



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TRANSGENITALIZAÇÃO - A ADEQUAÇÃO DOS TRANSEXUAIS AO REQUISITO
NORMATIVO DO FEMINICÍDIO E A SUA INCLUSÃO COMO SUJEITO PASSIVO

Barbara Malacarne Siqueira

Rio de Janeiro
2018

BARBARA MALACARNE SIQUEIRA

TRANSGENITALIZAÇÃO - A ADEQUAÇÃO DOS TRANSEXUAIS AO REQUISITO
NORMATIVO DO FEMINICÍDIO E A SUA INCLUSÃO COMO SUJEITO PASSIVO

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

Nelson C. Tavares Junior

TRANSGENITALIZAÇÃO - A ADEQUAÇÃO DOS TRANSEXUAIS AO REQUISITO NORMATIVO DO FEMINICÍDIO E A SUA INCLUSÃO COMO SUJEITO PASSIVO

Barbara Malacarne Siqueira

Graduada em Direito pela Unisalle/RJ.

Resumo - a Lei nº 13.104/15 alterou o Código Penal para introduzir a figura típica do feminicídio, qualificando o homicídio quando praticado por condições do sexo feminino. Contudo, há divergência quanto a possibilidade da inclusão dos transexuais como sujeitos passivos de tal tipo penal, existindo correntes doutrinárias que entendem pelo seu enquadramento no conceito de sexo feminino e outras entendendo que não haveria tal subsunção. O presente trabalho, com base nos princípios constitucionais da legalidade e da dignidade humana, bem como na interpretação teleológica, busca apontar a cirurgia de neocolpovulvoplastia como superação de tal discussão, possibilitando o enquadramento dos transexuais como sujeito passivo do crime de feminicídio ainda que seja adotado o critério biológico para determinação do sexo feminino.

Palavras-chave – Direito Penal. Feminicídio. Sujeito passivo. Transexual. Neocolpovulvoplastia.

Sumário – Introdução. 1. A violência contra a mulher e a introdução do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O critério adotado para a definição do sujeito passivo do feminicídio e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Os princípios legalidade, taxatividade, in dubio pro reo e a interpretação restritiva como óbices para a inclusão do transexual como sujeito passivo do feminicídio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da inclusão do transexual como vítima do feminicídio. Busca-se demonstrar que a cirurgia de transgenitalização – neocolpovulvoplastia – é o marco capaz de superar o requisito normativo do homicídio cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Para tanto, aborda-se posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema de modo a viabilizar a discussão sobre a coadunação da ampliação da proteção conferida pelo tipo penal em questão com os princípios fundamentais norteadores do Estado Democrático Brasileiro.

A introdução da figura típica do feminicídio no ordenamento pátrio pela Lei nº13.104 de 2015 foi mais uma forma de dar maior visibilidade e força à política de combate aos delitos cometidos contra as mulheres iniciada com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, tendo como outro marco normativo a Lei nº11.340 de 2006, a Lei Maria da Penha.

Contudo, a proteção conferida às mulheres pelo feminicídio vem sendo negada aos transexuais femininos desde a tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados, onde foi determinada uma emenda substitutiva para retirar o requisito normativo “razões do gênero feminino” por “razões do sexo feminino” com o objetivo expresso de negar aplicação da lei a tal camada social.

A inclusão do transexual mesmo quando realizada a cirurgia de transgenitalização é tema controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mas merece atenção devido ao grande número de crimes cometidos por razões de gênero no país.

Para melhor compreensão do tema, procura-se apresentar uma reflexão acerca do requisito normativo trazido expressamente no dispositivo legal que prevê o homicídio qualificado cometido contra a mulher por condições do sexo feminino, pretendendo-se ainda demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana veda a utilização de um critério interpretativo puramente genético, abrindo-se a possibilidade de inclusão dos transexuais como vítimas

Inicia-se o primeiro capítulo com uma análise da repercussão, fundamentos e objetivos da inclusão do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº13.104 de 09 de março de 2015.

