrinária, não havendo consenso sobre o conteúdo de cada um deles.

Assim retrata em sua obra literária¹⁰:

⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.305/2014*. Disponível em: < www.camara.gov.br/sileg/integras/1297584.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018

⁵ Idem. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018

⁶ Idem. *Código Penal*. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018

⁷ Ibidem.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. 8. ed. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 65.

⁹ MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 22.

¹⁰ Ibidem.

As autoras que utilizam o termo ‘femicídio’ justificam normalmente pela tradução direta do conceito elaborado por Russel. Por outro lado, quem considera que a tradução correta de femicide é ‘feminicídio’ invoca tanto razões formais ou linguísticas como razões de fundo pragmático, político ou social.

Embora a Constituição Federal ¹¹no artigo 5, inciso I confira tratamento equivalente a homens e mulheres, alocando-os em posição simétrica ao dizer expressamente que são” iguais”, essa paridade não se sustenta quando o assunto é violência. Em termos estatísticos é comprovado que muitas mulheres são subjugadas e mortas por agressores homens, demonstrando que a norma encontra-se em descompasso com a realidade fática. Embora juridicamente seja uma norma de eficácia plena, no viés prático ela se apresenta como uma norma de eficácia programática na medida em que essa igualdade é um ideal a ser alcançado.

Por essa razão despertou-se a necessidade de se criar meios que pudessem coibir esse tipo de criminalidade. O legislador seguiu a “tendência mundial e estabeleceu uma ação afirmativa em prol das mulheres, historicamente submetidas ao domínio e imposição dos homens, daí decorrendo abusos, sofrimentos e humilhações das mais variadas espécies”.¹²

De antemão, pode-se afirmar que tal qualificadora, que ostenta a natureza de subjetiva, já que relacionada à motivação do agente, é constitucional. O Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADC 19/DF¹³, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em sessão plenária do dia 09.02.2012, posicionou-se pela compatibilidade da Lei nº 11.340/06¹⁴, cujos fundamentos são idênticos ao da qualificadora do feminicídio.

Assim, a Corte Máxima entendeu que o tratamento legislativo diferenciado entre os gêneros homem e mulher se compatibiliza com a Constituição Federal, já que lastreada na necessidade de proteção contundente à mulher ante suas peculiaridades físicas e morais. Portanto, o critério da discriminação é objetivo na medida que busca uma igualdade no plano material já que a igualdade formal demonstrou ser insuficiente para rechaçar a violência contra as mulheres.

Muitos doutrinadores¹⁵ criticaram a inserção desta qualificadora no Código Penal sob o fundamento de que se trataria de uma manifestação simbólica do Direito Penal uma vez que as condutas disciplinadas no delito de feminicídio já estariam abarcadas em alguma outra

¹¹ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹² MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 10. ed.V.2. São Paulo: Método, 2017, p. 47.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 15 ago. 2018.

¹⁴ Idem. op. cit., nota 3.

¹⁵ MASSON, op. cit., p. 46.

qualificadora do crime de homicídio, notadamente porque matar mulher por razões de gênero seria homicídio qualificado por motivação torpe.

A par dessa crítica, que, aliás, deve ser rechaçada uma vez que o Poder Legislativo não pode ficar de olhos vendados diante de assombrosa realidade, a violência contra a mulher é indiscutivelmente uma forma de violação aos direitos humanos e isso justifica a evolução legislativa no intuito de coibir essa forma de violência.

No plano internacional foi promulgada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecido como “Convenção de Belém do Pará”, concluída em 09 de junho de 1994. Esse importante diploma legislativo foi ratificado pelo Brasil em 27.11.1995 e internalizado ao direito pátrio por intermédio Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.¹⁶

No que diz respeito ao âmbito de incidência merece destaque as seguintes normas da aludida Convenção¹⁷:

Artigo 1

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.

Artigo 2

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a) ocorrido no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
- b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agente, onde quer que ocorra.

