



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A MULHER TRANSEXUAL E A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO:
APLICABILIDADE E QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Jéssica da Cunha Ramos

Rio de Janeiro
2019

JÉSSICA DA CUNHA RAMOS

A MULHER TRANSEXUAL E A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO:
APLICABILIDADE E QUESTÕES CONTROVERTIDAS

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

Rio de Janeiro
2019

A MULHER TRANSEXUAL E A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO: APLICABILIDADE E QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Jéssica da Cunha Ramos

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense,
Advogada

Resumo –A Lei nº 13.104/2015, que alterou o artigo 121 do Código Penal para prever o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, utilizou a palavra “sexo” em vez da palavra “gênero”, o que gerou controvérsia sobre quem poderia ser o sujeito passivo do delito. Assim, o presente trabalho se propõe a discutir a possibilidade de a mulher transexual figurar como vítima do crime de feminicídio. Para tanto, serão delimitadas as diferenças entre “sexo” e “gênero” para fins de reconhecimento de mulheres plurais. Será feita uma análise da literalidade do tipo penal, bem como serão abordadas as divergências doutrinárias e jurisprudência sobre o tema. Por fim, será apresentada uma proposta hermenêutica para que seja possível a aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais.

Palavras-chave – Direito Penal. Feminicídio. Gênero. Mulheres Transexuais.

Sumário –Introdução. 1. Distinção entre sexo e gênero: um debate sobre a construção social do feminino e a necessidade de reconhecimento de mulheres plurais. 2. A qualificadora do feminicídio e as controvérsias quanto à sua aplicação aos homicídios praticados contra mulheres transexuais. 3. Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais: uma proposta hermenêutica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de a mulher transexual figurar como vítima do crime de feminicídio, abordando a aplicabilidade da qualificadora prevista no artigo 121, inciso VI, do Código Penal e suas questões controvertidas.

Para tanto, serão analisadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade de aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais, bem como suas controvérsias.

A Lei nº 13.104/2015 alterou o artigo 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. A redação do inciso VI do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal passou a prever expressamente que ocorre o feminicídio em caso de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Em razão da utilização do termo “sexo” em vez de “gênero”, surgiu controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre quem poderia ser o sujeito passivo do crime de feminicídio. A análise literal do tipo penal, sem qualquer juízo de valor, exclui a mulher transexual da

figura qualificadora, pois não nasceu com o sexo feminino. Ademais, é vedada a analogia in malam partem.

Ainda na parcela da doutrina mais moderna, que aceita que a mulher transexual figure como vítima do feminicídio, existe divergência sobre a necessidade de alteração do registro civil para que a mulher transexual seja vítima de feminicídio. Desse modo, trata-se de questão não pacificada no ordenamento jurídico.

O Brasil lidera o ranking mundial de assassinatos de transexuais, de modo que se mostra necessária uma tutela penal para mulheres transexuais, mortas em razão de sua condição de mulher. Busca-se analisar a qualificadora do feminicídio e sua utilização como alternativa de tutela às mulheres transexuais, necessitando apenas superar a interpretação literal dada à sua redação.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando as diferenças entre “sexo” e “gênero” e a importância de tais conceitos para a compreensão de identidade de gênero e a necessidade de reconhecimento de mulheres plurais. Busca-se mostrar que o “feminino” não é uma questão biológica e natural, mas sim uma construção social sobre corpos e comportamentos, de modo que não há falar em qualquer diferenciação entre mulheres cisgênero e mulheres transgênero.

No segundo capítulo, busca-se analisar como a utilização da palavra “sexo” na Lei do Feminicídio gerou divergência na doutrina sobre a possibilidade de aplicação da qualificadora às mulheres transexuais. São apresentadas três correntes doutrinárias sobre a definição de “mulher” para fim de aplicação da qualificadora do feminicídio, os critérios utilizados por elas, bem como as manifestações jurisprudenciais sobre o tema.

Por fim, no terceiro capítulo, a partir de uma análise da real intenção do legislador, do contexto histórico da elaboração da Lei do Feminicídio e do sistema normativo vigente, busca-se apresentar uma proposta hermenêutica para a aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método de revisão bibliográfica e de registro histórico da jurisprudência, uma vez que o pesquisador pretende analisar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aplicabilidade da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema - analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO: UM DEBATE SOBRE A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO FEMININO E A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE MULHERES PLURAIS

A definição de “mulher” difundida na sociedade moderna perpassa por uma ideia binária de papéis sociais, de modo que a identidade de mulher estaria ligada à estrutura de cromossomos e à anatomia genital. Entretanto, para que se possa compreender a identidade feminina, é necessária a distinção entre “sexo” e “gênero”.

