

Data de aprovação: ____/____/____

**FEMINICÍDIO E TRANSEXUALIDADE: ANÁLISE DA LEI 13.104/2015 E SUA
APLICAÇÃO EM CASOS DE MULHERES TRANSEXUAIS**

Rayane Soares Penha¹

Luiz Felipe Pinheiro Neto²

RESUMO

No presente artigo, analisa-se a aplicabilidade da Lei 13.104, de 09 de março de 2015, que incluiu o feminicídio no rol de qualificadoras do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, às mulheres transexuais, uma vez que a complexidade da definição de ser mulher implica em conflitos nos seus significados jurídicos, doutrinários e legislativos. O desenvolvimento se deu a partir da compreensão e diferenciação dos conceitos de gênero, sexo e orientação sexual, sob a perspectiva histórica e social. Soma-se o menosprezo pela condição feminina em razão da construção cultural marcada pelo patriarcado, machismo e conservadorismo da sociedade brasileira. Então, pela análise dos métodos de interpretação da lei, dos princípios do Direito Penal e dos avanços jurídicos acerca do tema, se fez relação com a definição da transexualidade e da mulher enquanto sujeito passivo da qualificadora, objetivando concluir se há legitimidade para a aplicação da Lei 13.104/2015 à casos que envolvam mulheres transexuais.

Palavras-chave: Transexual. Feminicídio. Lei n. 13.104/2015. Identidade de Gênero. Hermenêutica Jurídica.

**FEMINICIDE AND TRANSEXUALITY: ANALYSIS OF THE LAW 13.104/2015 AND
THEIR APPLICATION IN CASES OF TRANSEXUAL WOMEN**

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rayanesrsp@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: professorluizpinheiro@gmail.com

ABSTRACT

This article analyzes the applicability of law no. 13.104, dated 9 March, 2015, which includes femicide in the list of qualifiers of article 121 of the Brazilian Penal Code, to transsexual women, since the complexity of the definition of being a woman implies in conflicts in their legal, doctrinal and legislative meanings. The development took place from the understanding and differentiation of the concepts of gender, sex and sexual orientation, from a historical and social perspective. The contempt for the female condition is compounded by the cultural construction marked by the patriarchy, male chauvinist and conservatism of Brazilian society. Then, by analyzing the methods of interpretation of the law, the principles of criminal law and legal advances on the subject, was related to the definition of transsexuality and women as a taxable person of the qualifier, with the objective to conclude if there is legitimacy for the application of 13.104 / 2015 to cases involving transgender women.

Keywords: Transsexual. Femicide. Law No. 13,104/2015. Gender Identity. Legal Hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO

Em 09 de março de 2015 foi publicada a Lei nº 13.104 que incluía o feminicídio como qualificadora do homicídio, consubstanciando, de acordo com a redação legislativa aprovada, quando o crime é praticado contra a vida da mulher por razões da condição do sexo feminino, envolvendo violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação (BRASIL, 2015). A tipificação do feminicídio é considerada continuação da chamada Lei Maria da Penha, na busca pelo enfrentamento à violência contra a mulher.

A redação aprovada implica em questionamentos acerca da vontade da lei, tendo em vista que o texto original do Projeto de Lei de nº 292 do Senado Federal (BRASIL, 2014), sofreu alterações quando apreciado perante à Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 6.622/2013 (BRASIL, 2013), por intermédio da emenda de redação nº 01, que alterou o termo “gênero” por “sexo feminino”, que embora em um primeiro momento pareçam sinônimos, possuem grande diferencial jurídico e sociológico.

Apesar da Lei do Feminicídio ter surgido em consonância com a Lei Maria da Penha, aquela representa um retrocesso em relação às mulheres enquanto sujeito passivo do crime, demonstrando ausência de técnica na elaboração do texto legal e manobra legislativa por não exprimir com clareza a motivação da lei, haja vista que a emenda não é justificada. A ideia de restringir o alcance da lei à condição anatômica genital e cromossômica reforça a ideia binária homem-mulher e representaria regressão substancial no combate a violência praticada contra as mulheres.

Para compreender a evolução dos direitos dos transexuais, é imprescindível discorrer acerca da contextualização histórica do desenvolvimento social e abordar os avanços do Poder Judiciário brasileiro, enquanto aplicador do direito, por meio de jurisprudências e entendimentos dos tribunais, aduzindo o papel determinante enquanto defensor dos direitos humanos e da dignidade do transexual.

Objetiva-se, portanto, analisar a possibilidade de aplicação da qualificadora do feminicídio nos casos de mulheres transexuais à luz da hermenêutica jurídica em consonância com os princípios limitadores do poder punitivo estatal, discorrendo sobre os pressupostos do feminicídio e os casos de incidência, sendo indispensável a compreensão dos conceitos de identidade de gênero, sexo e orientação sexual, que embora comumente confundidos, apresentam diferenças significativas.

Desta feita, o presente artigo estrutura-se em três capítulos, o primeiro discorrendo o primeiro acerca das definições de sexo, gênero e identidade de gênero, a construção da identidade e dos papéis de gênero e considerações relativas aos avanços jurídicos na proteção do transexual. O segundo apresenta os conceitos de feminicídio e femicídio, com análise da Lei 13.104 e da mulher enquanto sujeito passivo da qualificadora. Por fim, antes de estabelecer a conclusão da pesquisa realizada pelo método dialético, analisa-se a interpretação da lei penal com base nos princípios da legalidade, taxatividade e reserva legal.

Ante o método científico utilizado, se estabelece que a lei não pode ser considerada de maneira isolada, devendo os fatores sociais, políticos, econômicos e culturais serem levados em consideração para que a realidade seja analisada em sua totalidade.

2 SEXO, GÊNERO E IDENTIDADE DE GÊNERO

A construção da sociedade acerca da identidade sexual pauta na compreensão de que os órgãos genitais determinam se o indivíduo é homem ou mulher. Entretanto, para Bento (2006, p. 69-70), tais conceitos vão além do fato biológico, sendo imprescindível a compreensão do fato social, com ideias de autopercepção e a maneira como a pessoa se expressa socialmente, formando o tripé *gênero, sexualidade e identidade de gênero*, que apesar de cada um desses três conceitos possuírem significados independentes, há congruência e entrelaçamento em alguns pontos.

