

A natureza jurídica do feminicídio e a legitimidade de mulheres trans. como sujeitos passivos desse crime

The legal nature of the femicide and the legitimacy of transgender women as passive subjects of this crime

Lara Caetano da Silva

Aluna do 8º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
E-mail: laracaetano@unipam.edu.br

Resumo: O presente estudo analisa o feminicídio, circunstância qualificadora do crime de homicídio, previsto no art. 121, § 2º, VI, do Decreto-lei 2848 (Código Penal), acerca de sua natureza subjetiva ou objetiva. Tal análise busca constatar a natureza jurídica do delito, para verificar questões como a coexistência com outras qualificadoras, participação, hediondez e outros. Busca-se verificar também a legitimidade de mulheres trans como sujeitos passivos do feminicídio, examinando os posicionamentos jurídicos do conceito de mulher para essa lei, tendo em vista a maior discussão nos dias atuais acerca de identidade de gênero. O método científico adotado é o dedutivo, sendo que o método de procedimento é o bibliográfico e o jurisprudencial.

Palavras-chave: Natureza jurídica. Gênero. Sexo. Identidade de gênero. Transexualidade.

Abstract: The present study analyzes femicide, qualifying circumstance of the crime of homicide, provided for in art. 121, § 2nd, VI of Decree-Law 2848 (Criminal Code), about its subjective or objective nature. Such analysis seeks to verify the legal nature of the offense, to verify issues such as coexistence with other qualifiers, participation, hideousness and others. It also seeks to verify the legitimacy of transgender women as passive subjects of femicide, examining the legal positions of the concept of woman for this law, bearing in mind the greater discussion at present about gender identity. The scientific method adopted is the deductive, and the method of procedure is the bibliographical and jurisprudential.

Keywords: Legal nature. Gender. Sex. Gender identity. Transsexuality.

1 Introdução

O presente trabalho analisou a natureza jurídica do feminicídio, art. 121, § 2º, VI, do Decreto-lei 2848 (Código Penal), acerca de sua natureza subjetiva ou objetiva. Perpassou também pelo estudo da legitimidade das mulheres transexuais como vítimas dessa forma de homicídio, abordando temas como necessidade de cirurgia de redesignação sexual e nome social.

O feminicídio foi introduzido no diploma legal através da Lei n. 13.104, de 2015, sendo a sexta modalidade de homicídio qualificado, constatado quando este ocorrer contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Tais razões são citadas no §2º-A, consideradas quando o crime envolva I - violência doméstica e familiar e II - menosprezo e discriminação à condição de mulher.

A lei previu também causas de aumento de pena para essa forma de delito, descritas nos incisos I a III, que sejam durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência e na presença de descendente ou de ascendente da vítima. E indo além, alterou a redação do art. 1º, I da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8072/90) para “homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI)” (BRASIL, 1990).

Com isso, a lei sancionada pela então presidente Dilma Rousseff reconheceu a existência de uma violência de gênero no Brasil, uma questão que já era enfrentada há anos por movimentos feministas. Apesar de não haver criado um novo tipo penal, apenas uma forma qualificada de homicídio, a nova qualificadora “ampliou a proteção da mulher vitimada pela violência de gênero, assegurando-lhe maior proteção” (BITENCOURT, 2016, p. 95).

A busca pela natureza jurídica do feminicídio oferece vários questionamentos, como as implicações dessa constatação em relação à hediondez do crime, sobre o concurso de agentes, acerca da opção do legislador ao escolher o termo “sexo” e não “gênero” ao redigir o dispositivo legal, entre outros. Além disso, investigar a possibilidade de mulheres transexuais não submetidas à cirurgia de mudança de sexo figurarem no polo passivo do crime coaduna com as atuais discussões concernentes à identidade de gênero, uma das grandes bandeiras levantadas pela comunidade LGBTI+ (sigla utilizada para se referir às lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexo e outras orientações sexuais, identidades e expressões de gênero).