Nota-se que o artigo primeiro da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher refere-se à violência como qualquer ato ou conduta baseada no “gênero”. O Projeto de Lei 8.305/14¹⁸ adotava a terminologia “razões de gênero”, mas durante a tramitação legislativa que resultou na Lei nº 13.104/2015¹⁹ essa expressão foi substituída por “razões de condição de sexo feminino”.

¹⁶ BRASIL. *Decreto nº 1973*, de 01 de agosto de 1966. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislação/ListaTextoIntegral.Action?Id=12200>>. Acesso em: 28 mai.2017.

¹⁷ Idem. op. cit., nota 16.

¹⁸ Idem. op. cit., nota 4.

¹⁹ Idem. op. cit., nota 5.

Para alguns doutrinadores²⁰ essa substituição teria sido fruto de uma manobra política com a finalidade de excluir os transexuais da tutela do feminicídio, o que será melhor abordado no decorrer nos capítulos seguintes.

Posteriormente adveio a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006²¹, conhecida como Lei Maria da Penha cuja proposta foi criar mecanismos de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, como a criação dos juizados de Violência Doméstica e Familiar e o recrudescimento de normas processuais.

Importa destacar que essa lei não criou novos crimes. Na esfera penal ela limitou-se a definir um tratamento mais rigoroso à lesão corporal leve (artigo 129, §§ 9 e 11)²², ao estabelecer que ação penal seria de iniciativa pública incondicionada. Ao passo que se vítima não for mulher inserida nas condições do artigo 5º da Lei 11.340/06²³, a ação penal dependerá de representação da vítima (artigo 88 da Lei 9099/90)²⁴.

A grande contribuição dessa lei foram as medidas protetivas em prol da mulher vítima de violência doméstica ou familiar. Essa inovação legislativa à época foi importante e resultou num melhor aparelhamento estatal como a criação de Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAM) e Núcleo Especial de Direito da Mulher (NUDEM), no âmbito da Defensoria Pública, ambas no estado do Rio de Janeiro.

A Lei Maria da Penha foi um importante marco no combate à violência de gênero. Todavia, o tempo demonstrou ser insuficiente na tutela desse direito, considerando que milhares de mulheres continuaram sendo agredidas e, por vezes, assassinadas. Atento a isso, o legislador editou a Lei nº 13.104/15²⁵ criando a figura típica do feminicídio que sendo uma figura do crime de homicídio implica em tratamento de crime hediondo com todos os seus consectários legais (crime insuscetível de anistia, graça, indulto, fiança, prisão temporária com prazo mais elastecido, além de critérios mais rígidos para progressão de regime e livramento condicional).

²⁰ MASSON, op. cit., p. 41.

²¹ BRASIL. op. cit., nota 3.

²² Idem. op. cit., nota 6.

²³ Idem. op. cit., nota 3.

²⁴ Idem. Lei 9099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁵ Idem. op. cit., nota 5.

2. COMPREENDENDO O TRANSEXUALISMO NA DINÂMICA DO FEMINICÍDIO

Sabe-se que no mundo contemporâneo (pós-moderno) não só o conceito de família, mas o próprio conceito de mulher está assumindo novos contornos. Percebe-se a evidente necessidade de se olhar para o conceito de mulher não apenas sob a ótica natural.

A evolução cultural, os avanços tecnológicos e valorização do aspecto psíquico dos indivíduos, bem como o reconhecimento de seu direito à busca da felicidade são assuntos a serem refletidos, porque o Direito não pode ficar alheio à esta realidade.

O que se defende aqui pode ser corroborado pelos dizeres do Ministro Celso de Mello em seu voto no recente julgamento da ADI 4275²⁶ na qual se pleiteava interpretação conforme à Constituição do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973²⁷ no sentido de se viabilizar a alteração do prenome social dos transexuais no registro civil²⁸:

O direito à autodeterminação do próprio gênero, enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, qualifica-se como poder fundamental da pessoa transgênero, impregnado de natureza constitucional, e traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. [...]

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

É necessário, portanto, transcender a uma análise meramente natural tendo em vista o avanço do processo civilizatório. Emerge de toda essa evolução a consagração de uma nova concepção de mulher, que não deve ser restrita ao sexo feminino, mas ao gênero feminino.