A ideia do binarismo homem-mulher permanece inserida na sociedade, criando a falsa concepção de que o gênero é determinado pelo sexo e as pessoas precisam se comportar de acordo com as supostas disposições naturais e culturais, gerando as condições vagina-feminino e pênis-masculino, no qual a natureza constrói a sexualidade e direciona os corpos de acordo com as disposições naturais.

O sexo é definido biologicamente e compreende as variações genéticas, hormonais e células reprodutivas de ambas as espécies (macho e a fêmea). O gênero, por sua vez, é expressado pela cultura e outros sistemas sociais, definidos pelos valores, expectativas e responsabilidade atribuídas a indivíduos e grupos que compõem o feminino ou o masculino (JESUS, 2012, p. 12-13).

Na percepção de gênero, os indivíduos podem ser enquadrados como transgêneros ou cisgênero. O primeiro conceito é quando de alguma forma a pessoa não se identifica com o sexo biológico determinado no momento do nascimento, conseqüentemente não se identifica com o gênero esperado pela sociedade. O cisgênero por sua vez, é o indivíduo que se identifica com o gênero atribuído no momento do nascimento, quando corresponde a expectativa social de coerência entre o sexo de nascimento e o gênero.

as identidades [de gênero] são sempre construídas, elas não são dadas ou acabadas num determinado momento. Não é possível fixar um momento — seja esse o nascimento, a adolescência, ou a maturidade — que possa ser tomado como aquele em que a identidade sexual e/ou a identidade de gênero seja "assentada" ou estabelecida. As identidades estão sempre se constituindo, elas são instáveis e, portanto, passíveis de transformação. (LOURO, 2003, p.26).

Por décadas a transexualidade foi taxada como distúrbio mental, estando presente na Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde (CID), na categoria de Transtorno de Identidade Sexual (CID10 F64.0), até junho do presente ano, quando finalmente a OMS retirou a condição transexual do rol de distúrbios mentais, pregando o progresso da medicina e os avanços na pesquisa científica (OMS..., 2018), sendo reconhecido que a condição adversa do esperado socialmente não se trata de doença mental ou perversão sexual (ONU..., 2018).

O transexual rompe a perspectiva binária homem-mulher, determinada como padrão preestabelecido, por não reproduzir a masculinidade ou feminilidade com base no órgão genital. A medicina vem evoluindo no sentido de proporcionar a adequação física do transexual à condição mental de identidade de gênero.

Comumente o homem ou mulher transexual é equivocadamente relacionado a homossexualidade, entretanto, são conceitos diferentes e que não se confundem. A identidade de gênero e a orientação sexual são ideias distintas, no qual a última demanda de atração emocional, afetiva e sexual para relações íntimas e amorosas. Logo, é possível que uma pessoa nascida com genitália feminina e que se identifique com o gênero masculino sinta atração por homens, sendo, neste caso, um homem transexual homossexual.

O socialmente esperado é que cada pessoa transexual se porte de acordo com o que reconhece como pertencente de seu gênero, adequando o nome, a aparência e adotando comportamentos compatíveis, por não sentirem que seu corpo, da maneira que é, está adequado à forma como pensam e se enxergam, percebendo a necessidade de moldarem o corpo à imagem que possuem de si (BENTO, 2006, p. 103-104).

Apesar da condição física e mental costumar andar lado a lado quando o indivíduo não se identifica com o sexo ou gênero de nascimento, não há qualquer obrigatoriedade na adaptação do corpo para se assemelhar com o sexo geralmente atribuído ao gênero com o qual se identifique, sendo apenas consequência natural pela falta de identificação pessoal quando a aparência não se assemelha ao entendimento dicotômico do gênero estabelecido pela sociedade, demonstrando a ausência de necessidade de realização de procedimentos cirúrgicos para o indivíduo ser considerado transexual (JESUS, 2012, p. 14-16).

Assim, conforme Jesus (2012, p. 12-13), pelo fato de o gênero ser puramente uma questão psicológica, a identificação pessoal deve possuir força suficiente para o

indivíduo se enquadrar no gênero que se identifica, afastando os conceitos sexuais e biológicos, que determinavam previamente como a pessoa deveria se comportar e se identificar. O fato de a mulher transexual não ter realizado cirurgia de redesignação e ter nascido com a genitália masculina, não a torna menos mulher do que a mulher cisgênero.

2.1 DO INDIVÍDUO DE IDENTIDADE TRANSEXUAL: **considerações relativas aos avanços jurídicos**

A pluralidade do indivíduo é manifestada pela diversidade identitária desde o início da humanidade. No século XIX a medicina e a biologia já davam início ao processo de categorização das, até então, chamadas “disfunções sexuais”, que perpassavam por termos absurdos em razão do desconhecido e novo, confundindo-se constantemente com o conceito de hermafrodita. Nesse período, muitos autores classificavam as pessoas travestis e transexuais como aberrações, invertidos, anormais, dignos de desordem, entre tantos outros termos ofensivos, conforme expõe Bento (2006, p. 27-32).

O sexólogo Magnus Hirschfeld utilizou a expressão “transexualpsíquico”, em 1910, para designar travestis fetichistas. Essa denominação foi utilizada novamente em 1949 quando Cauldwell publicou um estudo sobre um transexual masculino. Até esse momento, não havia uma distinção clara entre travestis, transexuais e homossexuais. (LIMA, 2018, p. 23)

O conceito de transexual foi surgindo por volta de 1955, quando o professor de psicopediatria de Nova York esboçou as primeiras teses acerca de gênero, com base na Teoria dos Papéis Sociais, concluindo que a identidade e o gênero seriam moldáveis até os 18 meses de vida do ser humano. Em 1966, mediante a realização de cirurgia transgenital no hospital Johns Hopinks, os conceitos de transexualidade e hermafrodita foram afastados, sendo aquele sinônimo de identidade de gênero (BENTO, 2006, p. 40-41).

No Brasil, a cirurgia de redesignação sexual era considerada prática de mutilação e lesões corporais aos pacientes, sendo legalizada apenas em 1997, quando o Conselho Federal de Medicina – CFM publicou um parecer autorizando Hospitais Universitários a realizarem essa intervenção cirúrgica (LIMA, 2018, p. 25).