Foi adotado o método de pesquisa teórico, principalmente pela pesquisa bibliográfica, fundada em levantamento de doutrinas, artigos, manuais, periódicos, revisão de literatura e etc., na busca por posicionamentos ou correntes de entendimento sobre o tema, fazendo uma análise lógica e conceitual desse material, além da pesquisa documental, baseada na legislação e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de auferir as contribuições jurisprudenciais acerca do feminicídio e sua compreensão.

2 Da natureza jurídica do feminicídio

Analisando-se as razões da condição de sexo feminino, fica claro estar-se diante de uma norma penal em branco, aquela em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário, sem o qual se torna impossível a sua aplicação (GRECO, 2014). Seguindo as lições do jurista Rogério Greco, verifica-se que tal qualificadora trata-se de norma penal em branco homogênea, pois os conceitos de violência doméstica e familiar, previstos no inciso I, são encontrados em norma de mesma hierarquia legislativa, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11340/2006).

O feminicídio é também uma das circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio. Além dessa circunstância, qualificam o homicídio as descritas no §2º do art. 121 da lei penal, que, quando reconhecidas, aumentam a pena mínima e máxima do

delito. Dito isto, feminicídio é uma forma de homicídio qualificado, por ser o crime cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, o que implica dizer que as penas mínima e máxima desse delito são maiores do que a do homicídio simples.

Pode ocorrer que o agente, ao cometer o homicídio, se valha de mais de uma das circunstâncias qualificadoras descritas no tipo penal, sendo necessário analisar a possibilidade de que ocorram concomitantemente. Aí reside a importância de se verificar se tais condições têm caráter objetivo ou subjetivo e se podem coexistir de forma lógica na ação criminosa, sendo certo que esse concurso “apresenta graus de complexidade que demandam alguma reflexão” (BITENCOURT, 2016, p. 82).

O delito de homicídio possui circunstâncias que, quando presentes, atenuam a pena, classificando-o como o que a doutrina chamou de homicídio privilegiado. O art. 121, §1º do Código Penal, trata dessas condições, dispondo que, se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Todas essas situações descritas são de natureza subjetiva, pois é necessário verificar a motivação íntima do agente no momento da ação.

Por esse motivo, maior parte dos juristas defendem que não poderão coexistir com outras circunstâncias subjetivas, sob pena de a ordem jurídica pátria aceitar concomitantemente motivações totalmente opostas como motor do delito (como exemplo, não seria possível ao sujeito matar alguém motivado por relevante valor social e motivo torpe ao mesmo tempo).

Destaca-se, preliminarmente, que o homicídio qualificado é definido como crime hediondo, nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 8072/90 (BITENCOURT, 2016, p. 83). Isso implica penas mais duras e regime de cumprimento mais severo que o dos demais crimes. Além disso, crimes hediondos são insuscetíveis de graça, anistia ou indulto, além de não ser cabível a fiança (art. 2º, I e II). Isso torna ainda mais relevante a verificação sobre a natureza da circunstância qualificadora. Quando presente uma condição subjetiva motivadora do homicídio reconhecida juntamente com o privilégio, o crime não será classificado como hediondo, pois “a ação continua punível, apenas a sua reprovabilidade é mitigada, na medida em que diminui o seu contraste com as exigências ético-jurídicas da consciência comum” (BITENCOURT, 2016, p. 76).

De maneira geral, as qualificadoras objetivas são as que dizem respeito ao crime, enquanto as subjetivas vinculam-se ao agente (BIANCHINI, 2016, p. 204). Disso decorre mais uma importante razão para se verificar a sua natureza: o concurso de pessoas. Se o crime é cometido por mais de um sujeito, pode haver, além do autor, as figuras de coautor e partícipe. O Código Penal, no artigo 30, prevê que as circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam aos demais agentes, salvo quando elementares do crime. Seguindo do entendimento de que as qualificadoras subjetivas têm relação particular com a esfera de motivação íntima do agente, não se comunicarão aos demais coautores ou partícipes, na medida em que só poderão ser punidos por elas quando presentes também no seu âmbito de motivação.

