



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Guilherme Fraga de Paiva Moreira

Rio de Janeiro
2019

GUILHERME FRAGA DE PAIVA MOREIRA

O SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do 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

Nelson C. Tavares Júnior

O SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Guilherme Fraga de Paiva Moreira

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC-RJ). Advogado.

Resumo – Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, o gênero se transforma para se adaptar às novas condições e valores morais. Cada vez mais se percebe que o gênero de uma pessoa se distancia da concepção tradicional, de forma que hoje o gênero pode ser definida por três vínculos que se interligam: o jurídico ou normativo, o biológico e o psicológico. A essência do trabalho é abordar essas classificações, verificar qual a relevância de cada uma e apontar qual a que melhor orienta a determinação do gênero feminino para aplicação da qualificadora do feminicídio.

Palavras-chave – Direito Penal. Crimes Contra a Pessoa. Homicídio. Feminicídio.

Sumário – Introdução. 1. A constitucionalidade das distinções entre homens e mulheres. 2. A estrutura do tipo penal. 3. O sujeito passivo do feminicídio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado tem o intuito de expor a controvérsia existente acerca da incidência da qualificadora do feminicídio, modalidade de homicídio qualificado por razões de condição do sexo feminino, a pessoas que a sociedade considera mulher, a despeito de não serem, biologicamente, mulheres.

O objetivo do presente estudo é fornecer soluções à controvérsia referente ao sujeito passivo deste crime, compatibilizando as questões de gênero na sociedade contemporânea com a dogmática penal.

O objetivo específico do primeiro capítulo é discursar sobre a constitucionalidade da existência de distinções entre as pessoas em razão do gênero, apresentando casos em que a jurisprudência pátria reconheceu a existência dessas distinções, ressaltando a importância de tal discussão diante da importância da igualdade entre as pessoas.

O objetivo específico do segundo capítulo é narrar de forma sucinta sobre os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, a fim de se obter a correta interpretação de quem poderá ser o sujeito passivo do feminicídio.

O objetivo específico do terceiro capítulo é apresentar as correntes existentes acerca do conceito de mulher para aplicação da qualificadora do feminicídio, modalidade de homicídio qualificado por razões de condição do sexo feminino, demonstrando seus âmbitos de aplicação de cada uma das correntes existentes e as vantagens e desvantagens de cada uma delas.

O artigo científico será realizado por meio de pesquisa bibliográfica e documental, constituída principalmente de livros e artigos científicos, o que permite uma gama de fenômenos muito mais ampla, visto tratar-se de um tema atual e polemico.

1. A CONSTITUCIONALIDADE DAS DISTINÇÕES ENTRE HOMENS E MULHERES

A Constituição Federal de 1988 representou um importante marco na afirmação dos direitos e das garantias fundamentais, uma vez que ampliou o rol desses direitos, bem como alterou sua posição topográfica em relação às Constituições anteriores, dando ideia de sua primazia em relação a outras normas constitucionais.

Nesse sentido, apresentando redação próxima às das Constituições anteriores, o inciso I do art. 5º da Carta de Outubro definiu que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”¹. Essa equiparação encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como um fundamento da República Federativa do Brasil, conforme previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1998.

Ademais, pela primeira vez constou expressamente em uma Constituição brasileira a necessidade de proteção das crianças e adolescentes, dos idosos e dos portadores de deficiência física, sensorial e mental. Decerto que todas essas previsões constitucionais culminaram na elaboração de leis visando proteger esses grupos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente², o Estatuto do Idoso³ e a Lei nº 10.098/2000⁴.

Previu a Carta Maior, ainda, a necessidade do Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, como se observa do art. 226, §8º, que dispõe que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”⁵

Observa-se que o também Brasil havia assumido o compromisso de condenar e eliminar a violência contra a mulher no âmbito internacional, uma vez que celebrou no ano de 1993 a Declaração sobre Eliminação da Violência contra a Mulher. Essa Declaração prevê que os Estados signatários

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

² BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 03 de abr. 2019.