Segue-se, no segundo capítulo, com a explanação dos possíveis critérios interpretativos a serem utilizados na delimitação da vitimologia do homicídio qualificado cometido contra a mulher por razões do sexo feminino, com o objetivo de possibilitar a inclusão do transexual feminino após a realização da neocolpovulvoplastia.

O terceiro capítulo pesquisa a adequação da ampliação da proteção trazida pelo feminicídio com os ditames constitucionais e os princípios fundamentais, pilares do estado democrático de direito brasileiro, buscando discutir a possibilidade de eventual ponderação principiológica que garanta observância dos princípios norteadores do direito penal, mas também alcance o objetivo inicial do legislador quando da confecção da lei que introduziu o tipo penal do feminicídio.

A pesquisa é desenvolvida com base nos métodos indutivo e dedutivo, partindo de proposições realizadas por doutrinadores renomados, tidas como premissas para a análise do objeto do estudo, para, ao longo da dissertação, serem afastadas ou reforçadas por meio do método argumentativo.

Assim, a abordagem desta pesquisa jurídica será qualitativa, priorizando o emprego de bibliografias correlatas que embasem a tese apresentada.

1. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A INTRODUÇÃO DO FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O histórico da violência cometida contra a mulher se confunde com a própria história da humanidade e se traduz em tema que gera densa preocupação em todos os países. Se pode estabelecer como marcos internacionais do aumento da atenção dada aos direitos e proteção à mulher a Carta das Nações Unidas (1945)¹ e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)², tendo ambas trazido em seus textos a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Baseando-se nos documentos acima citados, a Assembleia Geral da ONU adotou em 1979 a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, parâmetro mínimo a ser observado nas políticas estatais de proteção dos direitos das mulheres.

Ressalta-se que a violência contra a mulher pelo fato de ser mulher foi enquadrada pela Recomendação nº 19/92 no conceito de discriminação trazido pelo artigo primeiro da Convenção.

Já no sistema regional americano de proteção aos direitos humanos merece destaque a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará (1994), trazendo uma regulação mais extensa quanto aos direitos, disciplinando, inclusive, o que seria entendido como violência contra a mulher³.

O Brasil ratificou a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1984, com reservas, e a Convenção de Belém do Pará em 1995, sem, contudo, fazer reservas ou declarações.

No plano interno, os direitos das mulheres têm como marco a Constituição de 1988, que eleva a dignidade da pessoa humana, sem que seja feita distinção entre homens e mulheres, à

¹ [...] Nós, os povos das nações unidas, resolvimos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos [...].

² [...] considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais humanos, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declararam resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla [...].

³ 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.

fundamento da República Federativa do Brasil, transformando-a em norma de observância obrigatória não apenas pelo legislador, mas também pelos intérpretes do direito.

Assim, com vistas a dar concretude à Carta Magna, bem como às obrigações assumidas por ser signatários dos instrumentos internacionais de proteção à mulher supramencionados, buscando atenuar a negligência estatal em relação às políticas públicas de proteção à mulher, publica-se, em 07 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha, cujo objetivo era servir de instrumento para se coibir a violência contra a mulher no âmbito familiar.

Apesar dos méritos da nova lei no tocante à proteção à mulher, o Brasil, ocupava a sétima posição em 2012 num grupo de 84 países, na contagem de homicídios cometidos contra mulheres, segundo o Mapa de Violência do Brasil de 2012, divulgado pela faculdade latino-americana de ciências sociais – FLACSO-BR⁴.

Naquele ano, foi formada uma comissão parlamentar mista de inquérito com a missão de investigar a situação da violência contra a mulher do Brasil, bem como a postura do poder público em relação à tal tema. Em seu relatório final a comissão trouxe uma proposta de lei⁵, que trazia feminicídio como circunstância qualificadora para o crime de homicídio, culminando na Lei nº 13.104, sancionada em 09 de março de 2015.