Em relação ao feminicídio, a novel legislação gera grandes debates na órbita jurídica nesse sentido: existe divergência na doutrina acerca da natureza jurídica de tal qualificadora, se esta seria subjetiva ou objetiva. A depender da interpretação, os

impactos serão diferentes na coexistência com outras qualificadoras e julgamento pelo Tribunal do Júri, por isso vários foram os posicionamentos adotados pela comunidade jurídica, descritos a seguir.

2.1 Qualificadora subjetiva ou objetiva?

Parcela da doutrina entende que o feminicídio é uma qualificadora de natureza subjetiva, isto porque a própria lei fala expressamente em razões de condição do sexo feminino sendo necessário adentrar na esfera íntima do dolo do agente para se verificar a sua configuração. Além do mais, entendem que não poderia ser um dado objetivo por não se relacionar com o meio ou modo de execução.

Alice Bianchini (2016, p. 216) comunga desse entendimento, uma vez que, para ela, a condição de sexo feminino representa a motivação da ação homicida. Nessa seara, coaduna com o entendimento da doutora em direito penal o promotor de justiça Rogério Sanches Cunha, que entende que a qualificadora do crime de feminicídio é “claramente subjetiva, pressupondo motivação especial, qual seja, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher.” (CUNHA, 2018).

Ainda nesse viés, Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 97) reforça que o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher é o próprio móvel do crime, e que a vulnerabilidade da mulher, tida como física e psicologicamente mais frágil, encoraja a prática da violência por homens que presumem certa sua dificuldade em oferecer resistência à agressão.

Em outro sentido, há uma parcela de juristas que entende que matar uma mulher em situação de violência doméstica ou de menosprezo ou discriminação à condição de mulher tem natureza objetiva. Essa corrente, defendida por Amom Albernaz Pires, não admite a possibilidade de um crime de clara motivação de gênero ser tratado como simples homicídio no caso de ser reconhecida a incidência de um “privilegio”.

A nova qualificadora do feminicídio não constitui o móvel imediato da conduta, isto é, o agente pode ter agido por causa de uma discussão banal com a vítima (motivo fútil) ou por causa da sua possessividade e ciúme excessivo em relação à vítima ou em razão de seu inconformismo com o término do relacionamento afetivo (motivo torpe), para ficar só nesses dois exemplos corriqueiros na lida do Tribunal do Júri, dentre muitos outros (PIRES, 2016).

Para o jurista, o ânimo imediato do delito não é a condição do sexo feminino, pois o homicida, no momento da ação criminosa, geralmente é movido por motivos fúteis ou torpes (como nos exemplos citados). Seguindo esse raciocínio, a qualificadora do feminicídio não poderia ser afastada se reconhecidas outras circunstâncias subjetivas que qualificam o homicídio, sendo então possível reconhecer a existência de um homicídio qualificado de forma objetiva pela condição de sexo feminino ou menosprezo desta, ou violência doméstica e familiar, e qualificado também de forma subjetiva por motivo fútil ou torpe.

O Superior Tribunal de Justiça, como instância máxima em matéria infraconstitucional no Brasil, também já se posicionou no sentido de reconhecer o feminicídio como qualificadora objetiva do delito de homicídio. Em decisão monocrática proferida pelo ministro Félix Fischer no Resp 1.707.113/MG, o magistrado argumentou que o “feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar” (Ministro Felix Fischer, REsp 1.707.113-MG, publicado em 07/12/2017). Desde então, esse entendimento vem sendo consolidado pela quinta e sexta turmas do tribunal, a exemplo do HC 430222 / MG de relatoria do ministro Jorge Mussi e do HC 433898 / RS de relatoria do ministro Nefi Cordeiro.

Nessa linha de interpretação, estão também os enunciados da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID), criada pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), que buscam orientar os promotores de justiça na aplicação da legislação protetiva à mulher. Atualizados em março de 2018, tratam da natureza jurídica do feminicídio da seguinte forma:

Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso I)

Enunciado nº 23 (005/2015):

A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso I, do Código Penal, é objetiva, nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (violência doméstica, familiar ou decorrente das relações de afeto), que prescinde de qualquer elemento volitivo específico (aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 07/08/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 22/09/2015).

Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora (inciso II)

Enunciado nº 24 (006/2015):

A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher (aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 07/08/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 22/09/2015).

Tradicionalmente, a doutrina divide as circunstâncias qualificadoras entre objetivas e subjetivas. Entretanto, alguns juristas veem propondo uma nova classificação, que reconhece tal qualificadora como mista, considerando-a tanto de natureza objetiva quanto de natureza subjetiva.

Na voz de André Estefam, a qualificadora tem natureza mista. O promotor de justiça verifica a objetividade no próprio fato de o sujeito passivo ser a mulher, enquanto a motivação pela condição de sexo feminino consiste o elemento subjetivo.

Em nosso modo de ver, a qualificadora tem natureza mista (objetiva e subjetiva). Explica-se: o aspecto objetivo da circunstância reside no sexo do sujeito passivo, pois a lei é categórica ao exigir que seja a vítima do feminicídio uma mulher. O elemento subjetivo radica-se em que a conduta deve ser praticada por razões da condição de sexo feminino (ESTEFAM, 2017, p. 143-144).

Sobre a compatibilidade do delito com as demais qualificadoras do homicídio, o autor ainda acrescenta:

O feminicídio, de outro lado, se afigura compatível com as demais qualificadoras (objetivas) do homicídio. O delito exige, conforme ressaltamos, que seja a vítima uma mulher e, ademais disso, que haja uma particular motivação: a conduta deve ser decorrente de razões ligadas à condição de pessoa do sexo feminino. Em face desse móvel específico, revela-se esta qualificadora incompatível com aquelas previstas nos incisos I, II e V, do art. 121, §2º, do CP, de natureza subjetiva (pois igualmente relacionadas à motivação). Pode-se combinar, porém, o feminicídio com as qualificadoras relativas aos meios e modos de execução (incisos III e IV), em função de sua natureza objetiva. Por exemplo: matar a esposa, que anunciou seu intuito de se separar, com emprego de asfixia; nesse caso, aplicar-se-iam as qualificadoras objetiva (asfixia) e mista (feminicídio) (ESTEFAM, 2017, p. 144).

Reconhecer a qualificadora do feminicídio como mista parece até o momento ser o mais acertado, com base no §2º-A do artigo 121. O próprio legislador forneceu o substrato para essa interpretação, ao explicar o que são condições do sexo feminino: violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A Lei Maria da Penha (11.340/2016) trata expressamente da violência doméstica e das formas como ela ocorre, fornecendo ao tipo penal em branco o complemento necessário para se interpretar o inciso I do supramencionado dispositivo. A norma legal prevê, em seu art. 5º, como 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. E ainda vai além, ao explicar, em pormenores, as formas dessa violência no art. 7º:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a **violência física**, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a **violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a **violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a **violência patrimonial**, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de

trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a **violência moral**, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (*grifou-se*).

Não há como, diante desse lastro exaustivamente discriminado, negar o caráter objetivo da violência doméstica e suas formas de manifestação. Em outras palavras: verificada a morte de uma mulher em qualquer uma das situações acima descritas, não há possibilidade de se afastar o feminicídio cometido na modalidade de violência doméstica.

Por outro lado, a circunstância de menosprezo ou discriminação à condição de mulher denota certo cuidado em seu reconhecimento. Para constatar a incidência da qualificadora do feminicídio, primeiramente é necessário explorar o sentido dessas ações.

O substantivo menosprezo é compreendido como a desvalorização, falta de estima, apreço ou consideração, desdém, desconsideração ou depreciação da figura da mulher vítima (BIANCHINI, 2016, p. 206); entende-se, como exemplo, o pai que mata a filha ao descobrir que ela não é mais virgem. A discriminação, não muito diferente, é a ação ou efeito de separar, segregar, pôr à parte; ilustrando, é o marido que mata a esposa por não aceitar que ela trabalhe fora de casa, por entender que ela não pode estudar, ou por entender que ela não pode dirigir, etc.