³ BRASIL. *Lei nº 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁴ BRASIL. *Lei nº 10.098*, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 01.

devem condenar e eliminar a violência contra a mulher, sendo defeso invocar costumes, tradições ou questões de natureza religiosa para se eximir das obrigações relativas à eliminação da violência⁶.

Essa Declaração sobre Eliminação da Violência contra a Mulher de 1993 define “violência contra as mulheres” como sendo “qualquer acto de violência baseado no género do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais actos, a coacção ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada”, como se observa da redação do seu artigo 1º.

Dessa forma, apesar da previsão da igualdade entre homens e mulheres, cada vez mais era necessária a edição de um diploma normativo visando a proteção da mulher em situação de violência doméstica, algo que apenas foi feito com a edição da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, bem como Lei Maria da Penha⁷.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 13.104/2015⁸, que alterou o art. 121 do Código Penal⁹, inserindo a qualificadora do feminicídio, que consiste no homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, visando aumentar a proteção da mulher.

Ocorre que, diante da previsão contida no art. 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988¹⁰, bem como pelo entendimento de que a lei estaria tratando a mulher como “eterno” sexo frágil, questionou-se a constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006. No entanto, o Supremo Tribunal Federal considerou que diversos dispositivos contidos na Lei nº 11.340/2006 são constitucionais, retirando da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar, representando um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, proteção e justiça¹¹.

A tese que prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era aquela que predominava em sede doutrinária¹², uma vez que se sustentava que, até a edição da Lei nº 11.340/2006, vivia-se em situação de calamidade pública no que se referia à violência doméstica.

Ressalta-se que o próprio texto constitucional faz, ao menos quatro vezes, distinções das

⁶ GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 255.

⁷ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁸ BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03.abr. 2019.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 01.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 34-35.

pessoas em razão de gênero, uma vez que no o art. 5º, inciso L, assegura às presidiárias para que permaneçam com seus filhos durante o período de amamentação, já no art. 7º, inciso XX, assegura a proteção do mercado de trabalho da mulher e, por fim, no art. 40, §1º, inciso III, “a” e “b” e art. 201, §7º, incisos I e II, prevêm regras distintas em relação à previdência das mulheres¹³.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 658.312/SC, que seriam constitucionais as distinções entre homens e mulheres, uma vez que “o princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual”¹⁴.

No julgamento mencionado no parágrafo acima, o Supremo Tribunal Federal buscou estabelecer alguns critérios para que se admitisse um tratamento diferenciado entre homens e mulheres, como a consideração do histórico de exclusão da mulher, considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher, bem como observou um componente social, o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma.

Ora, é possível que, com base nos parâmetros constitucionais definidos no julgamento do Recurso Extraordinário nº 658.312/SC¹⁵, possamos concluir que é admissível um tratamento diferenciado entre homens e mulheres, desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças.

Dessa forma, visando proteger a dignidade da mulher, a liberdade, a proibição ao tratamento degradante e outros direitos fundamentais, permite-se concluir pela constitucionalidade das normas de caráter penal, como a Lei nº 10.886/2004¹⁶ que alterou o art. 129 do Código Penal, criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica”, e a Lei nº 13.104/2015 que alterou o art. 121 do Código Penal, inserindo a qualificadora do feminicídio¹⁷, bem como das de cunho processual, como a Lei nº 11.340/2006 que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher¹⁸, e a Lei nº 13.363/2016 que estipulou direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz, que visam proteger a mulher¹⁹, considerando os parâmetros indicados pelo Supremo

¹³ BRASIL, op. cit., nota 01.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 658.312/SC*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708619>>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 10.886*, de 17 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 07.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 06.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 13.363*, de 25 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13363.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

Tribunal Federal.