O gênero se traduz numa expressão da personalidade, sendo, portanto um direito fundamental que deve ser norteado pelo vetor axiológico da dignidade da pessoa humana. Tanto a orientação sexual quanto a identidade de gênero constituem parte essencial da personalidade de qualquer pessoa. Dessa forma, qualificam-se em uma tríplice dimensão: direito da personalidade, direito fundamental e direito humano.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

²⁷ Idem. *Lei 6015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

²⁸ Idem. op. cit., nota 26.

O objeto da nossa análise repousa não na orientação sexual (heterossexual ou homossexual), mas na apreciação do gênero, em especial, o que se compreende por gênero feminino.

Mas para a adequada abordagem do tema que aqui se propõe é necessário fixarmos as balizas corretas no tocante à terminologia própria, para não sermos induzidos ao equívoco de confundir expressões distintas ontologicamente.

A transexualidade diverge tanto da homossexualidade (delimitação de orientação sexual), quanto o conceito de travesti (que tem aceitação pela genitália do sexo biológico do qual é portador). Estabelecidas essas premissas iniciais, vejamos à primorosa explicação de Maria Berenice Dias²⁹:

A transexualidade é uma divergência entre o estado psicológico de gênero e as características físicas e morfológicas perfeitas que associam o indivíduo ao gênero oposto. Caracteriza-se por um forte conflito entre o corpo e a identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar – hormonal e cirurgicamente – o corpo ao gênero almejado. Existe uma ruptura entre o corpo e a mente, o transexual sente-se como se tivesse nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita. O transexual se considera pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar. Enquanto o homossexual aceita seu sexo biológico, o transexual rejeita seu próprio sexo anatômico. O transexual masculino tem ego corporal e psíquico femininos. Com o transexual feminino, ocorre o contrário. [...] Já travestis são pessoas que, independente da orientação sexual, aceitam o seu sexo biológico, mas se vestem, assumem e se identificam como do gênero oposto. Não sentem repulsa por sua genitália, como ocorre com os transexuais. Por isso não perseguem a redesignação cirúrgica dos órgãos sexuais, até porque encontram gratificação sexual com o seu sexo.

Estabelecidas essas distinções vamos nos concentrar na transexualidade, que possui duas acepções: a biomédica e a social. Do ponto de vista social a transexualidade consiste no direito inato e fundamental de qualquer indivíduo se autodeterminar, mormente após o reconhecimento do direito à busca da felicidade como direito constitucional implícito. Mas sob o ângulo biomédico ela é definida como um distúrbio de identidade de gênero.

O autor Delton Croce e Delton Croce Júnior³⁰, em seu Manual de Medicina Legal, ao tratar de psicopatológica forense, aduz que a expressão transexualismo foi cunhada pelo médico psiquiatra Harry Benjamim. Segundo ele, “o transexual é alguém que se identifica com o sexo oposto, negando a assumir a identidade de seu verdadeiro sexo anatômico. Busca cirurgia de reajustamento sexual a fim de poder assumir o seu verdadeiro gênero”³¹.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.269.

³⁰ CROCCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 718.

³¹ BENJAMIM apud ibidem. p. 719.

O autor³² reforça seu argumento aduzindo que a cirurgia não depende de autorização judicial, sendo a análise estritamente médica de sua necessidade e conveniência para o paciente. O cirurgião age pautado pelo escopo de proporcionar ao transexual uma vida num estágio superior de felicidade.

Tudo aqui explanado é consentâneo com o conceito de saúde para a OMS³³. Somente se concebe um ser como saudável quando há interação entre o biológico, psicológico e o social. Saúde configura o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Há que existir essa confluência. Assim, completamente ultrapassado a acepção de saúde adstrito somente ao bem estar-físico.

3. O QUE SE ENTENDE POR MULHER NO ATUAL ESTÁGIO DE MATURAÇÃO SOCIAL E JURÍDICA?

Sabe-se que o crime de feminicídio contempla como vítima potencial a mulher. Mas não basta isso. A lei penal incriminadora³⁴ especifica que a morte dessa mulher se deu em virtude dela ostentar a condição de pertencer ao sexo feminino.