Em qualquer uma das formas de ação, note-se que o *animus agendi* não pode ser apurado pela mera constatação dos fatos: será necessário ao aplicador da norma realizar um juízo de valor acerca do móvel do crime, adentrando na esfera íntima de vontade do agente. Não obstante, o fato de se matar uma mulher por menosprezo ou discriminação à sua condição poderia, a rigor, qualificar o homicídio por motivo torpe ou fútil, ambas circunstâncias claramente subjetivas, por manterem relação direta com a esfera de motivação íntima do agente.

Tendo isto constatado, passa-se agora à análise dos conceitos de sexo e gênero para a lei do feminicídio.

3 Do conceito de gênero na Lei Maria da Penha e da opção legislativa por sexo na redação legal

A Lei n. 11.340, Lei Maria da Penha, foi criada em 2006 para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa lei deu um novo tratamento à violência doméstica no país, que antes era tratada como crime de menor potencial ofensivo.

Ao dispositivo legal foi dado esse nome em homenagem à farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que, em 1983, sofreu dois homicídios tentados pelo próprio marido: levou um tiro na coluna enquanto dormia, o que a deixou tetraplégica, e após meses no hospital se recuperando de várias cirurgias, quando finalmente voltou para casa, este tentou eletrocutá-la durante o banho (OLIVEIRA, 2011, p. 34).

Maria da Penha decidiu se separar e levar o caso de seu agressor à justiça, o professor universitário colombiano Marco Antonio Heredia Viveros. Entretanto,

devido à negligência com que o Estado tratou de sua situação, ela o relatou ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL¹) e ao Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM²), que encaminham seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA³), em 1998, sendo que apenas em 2002 o Brasil foi condenado por omissão, negligência e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres.

A partir de então, os casos de violência doméstica passaram a tramitar perante os juizados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher, com competência para processar, julgar e executar as causas cíveis e criminais, quando se faz presente a violência doméstica e familiar (OLIVEIRA, 2011, p. 90).

Insta salientar que a Lei Maria da Penha configura como 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 (art. 5º) em diversos âmbitos da vida. Ou seja, a norma é aplicada para qualquer mulher, em qualquer tipo de violência de gênero nas relações domésticas e familiares, já que a lei em momento algum restringiu à qual “tipo” de mulher deverá ser aplicada.

Indo além, por ser a lei medida fundamentalmente de proteção, sua aplicação independe de orientação sexual, podendo ser nas relações homoafetivas (OLIVEIRA, 2011, p. 47), sempre que configurada situação de violência doméstica. Justifica-se esta aplicação de interpretação extensiva por priorizar a busca da vontade da norma, em que a verdadeira exegese do dispositivo seria a proteção das relações domésticas e familiares.

Destarte, passa-se a verificar a supressão do termo sexo por gênero, ocorrido durante a tramitação do projeto de lei do feminicídio.

3.1 Implicações da alteração do termo gênero para sexo

O texto do dispositivo legal, inicialmente, continha a expressão “por razões de gênero”, substituída na Câmara dos Deputados por “por razões da condição de sexo feminino”, de forma tendenciosa a ignorar os debates acerca das questões de discriminação de gênero tanto defendidas por militantes feministas e LGBTI+.

Nas palavras do deputado Evandro Gussi (PV-SP), durante a votação final pela Câmara do Projeto de Lei n. 8305/2014 do Senado Federal, a “ideia ambígua de gênero” fere o princípio da igualdade, sob o argumento de que se estaria “tratando

¹ Ong criada em 1991, visando à implementação das normas da Organização dos Estados Americanos (OEA).

² O CLADEM, criado entre os anos de 1987 e 1989, é uma rede feminista que trabalha para contribuir com a plena vigência dos direitos das mulheres na América Latina e Caribe, utilizando o direito como um instrumento de mudança (CLADEM, 2018).

³ Fundada em 1948 para alcançar nos estados membros uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência (OEA, 2018).