Aliás, sustentar entendimento diverso daquele consignado pelo Supremo Tribunal Federal poderia se considerado como uma afronta à direitos fundamentais, bem como uma forma de conivência com o contexto de violência contra a mulher que existe no Brasil até os dias de hoje, uma vez que “a violência de gênero é uma das mais preocupantes de violência, já que, na maioria das vezes, ocorre no seio familiar, local onde deveriam imperar o respeito e o afeto mútuos”²⁰.

2. A ESTRUTURA DO TIPO PENAL

Antes de nos debruçarmos no tema central deste artigo, importante tecer alguns comentários sobre a estrutura do tipo penal, decerto que não se pretende exaurir o tema, uma vez que trata-se de matéria desenvolvida ao longo de séculos de estudo do Direito Penal. Desse modo, o tipo penal, compreendido como o comportamento humano que se pretende evitar, é composto por elementos objetivos e subjetivos.

Neste sentido, o tipo objetivo consiste no “conjunto das características objetivas do comportamento proibido, que correspondem ao aspecto exterior da conduta”²¹. Assim, os elementos objetivos são os dados que não dependem, para sua existência, da vontade do agente.

Dentre os elementos objetivos da descrição legal, devem ser mencionados o núcleo do tipo, os sujeitos do crime e os objetos do crime.

O núcleo do tipo consiste no verbo que descreve o comportamento proibido. Esse núcleo do tipo será uninuclear quando apresentar apenas um único núcleo, materializado em um verbo, como ocorre no crime do art. 121 do Código Penal, cujo núcleo do tipo é “matar”, ou, ainda, plurinuclear, quando forem apresentados diversos núcleos, cada qual representado pelo respectivo verbo, como se verifica no crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que menciona dezoito núcleos alternativos.

Os sujeitos do crime, por sua vez, devem ser divididos em sujeito ativo e sujeito passivo.

Assim, o sujeito ativo é o autor da conduta típica, ou seja, é aquele que realiza a ação ou a omissão típica, ou, no caso de concurso de pessoas, é aquele que, de qualquer forma, concorre de qualquer modo, para que outra pessoa a pratique.

Ademais, os crimes podem ser classificados quanto ao sujeito ativo em crimes comuns e crimes próprios, decerto que no primeiro caso o delito poderá ser realizado por qualquer pessoa, considerando que o delito não exige qualquer condição especial do sujeito ativo, ao passo que no

²⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 661.

²¹ MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 220.

último caso apenas poderá ser praticado por determinada pessoa, cabendo à lei definir, expressa ou implicitamente, alguma condição especial do sujeito ativo.

Por sua vez, o sujeito passivo é o titular do bem jurídico protegido pela lei penal.

Costuma-se dividir o sujeito passivo em sujeito passivo formal ou constante, que será a sociedade, representada pelo Estado, uma vez que toda ação ilícita viola a ordem jurídica, em decorrência da violação da norma de conduta, e em sujeito passivo ocasional ou específico, que é o titular imediato do bem jurídico tutelado.

A título ilustrativo, tem-se que no crime de furto o possuidor ou o detentor da coisa subtraída é o sujeito passivo específico da conduta, ao passo que o Estado é o sujeito passivo formal. Contudo, em certos casos o sujeito passivo ocasional e específico podem se confundir na pessoa do Estado, como ocorre nos crimes contra a Administração Pública, por exemplo.

É possível identificar na estrutura do crime um objeto material e um objeto jurídico.

O objeto material deve ser compreendido como a pessoa física ou a coisa sobre a qual recai a conduta criminosa, de forma que também recebe a denominação de objeto da ação. Assim, temos que nos crimes contra a pessoa, o objeto material coincide com o sujeito passivo, ao passo que nos crimes contra o patrimônio essa coincidência não ocorre, uma vez que, por exemplo, no furto, a coisa subtraída é o objeto material, ao passo que a pessoa titular do patrimônio é o sujeito passivo. Já o objeto jurídico do crime é o bem jurídico que a norma visa proteger, de forma que no crime de homicídio, busca-se proteger a vida humana extrauterina, e no crime de aborto, a proteção da vida humana intrauterina.