Entretanto, a realização de cirurgia transgenital não é prescindível para a comprovação da condição transexual do indivíduo, sendo apenas uma intervenção para harmonizar a sexualidade e a identidade de gênero, haja vista que o que faz a pessoa ser considerada transexual e ter seus direitos garantidos, é a auto declaração, sendo extremamente inaceitável a imposição de submissão a procedimento cirúrgico para comprovar a identidade de gênero.

Durante muito tempo, a ideia de transexualidade esteve relacionada a distúrbio mental e, apesar da Organização Mundial da Saúde publicar relatório retirando o transexual da classificação de distúrbio mental do rol universal de doenças, o Brasil ainda caminha a passos curtos em direção a adequação legislativa, médica e judiciária à condição única do indivíduo que não se identifica com o gênero socialmente esperado.

É notório que a transexualidade até os dias atuais não é visualizada pelo direito como merecedora plena de proteção legislativa, não sendo raro os casos envolvendo algum aspecto da identidade de gênero chegarem aos tribunais pela omissão do Poder Legislativo, dando ao judiciário o poder de decidir acerca de termos que deveriam ter sido apreciados e abarcados em legislação adequada. Essa realidade demonstra que os principais avanços das garantias de proteção do transexual ocorrem por intermédio do Poder Judiciário, nas mais diversas esferas do direito, seja penal, civil ou militar.

Nesse sentido, no dia 01 de março de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.275, no qual discutia o direito dos transgêneros de realizar a retificação do registro civil, com substituição do prenome e sexo, sem necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais, conforme a interpretação da Constituição Federal de 1988 e do Pacto de São José da Costa Rica (STF, 2018), dando nova interpretação ao art. 58 da Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973 (BRASIL, 1973).

Ainda, na sessão do dia 15 de agosto de 2018, o STF reafirmou o direito dos transgêneros dando provimento ao Recurso Extraordinário 670422, para autorizar a alteração do registro civil do transexual pela via administrativa, de maneira que é vedada a inclusão do termo transgênero na averbação, bem como não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, com o intuito de preservar o direito ao sigilo, da dignidade da pessoa humana e evitar qualquer tipo de constrangimento ou discriminação (STF, 2018).

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça emitiu provimento de n. 73 em consonância com a decisão da Organização Mundial da Saúde de excluir a transexualidade do capítulo de doenças mentais e com base na decisão do STF na ADI n. 4.275/DF, dispondo sobre a averbação da alteração do prenome e gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoas transgêneros no Registro Civil das Pessoas Naturais, conforme as exigências expostas no provimento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018), sendo, mais uma vez, um avanço incalculável do Poder Judiciário em favor do transexual.

Na esfera criminal, o ministro Luís Roberto Barroso, ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 152.491 (BRASIL, 2018), proferiu decisão determinando que Pedro Henrique Oliveira Polo – como nome social Laís Fernanda e Luiz Paulo Porto Ferreira – com nome social Maria Eduarda Linhares, condenadas pela prática de crime com uso de arma branca, sejam postas em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais, tomando por base a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e a Resolução SAP nº 11, de 30 de janeiro de 2014, do Estado de São Paulo.

Desta feita, é imprescindível analisar os avanços jurídicos na esfera criminal nacional e estadual no que concerne o direito dos transexuais, que cada vez mais dispõem sobre a necessidade de atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário, devendo ser preservado o direito à orientação sexual e a identidade de gênero, trazendo diversos avanços jurídicos como forma de garantir o respeito a individualidade e dignidade do transexual com base no gênero (SECRETÁRIO..., 2014).

Em decisão histórica, o ministro Luís Roberto Barroso superou a jurisprudência pretérita do Supremo Tribunal Federal e reconheceu a legitimidade da Associação de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ALGBT), enquanto entidade de classe de âmbito nacional, para contestar os parâmetros de acolhimento do público LGBT submetido à privação de liberdade nos estabelecimentos prisionais brasileiro, expostos nos arts. 3º, §§1º e 2º, e 4º, caput e parágrafo único, da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação nº 1, de 14 de abril de 2014 (STF, 2018).

Em seu voto, o ministro reconhece a população de travestis e transexuais enquanto estigmatizadas e vítimas de graves violência, *in verbis*:

Nessa linha, é importante lembrar que a população de travestis e transexuais é uma das populações mais fortemente estigmatizadas na nossa realidade, vítima de graves violências. O Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo, seguido pelo México, que apresenta, contudo, menos de 1/3 (um terço) dos nossos números de mortes. No Brasil, o tempo médio de vida médio de um transexual é – pasme-se – de trinta e cinco anos. Esses dados bastam para demonstrar quão imprescindível é possibilitar o acesso dessa população ao controle concentrado, uma vez que não há qualquer expectativa de que ela se faça ouvir no âmbito representativo (STF, 2018).

Por fim, no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça, na ementa do Recurso Especial n. 1.626.739/2016, Rio Grande do Sul, o termo “sexo” é usado como sinônimo de “gênero”, para o entendimento do ministro relator Luis Felipe Salomão, demonstrando a diversidade interpretativa acerca dos termos utilizados para o transexual no âmbito jurídico:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. 2. Nessa perspectiva, observada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, admite-se a mudança do nome ensejador de situação vexatória ou degradação social ao indivíduo, como ocorre com aqueles cujos prenomes são notoriamente enquadrados como pertencentes ao gênero masculino ou ao gênero feminino, mas que possuem aparência física e fenótipo comportamental em total desconformidade com o disposto no ato registral. 3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas. 4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. 5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - ratio essendi do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - deve ser compatibilizada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional. 6. Nessa compreensão, o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a cirurgias de transgenitalização, já vinha permitindo a alteração do nome e do sexo/gênero no registro civil (REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009). [...] 11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no

registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a ratio essendi dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade (STF, 2017).

Ante a exposição de avanços dos diversos órgãos do Poder Judiciário, é inegável reconhecer sua posição enquanto defensor dos direitos humanos e da dignidade do transexual em comparação ao Poder Legislativo que ainda demonstra atraso na clareza e alcance da lei, sendo essencialmente protetora do modelo binário sexual já ultrapassado.