O feminicídio é entendido como o homicídio praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, considerando presentes estas condições no âmbito da violência doméstica e familiar e no menosprezo ou discriminação contra a mulher. Esta qualificadora, segundo dispõe Rogério Sanches, “pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher. É imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima.”⁶

Além da alteração realizada no art. 121 do Código Penal, a Lei nº 13.104 também alterou a Lei nº 8072, trazendo a previsão do feminicídio como crime hediondo, o que demonstra a força que se busca conferir à coibição da violência contra a mulher.

Diante do quadro formado pelas inovações legislativas, forma-se o atual sistema de proteção à mulher do ordenamento jurídico pátrio, sendo possível chegar-se a conclusão que

⁴ WAISELFISZ, Júlio Jacobo. Mapa da Violência 2012. *Atualização: Homicídio de Mulheres no Brasil*. Disponível em <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2018.

⁵ No Senado era o Projeto de Lei nº 293/2013 e na Câmara o Projeto de Lei nº 8.305/2014.

⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Disponível em <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

que não há apenas instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais das mulheres, mas também instrumentos nacionais.

O objetivo do legislador nas leis supramencionadas é conferir eficácia concreta à princípios fundamentais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, portanto, a interpretação que melhor se alinha a esse objetivo é aquela que permite maior amplitude à malha de garantias que circundam as mulheres.

Seguindo essa linha de pensamento, a 1ª Turma Criminal do TJ/DF ampliou o parâmetro de incidência da Lei Maria da Penha, permitindo que fosse aplicada à um caso no qual uma transexual, antes de qualquer procedimento cirúrgico, foi agredida por seu companheiro.

Neste diapasão, ressalta-se que por mais que o PL nº 8.305/2014 – que deu origem à Lei nº 13.104 – tenha substituído o termo gênero pela expressão condições do sexo feminino, quando de sua tramitação, não é possível que se tome por base uma interpretação capaz de racionalizar a amplitude de uma norma que também é garantidora de direito, ao ponto de retirar de sua sombra de proteção determinada parcela da sociedade.

O legislador, quando da produção da norma tinha como objetivo final a coibição da prática de homicídios praticados contra mulheres com motivação apenas no menosprezo ou subestimação em relação ao sexo feminino e, assim, garantir não só a dignidade das mulheres em geral, mas também a segurança.

2. O CRITÉRIO ADOTADO PARA A DEFINIÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DO FEMINICÍDIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para que se adentre na discussão acerca dos possíveis sujeitos passivos e do requisito normativo do feminicídio se faz necessário um destrinchamento deste tipo penal. Como já dito, o feminicídio é um tipo qualificado de homicídio doloso, para o qual é atribuída uma pena mais severa, qual seja de doze a trinta anos de reclusão.

O seu sujeito ativo é, normalmente, um homem, contudo, trata-se de crime formal, podendo ser cometido por qualquer pessoa. Entretanto, o sujeito passivo só pode ser uma pessoa do sexo feminino.

Além dos sujeitos, o feminicídio traz um requisito normativo, sendo válida a explicação da professora Alice Bianchini⁷ sobre o tema:

[...] para configurar feminicídio, bem se sabe, não basta que a vítima seja mulher. A morte tem que ocorrer por “razões de condição de sexo feminino” que, por sua vez, foram elencadas no § 2º-A do art. 121 do Código Penal como sendo as seguintes: violência doméstica e familiar contra a mulher, menosprezo à condição de mulher e discriminação à condição de mulher [...]

No art. 121, §2º-A do CP⁸ se estabelece que há condições do sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo à condição de mulher.

É cediço que a expressão do projeto de lei inicial era “condições do gênero feminino”, sendo, posteriormente, substituído pela expressão “sexo feminino”. A questão é saber o que é entendido como sexo feminino para fins de aplicação da Lei Penal.

Francisco Dirceu Barros⁹, diz que na doutrina existem três critérios segundo os quais se pode determinar o que se entende por sexo feminino para caracterização do feminicídio, sendo eles: o biológico; o psicológico; e o jurídico cível.