Esses elementos objetivos são divididos em elementos descritivos ou normativos, decerto que os primeiros são aqueles que podem ser observados sem qualquer outro esforço, senão pelo seu significado usual, corriqueiro. Por sua vez, os elementos normativos exigem, para a sua compreensão, um juízo de valor, que pode ser social, cultural ou jurídico²².

Nesse sentido, há em doutrina quem classifique os elementos normativos do tipo penal em elementos normativos de valoração jurídica, que são aqueles que demandam, para sua compreensão, da recorrência de conceitos que usualmente outros ramos do direitos constroem em suas normas, ou o próprio Direito Penal, e em elementos normativos de valoração cultural, compreendidos como aqueles cujo significado poderá ser apreendido após uma valoração de matriz cultural, em que sejam levadas em consideração as características socioculturais em eu a utilização daquele tipo legal esteja inserida²³.

²² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 181-182.

²³ COELHO, Yuri Carneiro. *Manual de Direito Penal: volume único*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm: 2019. p. 296.

Por conseguinte, Fernando Galvão define os elementos subjetivos do tipo, veja:

Os elementos subjetivos do tipo são aqueles componentes do modelo comportamental proibido que dizem respeito aos estados e processos anímicos do sujeito, à intenção que move o comportamento humano descrito no tipo penal incriminador. Tais elementos devem-se relacionar a todos os elementos objetivos, de maneira que os aspectos objetivos da conduta descrita no tipo incriminador sempre ingressem na esfera de conhecimento e/ou previsibilidade do sujeito da infração.²⁴

Assim, é no tipo subjetivo em que ocorre a análise do dolo ou, excepcionalmente, da culpa do agente, sendo certo que cada tipo penal possui um elemento subjetivo próprio.

A definição do dolo é um tema que decorreu de longa evolução histórica, sendo explicado por três principais teorias, a teoria da vontade, a teoria do assentimento e a teoria da representação, decerto que a primeira é adotada no ordenamento pátrio no que se refere ao dolo direto de primeiro grau, ao passo que a segunda é aplicada no dolo eventual, sendo a última rejeitada pelo ordenamento vigente.

Nesse sentido, a teoria da vontade propõe que existe dolo quando o agente fizer a representação mental do resultado, quiser o resultado diretamente e quando obtiver o resultado.

Por sua vez, a teoria do assentimento (ou do consentimento) preconiza que existe dolo quando o agente fizer a representação mental do resultado, não o quiser diretamente, mas assume o risco de produzi-lo.

Por fim, a teoria da representação sustenta que há dolo quando o agente fizer a representação mental do resultado, não havendo que se falar em assumir risco ou se o agente quer diretamente o resultado.

O dolo é composto por dois elementos, um intelectual (consciência) e outro volitivo (vontade), de forma que, segundo o primeiro elemento, a conduta intencional do sujeito pressupõe o conhecimento de todos os aspectos do comportamento, dos meios necessários para sua realização, bem como dos resultados a serem produzidos, ao passo que o último elemento é compreendido como a tomada de decisão ante as possibilidades fáticas de atuação²⁵.

Ademais, é importante destacar que alguns tipos penais não se contentam com um dolo comum, genérico, exigindo do autor, além da vontade livre e consciente de praticar a conduta típica, uma intenção específica em seu atuar, denominado de elemento subjetivo específico.

Esse elemento subjetivo específico pode vir expressamente disposto no tipo penal, como ocorre no art. 134 do Código Penal, em que exige que o crime seja cometido com a finalidade de “ocultar desonra própria”, ou, ainda, vir implícito no tipo penal, sendo auferido por uma interpretação

²⁴ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 279.

²⁵ *Ibid.* p. 283-284.

do tipo, é o que ocorre, na visão de parcela da doutrina, no crime do art. 213 do Código Penal, que crime deve ser praticado com a finalidade de satisfazer a própria lascívia.

Acerca da culpa, cumpre notar que alguns autores a tratam como um elemento normativo do tipo, não integrando o tipo subjetivo²⁶.