3 FEMINICÍDIO: CONCEITOS E CLASSIFICAÇÕES

3.1 FEMINICÍDIO VERSUS FEMICÍDIO

O termo femicídio (*feminicide*) surgiu na década de 1970, criado por Diana Russel, pesquisadora feminista sul-africana, para falar do extremo letal do “*continuum* de terror antifeminino”. A necessidade do conceito remete ao Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, no qual era um tribunal popular formado por militantes feministas em Bruxelas, 1976, que queria dar a devida importância e notoriedade aos crimes cometidos contra as mulheres, à discriminação, à opressão, à desigualdade e à violência sistemática, abarcando diversos países e culturas nos quais as mulheres estavam inseridas. Nessa recente criação do conceito, o femicídio não se reduzia apenas ao homicídio, se tratava de qualquer morte que decorra do gênero.

Com base na definição de Russel, o feminicídio abrange todas as formas de assassinato sexista, ou seja, motivados pela condição do indivíduo enquanto mulher, frente a ideia do homem se sentir no direito de fazê-lo ou pela noção equivocada de superioridade sobre as mulheres (MODELO..., 2014, p. 16).

Na década de 1990, centenas de mulheres jovens e trabalhadoras desapareceram, foram violentadas, torturadas e assassinadas sem que as autoridades competentes agissem, transformando o conceito primário de femicídio pela deputada mexicana Marcela Lagarde, por considerar que o termo femicídio era insuficiente e neutro ante a vitimação para a lei penal, preferindo “feminicídio” para determinar o conjunto de violações aos direitos humanos das mulheres frente ao

Estado omissivo e negligente, que acabava por assumir papel de cúmplice das mortes de mulheres só pelo fato de pertencerem ao sexo feminino (COSTA, DINIZ, GUMIERI, 2015).

Como se nota, estas definições contêm, em sentido amplo, todas as manifestações de violência contra as mulheres; e, em sentido estrito, as mortes violentas de mulheres por razões de gênero que ficam impunes⁴¹, como consequência da omissão das autoridades estatais para prevenir e eliminar estes crimes. Tais omissões deveriam motivar a abertura de investigações disciplinares e criminais para estabelecer a responsabilidade dos agentes do Estado que não preveniram a ocorrência da morte violenta da mulher (MODELO..., 2014, p. 17).

A partir de então, o feminicídio expandiu e ganhou múltiplas conceituações e subtipos – feminicídio íntimo, não íntimo, sexual, por conexão – sendo incorporados ao vocabulário das demandas punitivas. Só na última década, diversos países tipificaram o feminicídio como crime, dentro das especificidades e condições de cada nação, demonstrando divergências entre os efeitos legais, visto que em alguns países a tipificadora se enquadra como crime penal próprio, em outras se trata de qualificadora e agravante e em algumas é apenas visto como mortes em contexto de violência doméstica.

O feminicídio seria, assim, a matança de corpos sexados como mulheres pelo regime político do gênero em um marco patriarcal de poder. Esse verbete é já um gesto político audacioso, um neologismo que, ao ser enunciado, provocaria a opressão do gênero escondida sob a neutralidade do tipo penal homicídio (COSTA, DINIZ, GUMIERI, 2015).

Em suma, o termo comumente utilizado é feminicídio, sendo em síntese a morte violenta de mulheres por razões de gênero, podendo ocorrer no núcleo familiar, unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal. O Estado também pode assumir o papel de perpetrador ou tolerante, mediante a ineficácia punitiva e investigativa ou mediante omissão em garantir a proteção das mulheres, agindo como preventor (MODELO..., 2014, p. 17-18).

Pode ser considerada como a manifestação máxima da violência fruto das relações desiguais de poder entre os gêneros, consequência do patriarcado e machismo que reinam na sociedade há séculos. Ao longo da história, nos mais distintos contextos socioculturais, mulheres são mortas tão somente por serem mulheres. O fenômeno faz parte de um contínuo ciclo de violência expressada em

estupros, torturas, mutilações genitais, infanticídio, violência e exploração sexual dentro e fora da família.

3.2 FEMINICÍDIO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA LEI Nº 13.104/2015

Em 1984, com a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher³, o Brasil incorporou pela primeira vez no ordenamento jurídico a definição de “discriminação contra a mulher” e em razão de ter assinado a Convenção, se comprometeu a adotar medidas para combater e eliminar as formas de discriminação.

Posteriormente, em 1995, o Brasil adotou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também chamada de “Convenção de Belém de Pará”. A convenção trazia preocupações inéditas no cenário nacional, principalmente em relação a violência contra a mulher constituir violação dos direitos humanos, liberdades fundamentais e é consequência da construção patriarcal da sociedade, no qual se manifesta nas relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens. Assim, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro o conceito de violência contra a mulher como “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” (CIDH, 1994).

Ambas as convenções representaram avanços nos direitos das mulheres brasileiras, que foi atrelado ao recorrente crescimento de representatividade feminina no cenário legislativo, o vem possibilitando a reivindicação por garantias legais e protetoras às mulheres.

A denominada Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006 – foi revolucionária por trazer a mulher como sujeito plural, buscando a desconstrução de conceitos previamente determinados (COSTA; MACHADO, 2017, p. 02). Nas disposições iniciais da referida Lei, houve a preocupação em abarcar a pluralidade da identidade feminina, garantindo o gozo dos direitos fundamentais independente de raça, etnia, orientação sexual, renda e religião. O respaldo legal garantidor de proteção a qualquer

³ A Convenção trata sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, sendo um tratado internacional de 1979, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificado por 188 Estados (BRASIL, 2002).

forma de violência ou discriminação em razão do gênero foi um marco para a legislação brasileira.