Segundo o critério psicológico, seria pessoa do sexo feminino aquela que se enxerga, dentro do seu íntimo, do seu psiquismo, como mulher; é o sexo ao qual a pessoa acredita pertencer. Já o critério jurídico cível interpreta o sexo de acordo com o que consta no registro civil da pessoa em questão. Sobre o critério biológico, Francisco Dirceu Barros¹⁰ expõe:

[...] o critério biológico identifica homem ou mulher pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino: a) sexo morfológico ou somático resulta da soma das características genitais (órgão genitais externos, pênis e vagina, e órgãos genitais internos, testículos e ovários) e extragenitais somáticas (caracteres secundários – desenvolvimento de mamas, dos pelos pubianos, timbre de voz, etc.); b) sexo genético ou cromossômico é responsável pela determinação do sexo do indivíduo através dos genes ou pares de cromossomos sexuais (XY – masculino e XX - feminino) e; c) sexo endócrino é identificado nas glândulas sexuais, testículos e ovários, que produzem hormônios sexuais (testosterona e progesterona) responsáveis em conceder à pessoa atributos masculino ou feminino [...]

Atualmente, o critério que prevalece é o critério biológico, pois é entendido como o que melhor atende o objetivo do legislador quando efetuou a alteração na redação original dos projetos de leis que culminaram na Lei nº13.104/15. Comunga para a adoção desse critério o

⁷ BIANCHINI, Alice. *A qualificadora do feminicídio é objetiva ou subjetiva?* Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/feminicidio.pdf>>. Acesso em 18 set. 2018.

⁸ BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁹ 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: 18 set. 2018.

¹⁰ BARROS apud DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 4 ed. Rev. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 232.

princípio processual penal que veda a analogia *in malam partem*, fazendo com que se adote a interpretação mais restritiva no tocante à responsabilização penal daquele que comete o crime de feminicídio.

Contudo, se pode chegar à conclusão de que, com os atuais avanços e mudanças dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, há a possibilidade de enquadramento dos transexuais como mulheres pela adoção do critério psicológico, uma vez que basta que se sintam como mulheres.

Também é possível o enquadramento dos transexuais como mulher pela adoção do critério jurídico cível, pois, segundo entendimento do STF, nem mesmo a cirurgia de adequação do sexo é mais exigida para que seja possível a alteração do nome no registro civil, uma vez que o direito de se autodeterminar é desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, vale a transcrição de parte do voto do Ministro do STF, Celso de Melo¹¹, no julgamento conjunto da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275 e de recurso extraordinário (RE) nº 670.422:

[...] o Estado não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar o exercício, por qualquer pessoa, de seus direitos à identidade de gênero, pois esse direito fundamental – decorrente do postulado constitucional consagrador da dignidade da pessoa humana – integra o complexo mínimo que se encerra no âmbito dos direitos da personalidade, a significar que o direito à autodeterminação sexual justifica e confere legitimidade à adequação da identidade da pessoa, segundo a percepção por ela própria revelada e assumida, ao conteúdo dos assentamentos registrais, que poderão ser alterados para assegurar o nome social do transgênero, independentemente da prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização, mesmo porque não é a cirurgia que atribui à pessoa a condição de transgênero[...]

Já no que concerne ao critério biológico, é preciso fazer uma diferenciação entre os transexuais que não se submeteram a nenhum procedimento cirúrgico e aqueles que se submeteram à cirurgia de neocolpovulvoplastia, que permite à adequação ao sexo feminino.

Acerca de cirurgia de adequação de sexo a professora Cleide Aparecida Nepomuceno¹² traz importante definição:

[...] ela permite a mudança do aparelho sexual importando apenas em alterações estéticas e não genéticas. A neocolpovulvoplastia é a mudança da genitália masculina para feminina; consiste, basicamente, em duas etapas: na primeira o pênis é amputado e são retirados os testículos do paciente e, em seguida faz-se uma cavidade vaginal; a segunda etapa é marcada pela constituição plástica: com a pele do saco escrotal são formados os lábios vaginais [...]

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.275*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>>. acesso em: 18 set. 2018.