Observa-se que o Código Penal não conceituou o crime culposo, apenas prevendo em seu art. 18, inciso II, que diz-se o crime “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Por conseguinte, coube à doutrina conceituar a culpa, de forma que deve ser compreendido como “aquele em que o agente pratica uma conduta em que descumpre um dever objetivo de cuidado, de forma imprudente, imperita ou negligente, detido de previsibilidade objetiva”²⁷. Apesar do art. 18, inciso II do Código Penal não fornecer um conceito de crime culposo, é possível extrair do parágrafo único desse dispositivo uma informação valiosa, segundo a qual “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Significa dizer, portanto, que o delito apenas será punido na modalidade culposa quando houver previsão expressa na lei, como se verifica, por exemplo, no §3º do art. 121 do Código Penal, que tipifica o homicídio culposo.

Também se exige para a configuração do delito culposo a previsibilidade objetiva do resultado, de forma que não se pode imputar responsabilidade penal à alguém sem que ela tenha capacidade de prever a ocorrência do resultado e buscar, com a sua conduta, evitá-lo.

É necessário que, nos delitos de imprudência, se manifeste o nexo causal entre a conduta e o resultado, este tem de ser plenamente demonstrado, inexistindo imputação em face de sua não ocorrência.

As modalidades de culpa, por meio das quais transgride-se o cuidado objetivo exigido estão mencionadas no inciso II do art. 18 do Código Penal, compreendidas como a imprudência, a negligência e a imperícia. A imprudência deve ser entendida como uma atitude positiva arriscada ou perigosa, um agir sem a cautela, sem a atenção necessária, com afoitamento. Por seu turno, a negligência é um não agir, é a inatividade, a ausência de precaução, a inércia do agente que, podendo agir para causar ou evitar o evento danoso, mas não o faz por preguiça, desleixo, desatenção. Por fim, a imperícia é a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos precisos para o exercício de profissão ou arte, a inaptidão ou a incompetência técnico-científica para o exercício profissional.

Por fim, é possível que ocorra uma situação *sui generis* entre dolo e culpa, em que se reúnem as duas formas, caso em que se verificará um delito preterdoloso. Neste caso, a conduta do agente será

²⁶ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 122.

²⁷ COELHO. op. cit. p. 296.

dolosa mas o resultado ocorre à título de culpa, por ser indesejado pelo agente. O exemplo mais comum de preterdolo é a lesão corporal seguida de morte, prevista no art. 129, §3º do Código Penal, em que a vontade do agente é de apenas lesionar a vítima, entretanto esta acaba morrendo em face da lesão provocada.

3. O SUJEITO PASSIVO DO FEMINICÍDIO

Conforme exposto anteriormente, o tipo penal pressupõe a interrelação entre três sujeitos, a saber: o sujeito ativo, que pode ser compreendido como aquele que realiza a conduta típica; o sujeito passivo, que é o titular do bem jurídico atacado pela conduta do sujeito ativo; e o Estado, que, por meio de delegação do povo, titulariza o poder punitivo e convocado para reagir ao crime com a imposição da pena²⁸.

Neste sentido, no crime de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal²⁹, o sujeito passivo é aquela pessoa que teve o seu bem jurídico vida violado ou ameaçado por outrem.

O feminicídio é uma forma qualificada de homicídio, a qual se impõe a pena de reclusão, de doze a trinta anos, quando o crime é cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, o que ocorrerá quando o crime envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, conforme estabelecem os incisos I e II do §2º-A, do art. 121 do Código Penal³⁰.

Assim, não é o simples fato do crime de homicídio ser praticado contra a mulher que faz incidir a qualificadora prevista no inciso VII, do §2º, do art. 121 do Código Penal. Por isso mesmo, distingue-se o feminicídio, que é o homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, do femicídio, que consiste no homicídio praticado contra a mulher³¹.