Com a Lei Maria da Penha, as discussões acerca de conceitos de femicídio e feminicídio ganharam espaço no cenário nacional, de maneira que em 2013 a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência Contra a Mulher elaborou o Projeto de Lei do Senado, nº 292, propondo a inserção do feminicídio no Código Penal, como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passionai.(BRASIL, 2013)

Inicialmente, o projeto pretendia incluir o feminicídio como causa para o aumento da pena do artigo 121 do Código Penal, denominando como forma extrema de violência de gênero, com pena de reclusão de doze a trinta anos, sem prejuízo das sanções relativas aos demais crimes conexos. A principais características para enquadramento na qualificadora seria quando o crime resulte na morte da mulher atrelado às circunstâncias de relação íntima de afeto ou parentesco entre a vítima e o agressor; quando houver a prática de qualquer tipo de violência sexual contra a vítima, antes ou após a morte e; quando houver mutilação ou desfiguração da vítima.

A Senadora Ana Rita expressou parecer favorável ao Projeto de Lei, pleiteando pela regimentalidade e aprovação, fazendo alteração apenas na expressão “que resulta na morte da mulher” para que fosse cabível o enquadramento na forma tentada e inserido como circunstancia o emprego de qualquer meio cruel, caracterizando, em suma o feminicídio como qualificadora ao invés de simples aumento de pena (SILVA, 2017, p. 18-19).

Após o Projeto de Lei ser submetido a votação, restou determinado que o feminicídio abrangia a violência doméstica e familiar e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, por entender que as alterações trazidas anteriormente pela Senadora Ana Rita já estariam implícitas em “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”, além de ter sido excluída a circunstância que trata do emprego de meio cruel ou tortura, uma vez que já existia a qualificadora na forma do §2º, inciso III do artigo 121 do Código Penal.

Então, em 2014, o projeto passou a tramitar perante a Câmara dos Deputados sob o nº 8.305 de 2014, tendo sido aprovada a emenda nº 1 em 04 de março de 2015, alterando o termo “por razões de gênero” para “por razões da condição de sexo feminino”. Ocorre que emenda de redação foi realizada à punho, pelo ato de rasurar o termo original e substituir pela “condição de gênero” com o uso de caneta esferográfica, não demonstrando qualquer motivação para a modificação.

Com as alterações realizadas na redação, em 09 de março de 2015 foi publicada a Lei nº 13.104/2015, incluindo ao rol de homicídios qualificados o feminicídio, que é caracterizado pelo homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, quando envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015).

Sancionada a lei, o Estado demonstra preocupação à violação do direito à vida da mulher, utilizando da sanção penal como forma de punir e dando enfoque ao sujeito passivo do crime, que é constituído pela mulher, bem como leva em consideração a motivação da conduta. Desta feita, de acordo com Castilho (2015, p. 5), não se trata da ampliação do alcance do Direito Penal, se trata do aperfeiçoamento do ordenamento que precisa se adequar a realidade social, buscando meios de enfrentamento ao elevado número de mulheres que são mortas pelo simples fato de serem mulheres.

A análise da Lei 13.104/2015 demonstra a importância de identificar homicídios de mulheres decorrentes de violência doméstica e familiar ou de menosprezo e discriminação, sendo fundamental para garantir meios de enfrentamento à violência tutelada pela Lei Maria da Penha. Para Castilho (2015, p. 4-5), a omissão estatal geraria prejuízos ainda maiores para as mulheres expostas a realidade violenta, devendo ser garantida a proteção por meio de medidas protetivas e a assistência integral necessária para interromper o ciclo da violência.

Ainda, o direito à vida é direito fundamental do ser humano, defendendo ser protegido pela lei penal, conforme expõe o art. 5º, XXXVIII e XLI, da Constituição Federal, devendo ser afastada qualquer forma de crítica ao feminicídio em razão do Direito Penal mínimo, da existência prévia de tipificação do homicídio qualificado e da violação do princípio de igualdade dos sexos, sendo o direito à vida o principal objeto do crime e a diferenciação entre o sujeito passivo necessário e motivação do homicídio e feminicídio, no qual este é constituído por mulher (CASTILHO, 2015, p. 4).

3.3 A MULHER ENQUANTO SUJEITO PASSIVO DO FEMINICÍDIO

Durante séculos o Estado foi omissivo em relação à proteção dos direitos das mulheres, negando proteção específica e fechando os olhos para as violações contra seus copos e vidas, dando continuidade à cultura patriarcal que determina a superioridade da figura masculina em face da vulnerabilidade da mulher, colocando em patamar de frágil, doméstico e dependente. Entretanto, nas últimas décadas a própria sociedade vem dando enfoque à realidade da mulher e pleiteando os direitos voltados a essa minoria vulnerável, buscando a proteção e incitando o debate em todo cenário mundial (SOUZA; BARROS, 2016, p. 273-274).

Apesar dos avanços legais expostos na Lei do Feminicídio, para ser aplicada a referida lei, é necessário que o sujeito passivo seja mulher e que o crime tenha sido cometido por razões de sua condição enquanto pessoa do sexo feminino.

O principal embate doutrinário é acerca de quem pode ser considerada mulher para efeitos de reconhecimento do homicídio qualificado pelo feminicídio. O primeiro critério é o biológico, que identifica a mulher a partir da concepção genética ou cromossômica, de maneira que a realização de cirurgia de redesignação sexual alteraria apenas a estética e não a concepção genética, afastando a possibilidade de aplicação da qualificadora do feminicídio a mulheres transexuais antes ou após realização da cirurgia de redesignação do gênero (MELLO, 2016, p. 4-5).

O segundo critério é o jurídico cível, que considera o sexo que consta no registro civil, ou seja, a alteração do registro civil por meio de retificação, seja via administrativa ou judicial, transforma o conceito de mulher, que deixará de ser naturalmente biológico para ser um conceito de natureza jurídica.

Por fim, o terceiro critério é o psicológico, que atua em oposição ao critério biológico e identifica como mulher a pessoa que apresenta o aspecto comportamental ou psíquico feminino.

Imprescindível ressaltar que para o homicídio se configurar feminicídio, é insuficiente que o polo passivo seja figurado por uma mulher, sendo necessário que a conduta criminosa tenha sido motivada pela condição do sexo feminino e que ocorra na forma de um dos dois incisos da lei: (I) âmbito doméstico ou em relação de afeto íntimo; (II) envolvendo menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Desta feita, a Lei Maria da Penha dispõe, em seu art. 5º, as condições que configuram a violência contra a mulher sendo doméstica e familiar, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

O homicídio de uma mulher em razão de menosprezo à condição de mulher é a segunda espécie de feminicídio trazida pela Lei do Feminicídio, sendo caracterizada quando há ausência de estima ou apreço do agente pela vítima, movido pelo desdém, desprezo e desvalorização.