Conforme afirma Jaramillo¹, enquanto a palavra “sexo” é utilizada para se referir ao aspecto biológico, para a distinção entre macho e fêmea, a palavra “gênero” se refere à uma construção social, onde as sociedades definem quais comportamentos devem ser considerados adequados para homens e mulheres.

Segundo Nicholson², a palavra “gênero”, além de ser usada em oposição à palavra “sexo” para distinguir o que é socialmente construído do que é biologicamente dado, também é usada para se referir a qualquer construção social que diferencia o masculino do feminino, incluindo a construção dos corpos. A utilização da palavra “gênero” para diferenciar corpos masculinos dos femininos apareceu quando muitos perceberam que a sociedade não forma só a personalidade e o comportamento, mas também as formas como o corpo aparece. No entanto, se o corpo é visto através de uma interpretação social, o sexo não pode ser independente do gênero, devendo ser subsumido por este.

Assim, aquilo que se define como mulher ou “feminino” não é meramente uma questão biológica e natural, atrelada ao sexo de nascimento, mas sim um padrão socialmente construído de feminilidade sobre corpos e comportamentos. O gênero, portanto, é uma construção social sobre a diferença sexual, de modo que sexo e gênero não possuem relação de independência.

Ainda, segundo Jaramillo³, as considerações teóricas sobre a diferenciação entre sexo e gênero vieram como resposta à constatação de que o tratamento que um indivíduo recebe socialmente depende da percepção social que se tem dele e do que se espera segundo o seu sexo. Portanto, o que seria socialmente mais importante é o gênero, e não o sexo.

¹ JARAMILLO, Isabel. La crítica feminista al derecho. In.: WEST, R. *Gênero y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p. 105.

² NICHOLSON, Linda. “Interpreting Gender” em Linda Nicholson, *The Play of Reason: From the Modern to the Postmodern* (p.53-76). Cornell University, 1999, p 1-2.

³ JARAMILLO, op. cit., p. 106.

A definição de gênero por Scott⁴ aponta que um dos elementos constitutivos de tal conceito é a dimensão subjetiva, que diz respeito aos elementos da identidade subjetiva dos sujeitos, que interagem com as relações sociais.

A identidade de gênero, nesse sentido, se trata da dimensão subjetiva do sujeito, ou seja, se trata do “gênero” psicológico do indivíduo, que pode não estar alinhado com o “sexo” biológico. Conforme Szaniawski⁵, o gênero seria um conjunto de atribuições físicas, psíquicas e comportamentais do indivíduo, totalizando sua identidade e estado sexual.

Portanto, a distinção entre “sexo” e “gênero” também é essencial para que se possa entender a transexualidade, que está intimamente relacionada à identidade de gênero. De acordo com Diniz⁶, a transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e anatomia de gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Há uma divergência entre identidade psíquica e sexual, de modo que há inversão da identidade psicossocial, manifestada por um desejo de reversão sexual integral, constituindo uma síndrome que é caracterizada por uma pessoa que genotípica e fenotipicamente pertence a um determinado sexo oposto.

Desse modo, o transexual é o indivíduo que possui a identidade de gênero oposta ao sexo biológico. A identidade subjetiva do indivíduo, incluindo suas atribuições psíquicas e comportamentais, se coaduna com o sexo oposto ao registrado na certidão de nascimento.

A mulher transexual é aquela que nasceu com o sexo biológico definido como masculino, mas possui a identidade de gênero feminina, de modo que se identifica como mulher, mesmo que tenha nascido com o sexo masculino. Conforme Castro⁷, “as mulheres que são transexuais afirmam de forma conclusiva que desde sempre se entendem como de fato mulheres e que nunca se sentiram como homens (seu sexo apontado no nascimento)”.

É importante ressaltar que a transexualidade está relacionada à incompatibilidade da identidade de gênero com o sexo biológico, de forma que não é necessária a cirurgia de readaptação sexual para que o indivíduo se identifique e se apresente socialmente como

⁴ SCOTT apud COSTA, Marília Ferruzzi; MACHADO, Isadora Vier. *Lei do Femicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico*, 2017, p.3. Disponível em: <http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499460981_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-MariliaFerruzzi;IsadoraVier.pdf> Acesso em: 06 abr. 2019.