O parágrafo segundo especifica que entende-se que há razões de condições de sexo feminino quando o crime envolver violência doméstica ou familiar (situações regidas pela Lei nº 11.340/06³⁵) ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Ontologicamente, o sexo de um indivíduo sempre foi compreendido como um conjunto de características estruturais e funcionais segundo os quais um ser vivo é classificado como macho ou fêmea.

A dicotomia designativa do sexo masculino e feminino entre os mamíferos decorre, em princípio, pela diferenciação sexual de gametas respectivamente masculino (cromossomos XY) e feminino (cromossomos XX).

A Organização Mundial da Saúde (OMS)³⁶ afirma igualmente que "sexo refere-se à características biológicas e fisiológicas que definem homens e mulheres "e que "homem e mulher são categorias sexuais".

³² CROCCE, op. cit., p. 719.

³³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Saúde*. Disponível em: <<http://www.portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁴ BRASIL. op. cit., nota 6.

³⁵ Idem. op. cit., nota 3.

³⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. op. cit., nota 33.

É ultrapassado a consideração de que o sexo seria apenas uma questão de biologia e algo alheio à construção social ou cultural. O que se indaga é: será que atualmente o sexo é uma construção puramente biológica?

Já há algum tempo se critica³⁷ a dicotomia macho versus fêmea. Argumenta-se que há uma miríade de sexos entre os dois extremos do sexo masculino e feminino. Defende-se que o sexo é construído socialmente, porque a natureza não tem o condão de decidir sobre quem é visto como um macho ou fêmea fisicamente.

Pode-se dizer, então, que as características do sexo (feminino ou masculino) extrapolam o sexo natural. É um conceito muito mais abrangente porque abarca não apenas os aspectos biológicos, mas também comportamentais, ações e aparência estética de homem ou mulher.

Nessa perspectiva pode-se afirmar que o sexo é um aspecto socialmente construído, porque os códigos ou signos de feminilidade e masculinidade são escolhidos e considerados aptos pela sociedade para o uso social. Ou seja, apresentam uma nuance socialmente projetada, que não se restringe ao conjunto de qualidades essencializadas com base no sexo biológico de alguém.

Nesse sentido o questionamento que se faz é se uma transgênero que se apresenta como mulher, é visto socialmente como tal, caso eventualmente venha a figurar como vítima num crime contra a vida e que satisfaça todas as condicionantes do artigo 121, §1, VI, do CP³⁸, o autor desse delito poderia ser responsabilizado criminalmente pelo crime de feminicídio?

Em outras palavras, o que deve preponderar: o aspecto biológico e cromossomial ou o “sexo social”³⁹? Isso feriria o princípio da taxatividade, qualificando-se como uma interpretação analógica em desfavor do réu?

Há basicamente três posições doutrinárias que se destinam a identificar o que se compreende por mulher com vistas à aplicação da qualificadora do feminicídio: critério biológico, critério jurídico-cível e critério psicológico.

O critério biológico, adotado por Francisco Dirceu Barros⁴⁰, restringe-se à concepção genética ou cromossômica da mulher. Assim, ainda que um transgênero tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual, alterando sua estética, conservaria sua concepção genética,

³⁷ PASSOS, Lucas. *Dicotomia sexo/gênero*. Disponível em: < <https://ensaiosdegenero.wordpress.com/tag/dicotomia-sexo-genero/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁸ BRASIL. op. cit., nota 6.

³⁹ Aqui compreendido como a pessoa se apresenta e busca ser reconhecida socialmente.

⁴⁰ BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em: <<http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

sendo inaplicável a qualificadora do feminicídio. Essa corrente restringe-se ao conceito natural de mulher.

Uma segunda orientação doutrinária, defendida por Rogério Greco⁴¹, sustenta que deve ser considerado o sexo que consta no registro civil (critério jurídico cível). Nesse compasso, havendo alteração para o designativo de sexo feminino no registro de nascimento, tem-se um novo conceito de mulher. Assim sendo, apresentando a pessoa um conceito jurídico de mulher, o agressor do transgênero poderá ser responsabilizado pelo crime de feminicídio, desde que satisfaça as demais elementares do tipo.