A complexidade do conceito de mulher implica em conflitos nos seus significados, resultando em uma lacuna entre os conceitos doutrinários que divergem entre si e limitando o alcance das normas legais que põem em questão a concepção do que é ser mulher para o entendimento jurídico, demonstrando a subjetividade da qualificadora feminicídio.

4 INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, TAXATIVIDADE E RESERVA LEGAL

O direito penal depende do Estado como a única fonte de produção, de maneira que o meio de tornar real sua vontade é por intermédio da lei, expondo no art, 22, I, da Constituição Federal, que compete à União versar legislativamente em matéria de direito penal, no qual o faz mediante a representatividade do povo e por sua vez todo o poder emana do povo, no qual o exercem por intermédio dos representantes eleitos nos termos da Constituição⁴.

Apesar de ser detentor do direito de legislar, o Estado não pode violar os princípios fundamentais do direito penal do Estado social e democrático de direito, que

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

integram a Constituição Federal e versam sobre os limites do poder punitivo estatal, cujo o objetivo é orientar o legislador em matéria penal, para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, inspirado em um direito mínimo e garantista, no qual deve ter o caráter de *ultima ratio* e assegurada a exclusão da arbitrariedade e excesso punitivo. (BITENCOURT, 2015, p. 49-50)

“Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados já no preâmbulo da nossa Carta Magna, onde encontramos a proclamação de princípios como a liberdade, igualdade e justiça, que inspiram todo o nosso sistema normativo, como fonte interpretativa e de integração das normas constitucionais, orientador das diretrizes políticas, filosóficas e, inclusive, ideológicas da Constituição, que, como consequência, também são orientativas para a interpretação das normas infraconstitucionais em matéria penal”. (BITENCOURT, 2015. p. 49)

Dentre os princípios limitadores do poder punitivo estatal, é imprescindível analisar os princípios da legalidade, da reserva legal e da taxatividade para compreender se há possibilidade de aplicabilidade da lei do feminicídio nos casos que envolvem mulheres transexuais. Assim, o princípio da legalidade versa sobre a necessidade de existência de tipificação penal para que qualquer fato seja considerado crime⁵, não podendo nenhuma sanção ser aplicada sem que exista lei prévia que verse precisamente e claramente sobre a criminalidade do ocorrido. (BITENCOURT, 2015, p. 51)

A existência normativa é o meio garantidor de segurança jurídica ao cidadão, que necessita do tipo penal incriminador que definam as condutas punitivas, sob pena de sanção. O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais, quais sejam a vedação da retroatividade da lei penal, vedação da criação de leis e sanções pelos costumes, vedação do uso de analogia para tipificar crimes e vedação de incriminações infundadas e vagas. (GRECO, 2016, p. 146-147)

No que concerne ao princípio de reserva legal, este versa sobre a imprescindibilidade de que determinadas matérias devem ser reguladas por meio de lei formal, em consonância com as previsões constitucionais a respeito.

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

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]
(BRASIL, 1988)

Por fim, o princípio da taxatividade estabelece que o julgador deve interpretar e aplica a norma penal nos limites estritos em que foi formulada, para evitar qualquer eventual abuso judicial, sendo considerada uma função garantista a quem vincula o juiz à autolimitação de seu poder punitivo-judiciário (GRECO, 2016, p. 148).

Ante o exposto acerca dos princípios anteriormente explanados, fica demonstrada a importância da atenção do legislador no momento de elaboração da lei penal, a fim de evitar o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas, sob o risco de comprometer o objetivo final e alcance da norma. Ainda, a ambiguidade e obscuridade da lei pode contrariar as funções da divisão dos poderes, resultando da arbitrariedade do poder judiciário ao realizar a interpretação conforme achar adequado e invadir a esfera legislativa. (BITENCOURT, 2015, p. 51)

Na verdade, uma técnica legislativa correta e adequada ao princípio da legalidade deverá evitar ambos os extremos, quais sejam, tanto a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais como o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. Sugere-se que se busque um meio-termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas *cláusulas gerais* valorativas, de outro lado, possibilidade, assim, a abertura do Direito Penal à compreensão e regulação da realidade dinâmica da vida em sociedade (BITENCOURT, 2015, p. 52)

Apesar da normal ideal ser a isenta de ambiguidade, imperfeição e obscuridade, nem sempre o legislador consegue expressar com clareza e objetividade o verdadeiro sentido e o alcance preciso da lei, considerando toda a questão político-social e o contexto jurídico que está inserida.

Não há norma suficientemente clara que prescindia da interpretação e que a conclusão sobre a clareza de determinado enunciado normativo é resultado do próprio processo interpretativo. Assim, para decidir se determinado texto é claro ou obscuro, bem como para decidir se determinada controvérsia é contemplada ou não por certa norma, é imprescindível, evidentemente, uma operação intelectual. Pois bem, o nome dessa operação é justamente o que se conhece por interpretação. (PEIXINHO, 2003 *apud* GRECO, 2016, p. 83)

Então, ocorre de o aplicador do direito interpretar a norma para encontrar o melhor significado dentro dos limites constitucionais e penais. A interpretação não pode desvincular-se do ordenamento jurídico e do contexto histórico-cultural no qual está inserida. Para atingir a finalidade legal, a questão interpretativa se dará por alguns métodos ou processos, podendo qualquer processo de hermenêutica competente ser

aplicado no âmbito do direito penal, podendo ir até aonde a legítima interpretação os conduza, desde que dentro dos limites do princípio da legalidade (BITENCOURT, 2015).

Dentre as espécies de interpretação, a primeira abordagem é subdividida em interpretação objetiva, no qual busca-se descobrir a vontade da lei, e a interpretação subjetiva, que busca compreender a vontade do legislador. Os métodos interpretativos podem ser distinguidos ainda quanto ao sujeito de que emana, podendo ser autêntica, quando é realizada pelo próprio corpo do texto legal, seja no momento de elaboração legislativa (contextual) ou depois da edição da lei (posterior); doutrinária, quando realizada por estudiosos do Direito, conforme opiniões pessoais e sem qualquer obrigatoriedade na obediência; e judicial, feita pelos aplicadores do direito (GRECO, 2016, p. 83-85).