⁵ SZANIAWSKI apud SOUZA, Thais Correa. *A aplicabilidade da qualificadora do feminicídio, prevista na legislação penal brasileira, quando a vítima for mulher transexual*, 2017, p. 19. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6097/1/THAIS%20CORREA%20DE%20SOUZA.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

⁶ DINIZ apud NASCIMENTO, Franciele Borges; FÁVERO, Lucas Henrique. *Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual*, 2017, p. 8. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c135a56383.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

⁷ CASTRO, apud SOUZA, op. cit., p. 21.

homem ou mulher. A cirurgia de readequação sexual se mostra apenas como uma opção de o indivíduo entrosar o seu sexo físico ao seu sexo psicológico.

De acordo com a ideia binária de identidade da mulher, ligada à estrutura de cromossomos e anatomia da genitália, o sexo seria a única diferença entre as biologicamente mulheres, chamadas de cisgêneros, das mulheres transexuais. Entretanto, conforme Smith e Santos⁸, “se o gênero é construído, é ato de performance, os indivíduos que possuem o sexo feminino de nascença não são mais originais do que as mulheres transexuais, uma vez que o gênero é uma repetição de atos diária”.

Ainda, de acordo com Butler⁹, sendo o caráter do sexo contestável, talvez o construto do “sexo” seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de forma que não haveria qualquer distinção entre sexo e gênero.

Assim, sendo o gênero uma construção social, e até mesmo o caráter do sexo contestável, há a necessidade de desligar o sexo do caráter biológico, devendo ser entendido como uma construção social, o tornando indiferenciável do gênero.

Sendo o sexo subsumido pelo gênero, não há falar em qualquer diferenciação entre mulheres cisgênero e mulheres transgênero. Há, portanto, a necessidade de reconhecimento de mulheres plurais, superando a ideia binária ligada à estrutura de cromossomos e anatomia da genitália.

2. A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E AS CONTROVÉRSIAS QUANTO À SUA APLICAÇÃO AOS HOMICÍDIOS PRATICADOS CONTRA MULHERES TRANSEXUAIS

A Lei nº 13.014/2015¹⁰ alterou o artigo 121 do Código Penal¹¹ para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Foi inserido o inciso IV

⁸ SMITH; SANTOS apud NOGUEIRA, Thaysa Silva. *Femicídio no Brasil e transexualidade: uma revisão de literatura*, 2017, p. 14. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1202/1/TCC%20-%20THAYSA%20NOGUEIRA.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

⁹ BUTLER apud MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 83.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13104.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

¹¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

no parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal¹², que tipifica o feminicídio em caso de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Cumprе ressaltar que não basta que o sujeito passivo do crime de homicídio seja mulher para que se configure a qualificadora feminicídio. É necessário, conforme determina o parágrafo §2º-A do artigo 121 do Código Penal¹³, que o homicídio discriminatório seja praticado em situação de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Note-se que, embora o parágrafo 2º-A¹⁴ preveja que o feminicídio ocorre quando há menosprezo ou discriminação à condição de mulher, o inciso IV¹⁵ utiliza a palavra “sexo” em vez de “gênero”. Diferentemente da Lei Maria da Penha¹⁶, que utiliza, em seu artigo 5º¹⁷, a palavra “gênero”, abarcando tanto mulheres cisgênero quanto transgênero, a utilização da palavra “sexo” na qualificadora do feminicídio gerou impacto interpretativo sobre quem poderá ser considerada mulher para fins de seu reconhecimento.

Segundo Mello¹⁸, existem três posições doutrinárias sobre a definição de “mulher” para fim de aplicação da qualificadora do feminicídio. A primeira posição adota o critério psicológico, de modo que mulher é a pessoa cujo aspectos psíquicos e comportamentais são femininos. Portanto, para essa corrente doutrinária, pode ser enquadrada como vítima do feminicídio a mulher transexual, independentemente de cirurgia de redesignação de gênero ou alteração do registro civil. A segunda posição adota o critério jurídico-cível, de modo que deve ser considerado o sexo que consta no registro civil. Assim, em caso de decisão judicial para alteração do registro de nascimento, alterando o sexo, o conceito de mulher deixará de ser natural para ser um conceito de natureza jurídica. A terceira posição adota o critério biológico, de modo que se identifica a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Desse modo, ainda que a mulher transexual realize a cirurgia de redesignação de gênero, haverá alteração da concepção estética, mas não da concepção genética, não sendo possível a aplicação da qualificadora do feminicídio.