¹² NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. *Transexualidade e o direito a ser feliz como condição de uma vida digna*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9896>. Acesso em: 13 set. 2018.

Antes de procederem a qualquer procedimento cirúrgico, os transexuais não se enquadram em nenhum dos subcritérios para definição de sexo feminino inseridos no critério biológico. Contudo, após a realização da neocolpovulvoplastia, os transexuais passam a se enquadrar como pessoas do sexo feminino ainda que seja adotado o critério biológico, pois possuirão os órgãos genitais externos, as características extragenitais somáticas, bem como terão uma grande alteração hormonal, passando a atender, ainda que parcialmente, aos subcritérios do sexo morfológico e do sexo endócrino.

Assim, a cirurgia da neocolpovulvoplastia, ou seja, a cirurgia de adequação ao sexo feminino é o fator crucial que permite a proteção dos transexuais, fazendo incidir a qualificadora do feminicídio quando forem vítimas de homicídios praticados unicamente por condições do sexo feminino.

3. OS PRINCÍPIOS LEGALIDADE, TAXATIVIDADE, IN DUBIO PRO REO E A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA COMO ÓBICES PARA A INCLUSÃO DO TRANSEXUAL COMO SUJEITO PASSIVO DO FEMINICÍDIO

Em matéria penal, não pode haver crime sem que exista, previamente, uma lei que defina determinada conduta como tal. Essa afirmação pode ser feita devido ao princípio da legalidade, derivado da fórmula latina *nullo crimen, nulla poena sine lege*, e previsto expressamente tanto no art. 5º, XXXIX da CRFB¹³ e no art. 1º do CP¹⁴.

Segundo Damásio de Jesus¹⁵, “para que haja crime, é preciso de uma lei anterior que a defina. Somente quando um fato se ajusta a um modelo legal de crime é que o Estado adquire o direito concreto de punir”. Assim, percebe-se que a legalidade é um princípio constitucional que, ao mesmo tempo, limita a atuação do poder punitivo do Estado e confere segurança jurídica para a sociedade, pois quando se encontram elencadas as condutas vedadas há o conhecimento acerca das consequências de realizá-las.

Sobre a Legalidade, Juarez Cirino¹⁶ citando Roxin, dispõe que:

[...] o princípio da legalidade é o meio importante instrumento constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento da pena de fato anterior, (c) a analogia como fundamento ou agravamento de crimes e penas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais [...].

¹³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

¹⁴ BRASIL, op. cit. nota 8.

¹⁵ JESUS, Damásio. *Direito Penal*: parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 11.

¹⁶ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*: parte geral. 6. ed. Paraná: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 20.

Do princípio da legalidade surgem diversos outros princípios, dentre eles o princípio da taxatividade (*nullo crime sine lege certa*), que, segundo Nucci¹⁷, “tem a finalidade de aclarar o objetivo de cada figura criminosa, permitindo a exata captação do sentido dos modelos. Com isso, estabelece-se a relação de confiança entre o Estado e o indivíduo”.

Verifica-se, então, que o princípio da taxatividade rege a necessidade de um mandato de certeza, ou seja, este princípio coíbe a produção de leis vagas, indeterminadas ou imprecisas. Contudo, além da diretriz no que concerne à produção legislativa pelo princípio da taxatividade, deriva também do princípio da legalidade a vedação da analogia *in malam partem*, uma vez que, como bem leciona Guilherme Nucci¹⁸, “a razão de ser da legalidade – aliás, desde a sua expressa evidência na Magna Carta de 1215 – é a construção de um escudo protetor contra os eventuais abusos e excessos do Estado.”

Neste diapasão, o tipo de analogia permitida no âmbito penal é a *in bonam partem*, ou seja, a favor do réu, que, conforme Greco¹⁹ “além de ser perfeitamente viável, é muitas vezes necessária para que ao interpretarmos a Lei Penal não cheguemos a soluções absurdas”.

No que concerne à atual interpretação dada ao requisito normativo do feminicídio, ao lado dos princípios acima citados, caminha o princípio do *in dubio pro reo*, importado do campo processual penal.