Quanto aos meios, a interpretação pode ser literal, que se limita à buscar o verdadeiro sentido e alcance das palavras; teleológica, que busca alcançar a finalidade da lei; sistêmica, que analisa o sistema normativo em que a lei está inserida, não se limitando apenas a norma de forma isolada; histórica, buscando a origem da lei, a vontade e necessidade de sua criação à época em que foi editada; e progressiva, que compreende a evolução social para interpretar a lei conforme a realidade atual (GRECO, 2016, p. 87-89).

Por fim, a interpretação quanto aos resultados pode ser declaratória, no qual o alcance normativo não é ampliado nem restringido, sendo apenas declarada a vontade da lei; extensiva, quando existe a necessidade de ampliar a lei para compreender a exata vontade, partindo do princípio que o legislador falou menos do que pretendia no momento de edição; e restritiva, quando o interprete reduz o alcance da norma (GRECO, 2016, p. 89-90).

Ainda, em razão da sociedade constantemente evoluir e o direito nem sempre conseguir acompanhar e se adaptar, é esperado que as normas não prevejam todas as situações que podem ocorrer na vida cotidiana, permitindo em algumas situações a utilização de recursos que amplie o alcance da norma penal com o objetivo de abarcar todas as hipóteses ainda não previstas expressamente na lei, sendo a interpretação analógica. Entretanto, a interpretação analógica é vedada quando vier a prejudicar o agente, prejudiquem o réu, em virtude dos princípios de legalidade e da reserva legal.

Em matéria penal, por força do princípio de reserva, não é permitido, por semelhança, tipificar fatos que se localizes fora do raio de incidência da norma, elevando-os à categoria de delitos. No que tange às normas incriminadoras, as lacunas, porventura existentes, devem ser considerados como expressões da vontade negativa da lei. E, por isso, incabível se torna o processo analógico. Nestas hipóteses, portanto, não se promove a integração da norma ao caso por ela não abrangido. (LEIRIA, 1981 *apud* GRECO, 2016, p. 95)

Nesse sentido, a analogia é dividida entre analogia *in bonam partem*, sendo possivelmente cabível e muitas vezes necessárias para a interpretação da lei penal, haja vista que não resulta no prejuízo do agente, e a analogia *in malam partem*, que é vedada no ordenamento jurídico penal, em razão de definir a tipificação penal ou *occidentalia delicti* (qualificadora, causa especial de aumento de pena e agravante) a uma situação não contemplada juridicamente, mas que apenas se assemelha a tipo penal previamente existente (GRECO, 2016, p. 95-96).

De todo modo, a interpretação e aplicação das leis devem acompanhar o desenvolvimento social e o reconhecimento conferido às minorias, sendo o combate à violência de gênero na proteção da mulher transexual o bem jurídico a ser tutelado.

5 CONCLUSÃO

Apesar dos avanços legais expostos na Lei do Feminicídio, o legislador foi infeliz em substituir o termo “gênero” por “sexo feminino”, entretanto, a aplicação da lei não se restringe a subsunção da norma ao fato, visto que o direito transcende a lei, sendo passível de interpretação, de valoração e da singularidade do caso concreto. Então, a jurisdição está passível da aplicabilidade dos valores constitucionais, permitindo ao magistrado que aplique o direito da sua época e justifique racionalmente a adequação da norma à realidade axiológica, não unicamente a vontade incerta da lei, devendo utilizar o critério da valoração como subsidio à interpretação da norma, mas sem ferir os princípios da legalidade e da reserva legal.

Ante a existência legislativa que versa sobre o feminicídio como qualificadora do homicídio, o alcance da norma deve ser visto à luz dos métodos interpretativos existentes, tendo em vista a abrangência do termo “mulher” e a obscuridade na real vontade do legislador no momento de elaboração da lei, que sem qualquer justificativa alterou o termo “gênero” para “sexo feminino”, demonstrando ausência de clareza

acerca da condição de compreender os termos enquanto sinônimos ou vontade de restringir o alcance.

Mesmo o uso dos métodos interpretativos da norma deve ser realizado dentro dos limites da legalidade, sem transpor o que está assinalado na lei. Sendo assim, a inadequação do termo “sexo feminino” justificam que a lei a qualificadora deve ser objeto de correção interpretativa, de modo que a readequação da expressão não se constituiria perigo para a segurança jurídica, em face da realidade de violência de gênero. Deixar de aplicar a lei do feminicídio a mulheres transexuais representaria oposição ao espírito do ordenamento jurídico, já que este prevê o dever de prevenir e coibir a violência de gênero praticada contra todas as mulheres.

Com base no que foi anteriormente exposto acerca dos avanços dos direitos sociais do cidadão por parte do Poder Judiciário, é indispensável enxergá-lo como meio de efetivação dos direitos fundamentais, preenchendo as lacunas deixadas pela lei, que devem ser interpretadas de acordo com os anseios sociais.

Então, apesar do ativismo judicial ser severamente criticado em razão da possível ofensa ao princípio da separação dos poderes, existe a necessidade em razão da sociedade pós-moderna ser incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem rapidamente com a população, atrelada ao fato do Poder Legislativo ser cercado de burocracia e o Poder Executivo não possuir suficiência regulatória. Diante do cenário exposto, o judiciário é constantemente levado a atender as demandas com elevado grau de complexidade.

No que concerne identidade sexual dos transexuais, a ausência normativa que verse especificamente sobre essa classe minoritária, leva os tribunais a se portarem de modo a concretizarem o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo intérpretes e aplicadores da lei. Entretanto, enquanto a aplicabilidade da Lei do Feminicídio a mulheres transexuais ainda não é objeto de apreciação pelos tribunais, para que seja firmada jurisprudência e análise da vontade da lei, tendo em vista o caráter recente de sua criação, o Poder Legislativo permanece insistindo nos conceitos ultrapassados ao aprovar normas que excluem ao invés de incluir e que não se adequam mais a diversidade sexual vivenciada em âmbito mundial, demonstrando o conservadorismo que predomina o legislador.