⁴ Palavras proferidas na sessão de votação final do projeto de Lei n. 8305/2014 na câmara dos Deputados, em 04/03/2015.

duas pessoas com medidas diferentes, se de um lado temos a morte de um homem e, de outro, a morte de uma mulher”.

Amom Albernaz Pires não vislumbra prejuízo na interpretação do dispositivo dada a alteração do texto inicial. Para ele, o que deve ser levado em conta é a condição da mulher baseada em construções socioculturais discriminatórias.

Primeiramente, observa-se que a redação originária do Senado Federal (PLS nº 292/2013) trazia no novel inciso VI do § 2º do art. 121 do CP a expressão “por razões de gênero”, a qual foi substituída na Câmara dos Deputados pela expressão equivalente “por razões da condição de sexo feminino”, o que em nada muda a exegese do dispositivo, na medida em que ele faz referência ao homicídio praticado contra a mulher (pessoa do sexo feminino) em decorrência de construções socioculturais plasmadas no inconsciente coletivo, as quais espelham relações desiguais e assimétricas de valor e poder atribuídas às pessoas segundo o sexo (PIRES, 2016).

Coadunam com esse entendimento Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. Para eles, a alteração não trouxe nenhum prejuízo no que concerne à proteção da mulher. “Tal alteração traz algum impacto interpretativo? Entendemos que não, já que a expressão ‘por razões da condição de sexo feminino’ vincula-se, igualmente, a razões de gênero” (BIANCHINI; GOMES, 2015).

Extraí-se do trecho acima citado que esses autores não verificam impacto negativo no uso da expressão sexo em lugar de gênero, por entender que a motivação do agente vincula-se da mesma forma a ambas as condições.

Entretanto, a questão não é pacífica. Na concepção mais conservadora, há enormes diferenças ao se falar de “razões de gênero” e “razões da condição de sexo feminino”. Quem segue tal raciocínio é Cezar Roberto Bitencourt, na medida em que defende o uso de critérios estritamente jurídicos para a compreensão do que pode ser o sexo masculino ou feminino, “em respeito à tipicidade estrita, sendo insuficiente simples critérios psicológicos ou biológicos para definir quem pode ser sujeito passivo desta novel qualificadora”. (BITENCOURT, 2016, p. 101). Em sua ótica, apenas quem for oficialmente identificado como mulher por seus documentos pessoais pode ser sujeito passivo dessa qualificadora. Dessa forma, no entendimento do autor, a mulher transexual que ainda não tenha promovido a alteração de seus documentos de identificação, em que pese assim se autodeterminar, fundada em toda a sua plenitude como ser humano, jamais poderá ser considerada vítima do crime de feminicídio.

Também nesse viés está a interpretação de Rogério Sanches Cunha, que diz:

Se a Lei Maria da Penha tem sido interpretada extensivamente para que sua rede de proteção se estenda à pessoa que, embora não seja juridicamente reconhecida como mulher, assim se identifique, devemos lembrar que a norma em estudo tem natureza penal, e a extração de seu significado deve ser balizada pela regra de que é vedada a analogia *in malam partem* (CUNHA, 2016, p. 63).

O jurista ainda acrescenta que, se em outras qualificadoras do homicídio pode haver a interpretação extensiva, isso não se aplica ao feminicídio, pois não estamos

diante de um caso em que se deva ampliar o significado de uma expressão para se alcançar o real significado da norma.

Parecem ter razão esses dois últimos autores. Entender o termo sexo de forma a abranger o conceito de gênero colocaria em risco o princípio da segurança jurídica, ao se admitir que haja interpretação extensiva aplicada a uma norma penal. Em que pese o intuito da qualificadora do feminicídio ser de oferecer maior proteção às mulheres de forma ampla, não se pode olvidar que é basilar do Direito Penal a vedação da analogia *in malam partem*, ou seja, aquela que invoca lei ou caso semelhante para aplicar pena mais gravosa ao agente do delito.