O *in dubio pro reo* rege a necessidade de se conferir a interpretação que for mais favorável ao réu. Desse modo, segundo Zaffaroni²⁰, “no âmbito penal, o princípio nos obrigaria a uma interpretação sempre restritiva da punibilidade”.

A integração destes três princípios, legalidade, taxatividade e *in dubio pro reo*, faz que com que a atual interpretação dada ao termo “sexo feminino” presente no inciso V do §2º do art. 121 do Código Penal²¹ seja gramatical e restritiva.

A interpretação gramatical é aquela na qual se entende pelo sentido literal da palavra ou expressão escrita, já a interpretação restritiva é aquela na qual se utiliza o sentido literal das

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 227

¹⁸ Ibid. p. 107.

¹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 94.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 164.

²¹ BRASIL, op. cit. nota 8.

expressões para restringir o alcance da norma penal, conferindo o sentido mais favorável em relação ao réu no campo do direito penal material.

Nesse sentido, o ordenamento vem adotando não o critério biológico, mas sim o subcritério do sexo genético, que determina que o sexo feminino é aquele determinado pelo par cromossômico sexual XX.

Verifica-se, então, que atualmente os transexuais, ainda que após a realização da neocolpovulvoplastia, não podem ser entendidos como sujeito passivo do crime de feminicídio, pois não cumprem o requisito estabelecido pelo critério do sexo genético, estabelecendo-se assim um parâmetro interpretativo restritivo.

É cediço que em matéria de direito penal o método mais conhecido e utilizado para a interpretação é o dogmático, sobre o qual se faz relevante o conceito dado por Zaffaroni²²:

Traduzindo de forma mais sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação “dogmática”, devida à Jhering, tem um sentido metafórico, porque o interprete não pode alterar elementos, devendo respeitá-los como “dogmas”, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o interprete não pode alterar o conteúdo da lei.

No entanto, não se pode fechar os olhos para as alterações na sociedade e ater-se apenas ao que está escrito. A inclusão dos transexuais como vítimas do feminicídio, após a cirurgia de neocolpovulvoplastia não altera o conteúdo na norma, mas apenas amplia seu alcance, atendendo as mudanças sociais e também à interpretação própria do direito penal.

Não se pretende aqui desprezar o método dogmático, muito pelo contrário, o que se pretende é usá-lo de maneira adequada. Nesse sentido o próprio Zaffaroni²³ explica que:

[...] o jurista comporta-se como o físico: deve tomar os dados, analisa-los, estabelecer as semelhanças e diferenças e reduzir o material com que opera a um conceito único, em que cada unidades ou dogmas, encontra o seu lugar e a sua explicação. Cumprida essa tarefa, deve formular uma hipótese, a fim de averiguar se essa teoria funciona de conformidade com a totalidade do texto legal, isto é, se não há elementos que se encontram sem explicação, ou seja, se alguma parte do todo se contradiz.

Neste sentido, a interpretação que leva em conta não só o aspecto restritivo trazido pelos princípios do direito penal, mas também o aspecto ampliativo dos direitos e garantias

²² ZAFFARONI, op. cit. p. 156.

²³ Ibid. p. 157.

fundamentais se mostra mais apta a não ensejar contradição e, principalmente, dar maior efetividade jurídica à norma.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito referente à possibilidade de inclusão do transexual como vítima do feminicídio. O embate materializa-se pelo confronto aparente entre a interpretação restritiva, desdobramento dos princípios da legalidade e do *in dubio pro reo*, e dignidade da pessoa humana, que se materializaria pela inclusão de determinado grupo social na sombra da proteção ofertada pela norma penal.

Foi demonstrado que a violência contra as mulheres é um problema que assombra a sociedade, sendo alvo de diversas ações e diplomas legais, cujo objetivo era coibir esse tipo de violência, assim criou-se a figura típica do feminicídio.

Contudo, quando se fala na inclusão do transexual como sujeito passivo do crime de feminicídio há, de um lado, aqueles que adotam cegamente o subcritério genético ou cromossômico, fazendo uma interpretação restritiva, considerando como do sexo feminino somente aquelas pessoas que possuem o par cromossômico XX.