¹²Ibid.

¹³Ibid.

¹⁴Ibid.

¹⁵Ibid.

¹⁶BRASIL. *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: 05 jul. 2019.

¹⁷Ibid.

¹⁸ MELLO, Adriana Ramos de. *Breves comentários à Lei 13.104/2015*, 2015, p. 04. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.11.PDF>. Acesso em: 05 jul. 2019.

Adotando o critério psicológico, Mello¹⁹ afirma que a qualificadora do feminicídio incide quando o sujeito passivo for mulher, ou seja, quando a pessoa se identificar com o sexo feminino, mesmo quando não tenha nascido com o sexo biológico feminino. Assim, haverá feminicídio quando uma mulher, assim entendida como toda pessoa que se identificar com o gênero feminino, independente da realização da cirurgia de mudança de sexo, for morta em razão desta condição.

Bitencourt²⁰, adotando o critério jurídico-cível, afirma que somente quem for oficialmente identificado como mulher, ou seja, quem apresentar documentação civil identificando-se como mulher, poderá ser sujeito passivo da qualificadora do feminicídio.

No mesmo sentido, afirma Cunha²¹ que a “mulher” de que trata a qualificadora é aquela reconhecida juridicamente. Assim, não há como negar a incidência da lei penal no caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado como mulher, uma vez que, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher.

Adotando o critério biológico, Barros²² sustenta que o legislador, mesmo sabendo que existem outros gêneros sexuais, não incluiu transexuais ou travestis, de modo que não poderiam ser vítimas de feminicídio. O autor critica o critério psicológico pelo fato de que é formado pela íntima convicção da pessoa que entende ser do sexo feminino, o que pode ser subjetivo diante do caso concreto, não sendo compatível com o direito penal moderno. Ainda, critica o critério jurídico-cível, uma vez que as instâncias cível e penal são independentes; assim, utilizar em prejuízo do réu a mudança jurídica no cível configuraria analogia in malam partem, que é vedada pelo princípio da legalidade.

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

No âmbito da jurisprudência, ainda são poucas as manifestações sobre a possibilidade de a mulher transexual figurar como sujeito passivo do crime de feminicídio. No ano de 2016,

¹⁹ Ibid., p. 04-05.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*, 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

²¹ CUNHAapud BARBOSA, Danieli. *Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual*, 2016. Disponível em: < <https://daniibarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/372572018/aplicabilidade-da-qualificadora-do-femicidio-ao-transexual>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

²² BARROSapud MELLO, op. cit. p. 04.

o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu a primeira denúncia no Estado por feminicídio de mulher transexual. A vítima sofria violência doméstica e foi morta a facadas por seu companheiro, com quem vivia há dez anos²³.

Conforme noticiado, a vítima não fez cirurgia de redesignação sexual e não alterou o nome e gênero no registro civil²⁴. Segundo Flávio Farinazzo Lozza²⁵, promotor de justiça que fez a denúncia do caso, “ela era mulher e se identificava como tal. Fez algumas cirurgias, como a manipulação de silicone nos seios. Fazia uso de seu nome social e assim era tratada por todos no seu dia-a-dia, inclusive pelo seu parceiro”.

A denúncia foi recebida e o réu foi pronunciado em 28 de fevereiro de 2018. Na fundamentação da decisão, a juíza de direito Patrícia Inigo Funes e Silva²⁶, da 3ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo, adotou o critério psicológico, levando em consideração o conceito social de mulher, onde estão incluídas as mulheres transexuais. Ainda, fundamentou que o reconhecimento da transexual prescinde a intervenção cirúrgica, bastando que o sujeito se considere mulher e se comporte como tal.

Em maio de 2019, também no Estado de São Paulo, foi recebida novamente denúncia de feminicídio contra mulher transexual. No entanto, nesse caso, além de ser tratada socialmente como mulher por pessoas de seu convívio, a vítima providenciou a retificação em seu registro de nascimento²⁷. Embora o juiz de direito Luís Felipe Vizotto Gomes²⁸, da 1ª Vara

²³BONFIM, Daiane. *Justiça aceita primeira denúncia de feminicídio de mulher trans em São Paulo*, 2016. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/justica-aceita-primeira-denuncia-de-femicidio-de-mulher-trans-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

²⁴Ibid.