Aliás, dada a previsão de que a qualificadora do feminicídio apenas incidiria se o homicídio fosse praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, parcela considerável da doutrina sustentava a que a qualificadora em apreço possuía natureza subjetiva, pois exigia que o delito fosse motivado pela condição de sexo feminino³².

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.707.113/MG e do *Habeas Corpus* nº 433.898/RS, afirmou que a qualificadora do feminicídio teria

²⁸ GALVÃO. op. cit. p. 272-273.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 08.

³⁰ Ibid.

³¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais Julgados do STF e do STJ Comentados*: julgados de 2018. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1053.

³² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal*: parte especial (arts. 121 a 183). 2. ed. V. 2. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 85

natureza objetiva, de forma que o *animus* do agente não é objeto de análise.

No tocante ao sujeito ativo, não existem discussões, qualquer pessoa pode cometer o feminicídio. Significa dizer, portanto, que o homicídio cometido por uma mãe em face da sua filha, a depender da motivação do crime, pode configurar um feminicídio.

Ademais, fácil enxergar que o sujeito passivo do feminicídio seria a mulher, não podendo o homem, ainda que em uma relação homoafetiva, *a priori*, ser sujeito passivo do feminicídio. Contudo, uma questão que se apresenta nos dias atuais seria a abrangência do tipo para inserir como sujeito passivo as pessoas que possuem algum transtorno de identidade de gênero. Importante notar que, conforme as lições da medicina legal, são transtornos de identidade de gênero o transexualismo, o travestismo e o intersexualismo³³.

O transexualismo, também denominado de síndrome de distrofia sexual, deve ser compreendido como uma inversão psicossocial em que uma pessoa nega o seu sexo de origem, levando-a a realizar a cirurgia de mudança de sexo.

O travestismo deve ser compreendido como um transtorno da identidade sexual, também denominado de *cross-dressing*, de forma que o indivíduo se sente atraído por roupas do sexo oposto, decerto que a utilização desses trajes pode ser feito na sua esfera privada, dentro da sua residência, ou, ainda, em aparições públicas. Contudo, estas pessoas não possuem o desejo de alterar seu sexo de origem, diferentemente do que ocorre com os transsexuais.

O intersexualismo é o transtorno do desenvolvimento sexual em que existem elementos dos dois sexos, de forma que variações congênitas de anatomia sexual ou reprodutiva impede que o indivíduo se encaixe perfeitamente nas definições tradicionais de sexo masculino ou sexo feminino. Assim, esta pessoa passará a assumir um desses sexos tradicionais na sua vida social.

Cumprido notar que o Direito faz a distinção entre o transgênero e o transexual, decerto que o primeiro é aquele indivíduo que quer poder se expressar e ser reconhecido como sendo do sexo oposto, não tendo a necessidade de modificar sua anatomia, ao passo que o último quer poder se expressar e ser reconhecido como sendo do sexo oposto e deseja modificar sua anatomia por meio da terapia hormonal e/ou da cirurgia de redesignação sexual³⁴.

Por conseguinte, a doutrina aponta, no tocante ao conceito de mulher para os fins da incidência da qualificadora do feminicídio, ao menos três concepções, que são a concepção normativa (ou jurídica), a concepção psicológica e a concepção biológica³⁵.

³³ BITTAR, Neusa. *Medicina Legal e Noções de Criminalística*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 322.

³⁴ DIZER O DIREITO. *Transgênero pode alterar seu prenome e gênero no registro civil mesmo sem fazer cirurgia de transgenitalização e mesmo sem autorização judicial*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/03/trans-genero-pode-alterar-seu-prenome-e.html>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

³⁵ COELHO. op. cit. p. 660.

A primeira, qual seja, a concepção normativa (ou jurídica), sustenta que a condição de mulher não pode ser aferida à partir de uma perspectiva biológica, sob pena de violar o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana. Assim, seria mulher para essa concepção aquela que é judicialmente reconhecida como tal, com as alterações devidas no registro civil.