Apesar dos avanços jurídicos acerca da compreensão de que a condição de ser mulher não está ligada apenas ao sexo biológico e que sexo é resultado de uma

construção social, as mulheres transexuais ainda não tiveram seu direito efetivado ante a violência de gênero, que deveria protegê-la independentemente do sexo.

Contudo, incube ao intérprete fazer uso dos mecanismos de interpretação da lei penal para dar às previsões legais o alcance que efetivamente têm, como já vem ocorrendo em situações semelhantes, por consequência direta da ausência normativa e tratamento inadequado do Estado em exercer seu dever de proteção dos indivíduos que, para todos os efeitos sociais, pertencem ao gênero feminino.

Em grau comparativo, a Lei do Feminicídio surgiu à luz da Lei Maria da Penha, com o intuito de garantir a proteção legal à mulher, então ao utilizar o conceito de gênero para definir a violência doméstica praticada contra a mulher, a Lei Maria da Penha não limite sua aplicação à condição biológica, englobando a identidade de gênero no alcance legal

Desta feita, ainda que proteção da mulher transexual vítima de feminicídio já fosse entendimento jurisprudencial pacífico, se faz necessária a revisão da qualificadora para que o termo adotado seja conforme a redação inicial, substituindo “sexo feminino” por “gênero”, de maneira que sane as dúvidas acerca do alcance da lei e proteja as mulheres que sofrem em razão de serem mulheres, por compreender que a norma deve ser aplicada a partir de uma perspectiva de gênero .

REFERÊNCIAS

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BIANCHINI, Aline; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio**: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em 2 out. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner – 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BRASIL. **Decreto nº 4.377**, de 13 de setembro de 2002: Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979,

e revoga o Decreto nº89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em 11 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 05 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em 08 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**: Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm>. Acesso em 01 nov. 2018.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **OMS retira transexualidade da lista de doenças e distúrbios mentais**. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/junho/organizacao-mundial-da-saude-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-e-disturbios-mentais>>. Acesso em 14 out. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 292/13. Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>>. Acesso em 01 nov. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.305/14**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>>. Acesso em 05 nov. 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Sobre o feminicídio. **Direito Penal em Debate**, v. 23, n. 270, p. 4-5, maio. 2015. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/wp->

content/uploads/2014/02/ELAWIECKO_IBCCRIM270_feminicidiomaio2015.pdf>. Acesso em 20 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Provimento nº 73, de 28 de julho de 2018**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503>>. Acesso em 07 nov. 2018.

COSTA, B.S; Diniz, D.; GUMIERI, S. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 114, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.114.07.PDF>. Acesso em 02 nov. 2018.

COSTA, Marília Ferruzzi. MACHADO, Isadora Vier. Lei do feminicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico. **Mundo de Mulheres**, Florianópolis, v.13, 2017. Disponível em: <http://www.en.wwwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499460981_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-MariliaFerruzzi;IsadoraVier.pdf>. Acesso em 02 nov. 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. Disponível em: <<https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-e-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. 2. ed. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>>. Acesso em 10 out. de 2018

LIMA, Kality Suellen Silva. **Direito ao nome e a retificação do registro civil da pessoa transexual: Uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2018. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/7342/1/Direito%20ao%20nome%20e%20a%20retifica%C3%A7%C3%A3o_Lima_2018.pdf>. Acesso em nov. 2018.

LOURO, Guacira Lopes. A emergência do “gênero”. In: **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

MELLO, Adriana Ramos. Breves comentários à Lei 13.104/2015. **Revista dos Tribunais**, v. 958, 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 10 out. 2018.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **ONU e ativista elogiam decisão da OMS de tirar transexualidade da lista de doenças mentais**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-e-ativista-elogiam-decisao-da-oms-de-tirar-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>>. Acesso em 02 nov. 2018.

ONU MULHERES. **Modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio)**. Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf>. Acesso em 10 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, 09 de junho de 1994**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em 02 nov. 2018.

SÃO PAULO. **Resolução SAP – 11**, de 30 de janeiro 2014. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/CPDS/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20SAP-n%C2%BA%2011.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2018.

SILVA, Juliana Andrade da. **A qualificadora do feminicídio: considerações acerca da possibilidade da sua aplicação em casos de homicídio de mulheres transgêneras**. 2017. 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2017. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/juliana_silva_20171.pdf>. Acesso em 02 nov. 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora. Questões controversas com relação à lei do feminicídio (lei n. 13.104/2015). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 111, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca>

ca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-USP_111.10.pdf>. Acesso em 16 out. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 4. T. Resp: 1626739 RS 2016/0245586-9. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 09/05/2017, Data de Publicação: **DJe 01/08/2017**.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min.Marco Aurélio. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>>. Acesso em 5 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus 15.491**. Impetrante: Victor Hugo Anuvale Rodrigues. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 14 fev. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313688214&ext=.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527. Requerente: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 29 jul. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314765393&ext=.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **STF reafirma direito de transgêneros de alterar registro civil sem mudança de sexo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>>. Acesso em 08 nov. 2018.

TRANS RESPECT VERSUS TRANSPHOBIA. **Trans Day of Remembrance (TDoR) 2017**: Press Release 325 trans and gender-diverse people reported murdered in the last year. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-remembrance-2017/>>. Acesso em 03 nov. 2018.

ANEXO A – EMENDA DE REDAÇÃO Nº 01

EMENDA DE REDAÇÃO

Nº 1

Projeto de Lei nº 8.305 de 2014

Arado
03/11/15

Dê-se ao inciso VI e ao § 2º - A do Projeto de Lei nº 8305, de 2014, a seguinte redação:

Feminicídio

VI – contra a mulher por razões ~~de gênero feminino~~:

da condição de sexo feminino.

§ 2º - A. Considera-se que há razões ~~de gênero feminino~~ quando o crime envolve:

da condição de sexo feminino.

Sala de Sessões, em 4 de março de 2015



 PT, PPS, PSC, PPSOL, PV

Fonte: Emenda de Redação nº 01. Projeto de Lei nº 8.305 de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1305298&filename=ERD+1/2015+%3D%3E+PL+8305/2014>. Acesso em 12 nov. 2018.