Uma forma de superar esse impasse em relação à proteção de mulheres que se identificam com o gênero feminino, porém pelas mais diversas razões não puderam ainda promover a modificação de seus documentos civis, seria a alteração pelas Câmaras Legislativas do termo “sexo” para “gênero” na Lei n. 13.104, de 2015. Outra possível solução seria a criação de alguma norma que criminalizasse a transfobia, a homofobia e os crimes relacionados à discriminação das pessoas LGBTI+. Entretanto, por mais que isso pudesse levantar debates acerca do Direito Penal do Inimigo ou do Direito Penal Simbólico, diante da atual formação da Câmara Baixa brasileira, a criminalização (ou maior punição) dessas condutas é algo quase impensável no cenário presente.

Assim, enquanto tais medidas legislativas não ocorram, a solução para maior proteção das mulheres trans não civilmente identificadas como mulheres que forem vítimas do feminicídio seria a aplicação das qualificadoras de motivo fútil ou torpe.

4 Da transfobia no Brasil e do reconhecimento de uma aplicação mista para mulheres trans vítimas do feminicídio

Segundo o manual de comunicação LGBTI+, da Aliança Nacional LGBTI+, transexual é a pessoa que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento (GRUPO DIGNIDADE, 2018, p. 30). São pessoas que procuram se adequar à identidade de gênero e podem ou não recorrer a tratamentos médicos, como terapia hormonal ou cirurgia de redesignação sexual para adequar o seu corpo ao gênero a que entende pertencer.

Já o termo transgênero se refere à terminologia usada para descrever pessoas que transitam entre os gêneros. Nessa categoria entram também travestis, pessoas identificadas com o gênero feminino em oposição ao seu sexo biológico, mas que, na maioria das vezes, não se submetem à redesignação sexual cirúrgica, sendo comum, porém, mudanças físicas como implante de silicones e tratamento hormonal. Dentro desse grupo, modernamente surgiu um segmento que se autointitula “mulheres travestis” (GRUPO DIGNIDADE, 2018, p. 31).

No Brasil, como na maior parte do mundo, pessoas trans enfrentam reiteradas dificuldades para serem respeitadas como pessoas comuns, em sua individualidade. É o que se verifica em acordo com dados da ONG alemã Transgender Europe, divulgados no país pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, a Antra. Entre 01/10/2016 e 30/09/2017, foram assassinadas 171 pessoas trans no Brasil, tornando-o

líder mundial de assassinatos de travestis e transexuais, com 52% das mortes (ANTRA, 2018, p. 24).

Diante dos dados, estima-se que a cada 48h uma pessoa trans é assassinada no Brasil e que a idade média das vítimas dos assassinatos é de 27,7 anos (ANTRA, 2018, p. 16). Uma estatística no mínimo alarmante, tendo em vista que a expectativa de vida média do brasileiro, atualmente, é de 75,8 anos (IBGE, 2018).

Não obstante, no Brasil as pessoas trans ainda têm de lidar com um poder legislativo extremamente conservador. É verdade que o país é uma das poucas nações mundiais a ter uma legislação protetiva e inclusiva das pessoas LGBTI+. Entretanto, nos últimos anos, têm havido no Congresso Nacional várias tentativas de restringir e reduzir essas normas de proteção, como o projeto de lei Estatuto das Famílias (PLS 470/2013, que, dentre outras propostas altamente controversas, institui a família como união formada apenas pela mulher e homem).

Esse retrocesso se deve em grande parte à chamada bancada evangélica, um grupo de parlamentares fundamentalistas da Câmara dos Deputados que atuam de forma pautada em convicções de cunho religioso. Para esses deputados, existe a chamada “ideologia de gênero”,

uma falácia inventada e divulgada por setores (ultra)conservadores e fundamentalistas sob o pretexto velado de negar a igualdade de direitos e o respeito às mulheres e às pessoas LGBTI+, alegando que “ideologia de gênero” induziria à destruição da família “tradicional”, à legalização da pedofilia, ao fim da “ordem natural” e das relações entre os gêneros, negando a existência da discriminação e violência contra mulheres e pessoas LGBTI+ comprovadas com dados oficiais e estudos científicos (REIS; EGGERT, 2017).