Cumprido notar que, após o julgamento do Recurso Especial nº 1.626.739/RS, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o direito dos transexuais à retificação do prenome e do sexo/gênero no registro civil não é condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização³⁶. Ademais, consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF, o direito à alteração de nome e gênero independe de autorização judicial, podendo ser feita diretamente no registro civil³⁷.

Principalmente após esses julgamentos, passou-se a sustentar que, por o transexual obter o direito a se identificar civilmente como mulher, não haveria como não negar a incidência da lei penal, porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher³⁸.

Segundo a concepção psicológica, considera-se mulher aquele indivíduo que nasce do sexo masculino, mas, psicologicamente, não aceita esta condição e se identifica com o sexo oposto. Por conseguinte, essa concepção dispensa a realização de cirurgia de transgenitalização, uma vez que o transgênero seria portador de uma desordem de transtorno de identidade.

Por fim, a concepção biológica sustenta que é mulher, para fins da qualificadora do feminicídio, apenas aquela pessoa biologicamente identificada como tal, veja:

A utilização da expressão “sexo” feminino faz com que a qualificadora incida quando o sujeito passivo de fato seja biologicamente identificado como sendo do sexo feminino, acrescentando-se ainda a maior reprovabilidade do autor por ter cometido o delito “por razões da condição” do sexo feminino.³⁹

Essa concepção refuta a possibilidade daquela reconhecida juridicamente seja considerada mulher para os fins da incidência da qualificadora do feminicídio, caso contrário, configuraria-se uma analogia *in malam partem*, o que é vedado em Direito Penal.

É importante observar que os Tribunais Superiores ainda não se deparam especificamente com esta temática, de forma que não há como concluir qual entendimento é o predominante. No

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.626.739/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602455869&dt_publicacao=01/08/2017>. Acesso em: 10 fev. 2019.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

³⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 70.

³⁹ PRADO, op. cit. p. 406.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, contudo, foi reconhecida a possibilidade da Lei nº 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ser aplicada à mulher, compreendidas como tal as mulheres lésbicas, as transgêneros, as transexuais e as travestis que tenham identidade com o sexo feminino⁴⁰.

O conceito de mulher estabelecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais encontra-se em consonância com o entendimento defendido por Bitencourt, no sentido de que “o substantivo mulher abrange, logicamente, lésbicas, transexuais e travestis, que se identifiquem como do sexo feminino”⁴¹. Da mesma forma, Walfredo Cunha Campos também defende que:

A conclusão exposta supra, no sentido de conferir ao transexual o direito de ser considerado, juridicamente, como mulher, pelo que se depreende do teor da decisão referente à ADI 4275, abarcaria, inclusive, os travestis, uma vez que a autodeterminação de gênero estaria no campo psicológico, devendo ser reconhecida no âmbito social e jurídico. Desse modo, em tese, os travestis, além dos transexuais, poderiam ser contemplados pelas medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, bem como ser vítimas do delito de feminicídio.⁴²

Ocorre que parcela da doutrina é reticente em relação às travestis como sujeito passivo do feminicídio, pois, conforme mencionado acima, trata-se de uma pessoa que se sente atraído por roupas do sexo oposto, não havendo nela qualquer desejo em mudança de sexo. Não obstante, a mesma doutrina que refuta a incidência da qualificadora do feminicídio ao homicídio cometido contra uma travesti, entende que o crime praticado contra ela será qualificado pelo motivo torpe, nos termos do art. 121, §2º, inciso I do Código Penal⁴³.

Decerto, interpretando o ordenamento jurídico pátrio como um todo, não se pode refutar que houve, por meio da decisão do Superior Tribunal de Justiça no supracitado Recurso Especial nº 1.626.739/RS⁴⁴, uma ampliação do conceito de mulher para fins legais, se tomado como parâmetro a concepção biológica. Contudo, apenas a concepção jurídica (ou normativa) é capaz de trazer segurança jurídica ao ordenamento pátrio, não podendo ser entendido como uma hipótese de analogia *in malam partem*.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *HC nº 1.0000.09.513119-9/000*. Relator: Desembargador Júlio Cezar Gutierrez. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.09.513119-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Opinião: Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em 16 abr. 2019.