Em total posição à interpretação majoritária, há quem defenda a adoção do critério psicológico, considerando do sexo feminino as pessoas que se sentem mulher, aqueles cuja a autopercepção aponta no sentido de integrarem o sexo feminino, o que possibilitaria a inclusão de os transexuais que se sentem mulheres como vítimas do feminicídio.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no desenvolvimento da pesquisa chegou-se à conclusão que a cirurgia de redesignação sexual, ou seja, a neocolpovulvoplastia seria o marco para que fosse possível a inclusão dos transexuais como sujeitos passivos do crime de feminicídio.

O entendimento que chegou essa pesquisadora consubstancia-se na ideia de que é preciso que seja dada uma interpretação restritiva no direito penal para que não sejam feitas analogias que prejudiquem os réus e que ofendam o princípio da legalidade, contudo a Lei Penal deve também ser interpretada de acordo com a ideologia trazida não só pela Constituição, mas também pelo legislador no momento de produção da norma e pela sociedade.

Frente a um conjunto de disposições legais, o intérprete da lei deve analisar não só o que está escrito, fazendo uma interpretação gramatical, mas sim considerar o fim almejado pela norma.

O feminicídio foi criado para proteger a mulher e coibir a violência praticada contra ela. Assim, trata-se de uma norma que garante direitos, ou seja, veio para garantir a segurança e, indiretamente a dignidade humana das mulheres em geral.

Partindo dessa ideia, pode se verificar que a interpretação totalmente restritiva se ajusta apenas com a noção geral do direito penal que não se deve interpretar a lei de maneira prejudicial ao réu, mas não condiz com a intenção inicial uma vez que retira amplitude da proteção dada pela norma, proibindo que abarque os transexuais.

Neste diapasão, a cirurgia de neocolpovulvoplastia permite que seja dada uma interpretação restritiva, com adoção do critério biológico, uma vez que com a sua realização o transexual passa a atender um de seus subcritérios, qual seja, o do sexo morfológico ou somático, mas também possibilita uma ampliação do espectro de proteção dada pelo tipo penal.

No que diz respeito à tendência de ampliação da proteção conferida aos transexuais, essa ampliação estaria de acordo com os atuais entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, uma vez que entende-se que não há mais necessidade de realização de cirurgia para a alteração com inclusão do nome social do transexual no registro civil, bem como a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) para casais homossexuais, bem como em relação à vítimas transexuais.

Essa pesquisa pretende sustentar, portanto, a possibilidade de inclusão do transexual como sujeito passivo do feminicídio, que, ao atender a maioria dos possíveis critérios adotados para definição do que seria pessoa do sexo feminino, se mostra abarcado pelo requisito normativo das condições do sexo feminino constante do tipo penal.

Ficou evidente, por essas razões que a proposta da autora consiste na tese de que a inclusão do transexual como sujeito passivo do crime de feminicídio não só garante o respeito aos princípios da legalidade, *in dubio pro reo*, dignidade da pessoa humana, entre outros, como também se alinha a vontade inicial do legislador quando da produção da legislação que deu origem a inclusão da figura do feminicídio, uma vez que constava do projeto de lei a expressão condições do gênero feminino.

REFERÊNCIAS

- 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: 18 set. 2018.
- BIANCHINI, Alice. *A qualificadora do feminicídio é objetiva ou subjetiva?* Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/artigos/feminicidio.pdf> >. Acesso em: 18 set. 2018.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.
- _____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.275*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf> >. Acesso em: 18 set. 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Disponível em <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>>. Acesso em: 17 set. 2018.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 4 ed. Rev. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 232.
- DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Paraná: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- JESUS, Damásio. *Direito Penal: parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. *Transsexualidade e o direito a ser feliz como condição de uma vida digna*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9896>. Acesso em: 13 set. 2018.
- WASELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da Violência 2012*. Atualização: Homicídio de Mulheres no Brasil. Disponível em <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.