²⁵LOZZA apudIbid.

²⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 0001798-78.2016.8.26.0052*. Juíza de Direito: Dra. Patrícia Inigo Funes e Silva. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=000179878.2016.8.26.0052&cdProcesso=1G0001U990000&cdForo=52&baseIndice=INDD S&nmAlias=PG5BFDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBco7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvNIZYA8VEjlv75gqJVDSH301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2B17YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoYvkDtwEflYjpHPnin%2B4wUZxnYcugAf13u4dHzccYfFzXsS7H%2Fexl9IT7anzUMAq2dZl7p51Gm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

²⁷SAMPAIO, Paulo. *Justiça trata caso de mulher trans morta a pauladas em SP como feminicídio*, 2019. Disponível em: <<https://paulosampaio.blogosfera.uol.com.br/2019/05/14/justica-trata-caso-de-mulher-trans-morta-a-pauladas-em-sp-como-femicidio/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

²⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1500874-85.2019.8.26.0052*. Juiz de Direito: Dr. Luís Felipe Vizotto Gomes. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=150087485.2019.8.26.0052&cdProcesso=1G000281X0000&cdForo=52&baseIndice=INDD S&nmAlias=PG5BFDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBco7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvUemUXWGDgZjsbDF5Ur5xX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2B17YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoaNSCE32J2jE%2Bg1IAdjRRj1qt0LTTPEC6CiWIHD42SIDEozBKa3gxVeqo3UjnUdF6mdz17p51Gm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

do Júri da Comarca de São Paulo, tenha recebido a denúncia, não se manifestou na decisão sobre qual critério de definição de mulher adota para fins de aplicação da qualificadora do feminicídio.

Cabe ressaltar também que, em maio de 2019, a Polícia Civil do Estado de São Paulo registrou a primeira mulher transexual como vítima de feminicídio. Foi primeiro caso de feminicídio de mulher transexual registrado na esfera policial no Estado de São Paulo²⁹.

Desse modo, embora sejam poucos os casos noticiados, é possível observar que, no Estado de São Paulo, a tendência é de admitir a mulher transexual como vítima do crime de feminicídio. Sendo admitida a mulher transexual como vítima, é possível concluir que não é adotado o critério biológico, mas ainda não existem informações suficientes para determinar se prevalecerá o critério psicológico ou o critério jurídico-cível.

Por se tratar de matéria recente, não foram encontradas manifestações dos Tribunais Superiores e nem dos Tribunais de Justiça de outros estados sobre o tema.

3. APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO ÀS MULHERES TRANSEXUAIS: UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA

Para que seja analisada uma proposta hermenêutica de aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais, é necessário, em primeiro lugar, analisar a real intenção do legislador e o contexto histórico da elaboração da Lei do Feminicídio.³⁰

O Brasil, em agosto de 1996, editou o Decreto nº 1.973, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará em junho de 1994. O artigo 1º da referida Convenção estabelece que se entende por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que causa morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.³¹

Para cumprir as determinações da Convenção, foi publicada, em agosto de 2006, a Lei nº 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, que dispôs sobre as várias

²⁹ ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo. *Polícia de SP registra 1ª transexual como vítima de feminicídio; casos aumentam 54% no 1º quadrimestre*, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/31/policia-de-sp-registra-primeira-transexual-como-vitima-de-feminicidio-casos-aumentam-54percent-no-1o-quadrimestre.ghtml>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 10

³¹ MELLO, op. cit., p. 03.

formas de violência contra a mulher e estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.³²

Completando o sistema de proteção, a Lei nº 13.104/2015 surgiu por meio do Projeto de Lei do Senado nº 292/2013, proposto pela Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para investigar a violência contra as mulheres no Brasil. Tal proposta surge diante da constatação do alarmante número de mulheres mortas por violência de gênero no país e da omissão, por parte do Estado, a respeito do problema. A proposta da qualificadora do feminicídio a descreve como forma extrema de violência de gênero que resulta na morte das mulheres.³³

Assim, por meio de uma interpretação teleológica e histórica, é possível concluir que a Lei do Feminicídio é proposta com o intuito de enfrentar a violência de gênero observada no Brasil. É no cenário de menosprezo à condição de mulher que a Lei do Feminicídio encontra a sua razão de ser.³⁴