⁴² CAMPOS, Walfredo Cunha. *Transexual ou Travesti Podem ser Vítimas de Feminicídio?*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/07/31/transexual-ou-travesti-podem-ser-vitimas-de-femicidio/>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴³ “O homicídio de um travesti realizado por preconceito constitui homicídio qualificado pelo motivo torpe.” (GONÇALVES. op. cit. p. 86).

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 26.

CONCLUSÃO

Diante de todas as concepções expostas acima, observa-se que a melhor dessas concepções, considerando a proteção à vítima e a segurança jurídica ao ordenamento pátrio, é a concepção jurídica (ou normativa) de mulher.

Assim, tomada a concepção jurídica (ou normativa) de mulher como referência, deve-se entender que a condição de mulher não pode ser aferida apenas em função da perspectiva biológica, sob pena de ferir o princípio da igualdade, bem como a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, o reconhecimento judicial da condição, com as alterações do registro civil, não pode afastar a incidência da norma qualificadora, pois esta, para atender ao princípio da legalidade, precisaria justamente que as vítimas estejam em condição juridicamente permitida de serem tratadas normativamente como mulheres e na hipótese do reconhecimento judicial essa condição se realizaria.

Ademais, não se deve adotar a concepção jurídica (ou normativa) do conceito de mulher que sustenta que apenas a pessoa que realizou a cirurgia de transgenitalização deve ser considerada mulher, uma vez que condicionar a condição de mulher àquelas pessoas que realizaram a cirurgia de transgenitalização parece violar os princípios mencionados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF, e pelo Superior Tribunal de Justiça, na análise do Recurso Especial nº 1.626.739/RS, dentre eles, a dignidade da pessoa humana.

Contudo, importante observar que, se aquela pessoa que não realizou a cirurgia de transgenitalização pode ser reconhecida como mulher no registro civil, haveria uma enorme desproporcionalidade em não considerar como mulher aquela que realizou a cirurgia de transgenitalização mas que ainda não assentou tais dados no registro civil.

Assim, o melhor entendimento possível é no sentido de que, havendo a cirurgia de transgenitalização, a pessoa deve ser considerada mulher, da mesma forma que aquela que não fez a mencionada cirurgia, mas que fez a alteração do seu nome e gênero no registro civil, considerando a jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores.

O entendimento é simples, não se pode afastar situações fáticas do conhecimento do Poder Judiciário, de forma que a alteração do seu nome e gênero no registro civil não pode ser o único fator a ser considerado na análise do gênero de uma pessoa.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação Penal Especial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITTAR, Neusa. *Medicina Legal e Noções de Criminalística*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Opinião: Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em 16 abr. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03.abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 03 de abr. 2019.

_____. *Lei nº 10.098*, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. *Lei nº 10.741*, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. *Lei nº 10.886*, de 17 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. *Lei nº 13.363*, de 25 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13363.htm>. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.626.739/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602455869&dt_publicacao=01/08/2017>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 658.312/SC*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708619>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *HC nº 1.0000.09.513119-9/000*. Relator: Desembargador Júlio Cezar Gutierrez. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.09.513119-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Transexual ou Travesti Podem ser Vítimas de Femicídio?*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/07/31/transexual-ou-travesti-podem-ser-vitimas-de-femicidio/>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais Julgados do STF e do STJ Comentados: julgados de 2018*. Salvador: JusPodivm, 2019.

COÊLHO, Yuri Carneiro. *Manual de Direito Penal: volume único*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm: 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIZER O DIREITO. *Transgênero pode alterar seu prenome e gênero no registro civil mesmo sem fazer cirurgia de transgenitalização e mesmo sem autorização judicial*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/03/transgenero-pode-alterar-seu-prenome-e.html>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 183)*. 2. ed. V. 2. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.