Por fim, a terceira posição é defendida pela autora Adriana Ramos de Mello⁴² e aborda o critério psicológico de mulher. Para a autora, deve-se considerar o critério biológico, mas sem se afastar dos aspectos psíquicos ou comportamentais. Nessa linha de intelecção, independente se a pessoa se submeteu ou não à cirurgia de redesignação de gênero, caso venha a se apresentar como mulher, poderá ser aplicada ao seu agressor a qualificadora do feminicídio, ainda que a vítima não tenha nascido com o sexo biológico feminino.

CONCLUSÃO

A violência contra as mulheres é um fenômeno social que se irradia no mundo todo. Atentos a esse fato, no plano internacional foi promulgada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecido como “Convenção de Belém do Pará”.

A taxa de feminicídio no Brasil é a quinta maior do mundo. Trata-se de um dado alarmante, mas que reflete a realidade brasileira. Com a Lei nº13.104, aprovada em 2015, o crime de feminicídio passou a constar no Código Penal como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher refere-se à violência como qualquer ato ou conduta baseada no “gênero”. O Projeto de Lei 8.305/14 que culminou com a edição da Lei nº 13.104/15 (que criou a figura típica do feminicídio) adotava a terminologia “razões de gênero”. Porém, durante a tramitação legislativa essa expressão foi substituída por razões de condição de “sexo feminino”.

⁴¹ GRECO apud op. cit., nota 40.

⁴² MELLO, op. cit., p. 141.

Essa modificação ensejou diversas controvérsias na comunidade jurídica. Discute-se, portanto, se a referida alteração teria o condão de excluir os transgêneros femininos do núcleo de tutela do feminicídio.

A mulher transexual é aquela que se identifica como sendo do sexo e gênero femininos, embora exista contradição com os aspectos genéticos. Em virtude dessa incongruência, ela reivindica o reconhecimento social e legal como pertencente ao sexo feminino uma vez que possui aparência, nome e comportamentos femininos.

Embora existam entendimentos no sentido de que as mulheres transexuais não poderiam ser vítima do crime de feminicídio por não ostentarem o sexo genético de mulher, a posição que se defende é no sentido de mulheres transexuais podem ser vítimas do crime desse crime sem que isso implique violação ao princípio da legalidade.

Na atual conjuntura social, o conceito que os operadores do Direito tem sobre sexo feminino não pode se restringir aos aspectos genéticos na medida em que há uma série de fatores que transcendem a ele.

Deve-se dar primazia à interpretação mais consentânea com a realidade em que vivemos. A concepção de mulher, na vida contemporânea, tem se afastado do caráter natural, assumindo uma nova feição, forjada em fenômenos culturais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que se um transexual feminino pode ser vítima do crime de feminicídio porque o conceito de mulher suplantou uma análise meramente restritiva da dimensão biológica do ser. Há outros fatores a serem sopesados para se afirmar o sexo do indivíduo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio e neocolpovulvoplastia*: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em: <<http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. *Código penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 mar.2018.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Decreto nº 1973*, de 01 de agosto de 1966. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislação/Lista Texto Integral. Action? Id = 12200](http://legis.senado.gov.br/legislação/Lista%20Texto%20Integral.Action?Id=12200)>. Acesso em: 28 mai.2017.

_____. *Lei 6015*, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. *Lei 9099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 8.305/2014*. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/1297584.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CROCCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, ano 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal -Parte Especial*. 8. ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EMERJ. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/EMERJ-promovera-encontro-para-debater-as-medidas-de-protecao-a-mulher.html>. Acesso em: 13 ago. 2018.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 10. ed. v.2. São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Saúde*. Disponível em: <<http://www.portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

PASSOS, Lucas. *Dicotomia sexo/gênero*. Disponível em: <<https://ensaiosdegenero.wordpress.com/tag/dicotomia-sexogenero/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.