No mesmo sentido, afirma Mello que, embora tenha ocorrido a substituição do termo “gênero” para o termo “sexo”, o texto normativo se prende a razões de gênero. Por essa razão, observa-se que o legislador não trouxe simplesmente uma qualificadora para a morte de mulheres, pois não previu “se o crime é cometido contra a mulher”, mas sim “por razões da condição de sexo feminino”, fazendo referência ao gênero feminino.³⁵

Sendo o feminicídio caracterizado em razão da condição de mulher, mostra-se acertada a interpretação teleológica e histórica de que ele ocorre por condição de gênero feminino. O gênero é a construção social que define os comportamentos e os corpos femininos, diferenciando-os do masculino, de modo que a condição de mulher está intrinsecamente relacionada ao gênero. O feminino nada mais é do que um construto social que perpassa a estrutura cromossômica e a anatomia genital, de modo que dentro do seu conceito estão englobadas as mulheres cis e as mulheres trans.

Portanto, ainda que por meio de uma interpretação literal a mulher transexual não seja abrangida pela qualificadora do feminicídio, por conta do uso do termo “sexo”, o processo interpretativo não pode ignorar a *ratio legis*, que é a de enfrentamento de violência de gênero.

Ainda, por se tratar de lei que visa a proteção da mulher, deve ser interpretada em conformidade com a Lei Maria da Penha³⁶, que estabelece, em seu artigo 5º, que configura

³² Ibid.

³³ COSTA; MACHADO, op. cit., p. 08.

³⁴ Ibid.

³⁵ MELLO, op. cit., p. 04.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 16

violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, sofrimento físico, sexual, ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Ao se utilizar da palavra “gênero”, a Lei Maria da Penha³⁷ inseriu no ordenamento jurídico um conceito amplo de mulher. Por essa razão, restou pacificada na jurisprudência a sua aplicação às mulheres transexuais.

Logo, por meio de uma interpretação sistemática, é possível observar que a Lei do Feminicídio, ao restringir as vítimas à condição de “sexo feminino”, vai de encontro ao conceito amplo de mulher inserido pela Lei Maria da Penha no nosso ordenamento jurídico. A restrição às pessoas de “sexo feminino”, em casos de mortes causadas por razões de gênero, mostra um grande desrespeito à unidade conceitual do ordenamento jurídico.³⁸

Ao aplicar uma interpretação lógico-sistemática, é possível concluir que a Lei do Feminicídio deve expressar sua vontade em consonância com sistema normativo que integra. Uma vez que a Lei Maria da Penha oferece o conceito normativo de violência doméstica resgatado pela Lei do Feminicídio, e que, do mesmo modo, institui interpretação normativa do conceito de “mulher” que se sobressai à lógica descritiva do Direito Penal, não pode a Lei do Feminicídio apresentar retrocessos em relação às disposições já positivadas no ordenamento jurídico a respeito da violência de gênero.³⁹

Portanto, sendo amplo o conceito de “mulher” inserido no ordenamento jurídico, pautado no conceito de gênero, é possível incluir a mulher transexual nas leis de proteção à mulher por meio de uma interpretação extensiva. Isso ocorre porque o gênero não se limita apenas à identidade sexual, mas também engloba a identidade de gênero. A exclusão de mulheres transexuais do âmbito de proteção da Lei do Feminicídio⁴⁰ configuraria uma regressão discursiva.

É importante ressaltar que a interpretação extensiva não se confunde com a analogia ou com a interpretação analógica. A interpretação analógica ocorre quando existem expressões ampliativas presentes no próprio texto da lei, ou seja, é um meio indicado pela própria lei para que seu preceito normativo se estenda a casos semelhantes. Já a analogia é um meio de integração que estende a aplicação de uma norma a casos análogos que não estejam contemplados no texto legal.⁴¹

³⁷ Ibid.

³⁸ COSTA; MACHADO, op. cit., p. 08

³⁹ Ibid.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 10

⁴¹ COSTA; MACHADO, op. cit., p. 09-10

Na interpretação extensiva, por outro lado, a vontade da lei existe, mas precisa ser buscada e revelada pelo intérprete da lei.⁴² Conforme Nucci, a interpretação extensiva é aquela que busca o verdadeiro significado das normas, por meio da ampliação do alcance das palavras de que se valeu o legislador.⁴³

Logo, é possível concluir que, em razão de uma interpretação teleológica, histórica, lógico-sistemática e extensiva, é completamente possível que a mulher transexual figure como vítima do crime de feminicídio. Tal interpretação busca efetivar a real intenção do legislador de proteger as mulheres sujeitas à violência de gênero, não podendo se falar em analogia *in malam partem*, que é vedada pelo Direito Penal.

Portanto, a controvérsia sobre a possibilidade de aplicação da Lei do Feminicídio⁴⁴ às mulheres transexuais poder ser solucionada por meio de uma correção interpretativa, de modo a garantir a dupla função do Direito Penal de proteção e garantia. Uma vez que as mulheres transexuais se encontram em situação de vulnerabilidade, sujeitas à violência de gênero, e o Brasil lidera o ranking mundial de assassinatos de transexuais⁴⁵, se mostra mais do que necessária a aplicação da tutela prevista na lei penal.

CONCLUSÃO

Embora as palavras “sexo” e “gênero” muitas vezes sejam utilizadas como sinônimos, possuem significados distintos. Enquanto o “sexo” se refere ao caráter biológico dos indivíduos, os dividindo entre macho e fêmea; o “gênero” se refere à uma construção social sobre os corpos e comportamentos dos indivíduos, os dividindo entre masculino e feminino.

Tais conceitos são importantes para que se possa compreender a identidade de gênero, uma vez que o fenômeno da transexualidade ocorre quando o gênero psicológico não está alinhado com o sexo físico do indivíduo. Assim, a mulher transexual é aquela que, embora tenha nascido com o sexo masculino, se identifica psicologicamente com o gênero feminino, rejeitando sua identidade genética e anatomia de gênero.

É importante ressaltar que transexualidade se configura com a incompatibilidade da identidade de gênero com o sexo biológico. Portanto, não é necessário que a mulher

⁴² PRADO; CARVALHO; CARVALHO apud Ibid.

⁴³ NUCCI apud LACERDA, Fabrício Xavier. *Feminicídio e Transgeneridade: análise dos paradigmas das identidades de gênero, da hermenêutica jurídica quanto à Lei 13.104/2015 e de sua aplicação em casos de mulheres trans*, 2016, p. 46. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10657/1/21256392.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 10

⁴⁵ CUNHA, Thais. *Rotina de exclusão e violência*. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>>. Acesso em: 15 set. 2019.

transexual realize qualquer cirurgia de readequação ou alteração do registro civil para que se identifique como mulher.

Ainda, sendo o gênero uma construção social e tendo o sexo um caráter contestável, devem se tornar indiferenciáveis, de modo que não há falar em qualquer diferenciação entre mulheres cisgênero e mulheres transgênero. Deve ser superada a ideia binária ligada à estrutura de cromossomos e anatomia da genitália, reconhecendo assim a pluralidade do conceito de “mulher”.

Destarte, ainda que o legislador tenha utilizado o termo “sexo” na redação da Lei nº 13.104/2015, o que gerou divergência sobre quem poderia o sujeito passivo do crime de feminicídio, não se pode negar sua real intenção, que é de combate à violência de gênero. A violência de gênero está relacionada ao desprezo da condição mulher, o que não se limita apenas ao caráter biológico, mas sim ao que foi socialmente construído como corpos e comportamentos femininos.

Ademais, por meio de uma interpretação teleológica, histórica, lógico-sistemática e extensiva, se mostra completamente possível que a mulher transexual figure como vítima do crime de feminicídio. Trata-se de correção interpretativa que confere proteção e garantia às mulheres transexuais, que se encontram em condição de vulnerabilidade, sujeitas ao alarmante número da violência de gênero.

Assim, a corrente doutrinária que adota o critério biológico não se mostra acertada, pois o conceito de “mulher” supera a estrutura genética e cromossômica. Ainda, se trata de uma interpretação extensiva, de modo que não há falar em analogia in malam partem, que é vedada pelo Direito Penal.

Também não se mostra acertada a corrente doutrinária que adota o critério jurídico-cível, pois a configuração da mulher transexual ocorre com a divergência entre a identidade de gênero e o sexo biológico, não havendo qualquer necessidade de retificação do registro civil. Sendo o gênero uma construção social, a alteração no registro civil se mostra irrelevante. Trata-se de condição que dificulta a garantia e proteção veiculadas na norma penal.

Por fim, se mostra acertada a corrente doutrinária que adota o critério psicológico, pois se coaduna com a pluralidade do conceito de “mulher”, abarcando as mulheres transexuais, independentemente de alteração do registro civil ou cirurgia de redesignação sexual. Tal critério se mostra em perfeita consonância com a intenção do legislador de combate à violência de gênero e com as funções de proteção e garantia do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo. *Polícia de SP registra 1ª transexual como vítima de feminicídio: casos aumentam 54% no 1º quadrimestre*, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/31/policia-de-sp-registra-primeira-transexual-como-vitima-de-feminicidio-casos-aumentam-54percent-no-1o-quadrimestre.ghtml>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

BARBOSA, Danieli. *Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual*, 2016. Disponível em: <<https://daniibarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/372572018/aplicabilidade-da-qualificadora-do-feminicidio-ao-transexual>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

BONFIM, Daiane. *Justiça aceita primeira denúncia de feminicídio de mulher trans em São Paulo*, 2016. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/justica-aceita-primeira-denuncia-de-feminicidio-de-mulher-trans-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 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: 05 jul. 2019.

_____. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 0001798-78.2016.8.26.0052*. Juíza de Direito: Dra. Patrícia Inigo Funes e Silva. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0001798-78.2016.8.26.0052&cdProcesso=1G0001U990000&cdForo=52&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5BFDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBco7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvNIZYA8VEjlv g75gqJVDSH301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoYvkDtwEflYjHPnin%2B4wUZxnYcugAf13u4dHzccYfFzXsS7H%2FexlL9IT7anzUMAq2dzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1500874-85.2019.8.26.0052*. Juiz de Direito: Dr. Luís Filipe Vizotto Gomes. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1500874-85.2019.8.26.0052&cdProcesso=1G000281X0000&cdForo=52&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5BFDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBco7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvGUmUXWG DgZjsbDF5Ur5xX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoaNSCE32J2jE%2Bg1IAadjRRj1qt0LTTEPC6CiWIHD>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

42SIDE0zBKa3gxVeqo3UjnUdF6mdzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>. Acesso em: 06 jul. 2019.

COSTA, Marília Ferruzzi; MACHADO, Isadora Vier. *Lei do Femicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico*, 2017. Disponível em: < http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499460981_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-MariliaFerruzzi;IsadoraVier.pdf> Acesso em: 06 abr. 2019.

CUNHA, Thais. *Rotina de exclusão e violência*. Disponível em: < <http://especiais.correio.braziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transsexuais>>. Acesso em: 15 set. 2019.

JARAMILLO, Isabel. La critica feminista al derecho. In.: WEST, R. *Gênero y teoríadelderecho*. Bogotá: SiglodelHombre Editores, Facultad de Derecho de laUniversidad de los Andes, EdicionesUniandes, Instituto Pensar, 2000.

LACERDA, Fabrício Xavier. *Femicídio e Transgeneridade: análise dos paradigmas das identidades de gênero, da hermenêutica jurídica quanto à Lei 13.104/2015 e de sua aplicação em casos de mulheres trans*, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10657/1/21256392.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

MELLO, Adriana Ramos de. *Breves comentários à Lei 13.104/2015*, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.958.11.PDF>. Acesso em: 05 jul. 2019.

MIGUEL, Luis Felipe e BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

NASCIMENTO, Franciele Borges e FÁVERO, Lucas Henrique. *Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual*, 2017. Disponível em: < <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c135a56383.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

NICHOLSON, Linda. “Interpreting Gender” em Linda Nicholson, *The Play of Reason: From the Modern to the Postmodern*. Cornell University, 1999.

NOGUEIRA, Thaysa Silva. *Femicídio no Brasil e transexualidade: uma revisão de literatura*, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1202/1/TCC%20%20THAYSA%20NOGUEIRA.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

SAMPAIO, Paulo. *Justiça trata caso de mulher trans morta a pauladas em SP como feminicídio*, 2019. Disponível em: <<https://paulosampaio.blogosfera.uol.com.br/2019/05/14/justica-trata-caso-de-mulher-trans-morta-a-pauladas-em-sp-como-femicidio/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

SOUZA, Thais Correa. *A aplicabilidade da qualificadora do feminicídio, prevista na legislação penal brasileira, quando a vítima for mulher transexual*, 2017. Disponível em: < <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6097/1/THAIS%20CORREA%20DE%20SOUZA.pdf> >. Acesso em: 06 abr. 2019.