Esse termo se tornou tão comum a ponto de inúmeras pessoas lançarem mão dele de forma equivocada, reforçando a ideia de que existe uma persuasão coletiva para que as pessoas “se tornem” gays, lésbicas ou trans, etc. Como se houvesse um conjunto de ideias, convicções e princípios filosóficos, sociais ou políticos que induzissem a população a se “tornar” LGBTI+.

Diante desse cenário, como o ordenamento jurídico brasileiro pode oferecer maior proteção às pessoas trans, tendo em vista o subtratamento dado a elas pela sociedade? É o que passa a ser analisado no item seguinte.

4.1 Nome social e aplicação do feminicídio às mulheres trans.

De forma acertada, tanto a jurisprudência quanto até mesmo a legislação vêm tentando oferecer maior proteção às pessoas transexuais em todos os âmbitos da vida, como na esfera civil, social, penal e etc.

Na sociedade atual, é recorrente o conceito de identidade de gênero, que pode ser extraído do Decreto n. 8.727, publicado em 2016 pela então presidente da República Dilma Rousseff. Ele é definido como dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e

feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento (BRASIL, 2016).

Ainda de acordo com o decreto, nome social é a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida (BRASIL, 2016). Tal ato normativo instituiu aos órgãos e entidades da administração pública federal, tanto direta, indireta, autárquica ou fundacional, a obrigação de adotarem o nome social da pessoa que o requerer. Em decorrência disso, o nome social é aceito em diversos setores, desde a Justiça Eleitoral até mesmo em certames e no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem).

Esse critério é para a maioria da doutrina a baliza que delimita quem é “mulher” no sentido jurídico. Como dito anteriormente, Cezar Roberto Bitencourt defende que o feminicídio só pode ser aplicado à vítima que tenha promovido a averbação de seu prenome no registro civil, em decorrência da “tipicidade estrita, sendo insuficientes simples critérios psicológicos ou biológicos para definir quem pode ser sujeito passivo desta novel qualificadora”. (BITENCOURT, 2016, p. 101).

O promotor de justiça e escritor Rogério Sanches Cunha compartilha da mesma percepção. Destarte, defende que, no caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificada civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, essa pessoa será considerada mulher (CUNHA, 2016, p. 62). Entretanto, como abordado no espaço destinado à discussão dos conceitos de sexo e gênero, o autor defende que a simples autoafirmação de gênero não pode ser suficiente para ensejar a aplicação da lei penal ao agente nesses casos, por se estar diante de uma analogia maléfica ao sujeito.

Insta salientar que, em que pese o direito ao nome social já ser reconhecido pelo ordenamento jurídico do país, a promoção da alteração dos documentos das pessoas trans ainda era cercada de burocracias. Havia a imposição de se passar por um processo judicial, em que o magistrado decidiria se o interessado atendia aos requisitos necessários para modificar o seu registro civil. Corria-se, dessa forma, o risco de indeferimento do pedido se o juiz entendesse que a alteração tinha intuito de fraudar os direitos de terceiros.

Esse cenário ganhou outros contornos em março de 2018. De forma unânime, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela desnecessidade da cirurgia de mudança de sexo como requisito indispensável para a alteração do nome e do sexo, e por maioria ainda decidiu que a alteração pode ser feita no próprio cartório de registro civil, independente de decisão judicial (ADI 4.275). Com a relatoria do ministro Marco Aurélio, a Suprema Corte julgou procedente a ação para dar à lei dos registros públicos uma interpretação consistente com a Constituição Federal em respeito aos direitos fundamentais, especialmente à honra, nome e dignidade da pessoa humana.

Após a decisão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o provimento 73/2018, que disciplinou a forma como as alterações de nome deveriam ser feitas nos cartórios do país. Basta ao requerente declarar, com base em sua autonomia, perante o registrador do registro civil de pessoas naturais a vontade de proceder à adequação da identidade mediante averbação do prenome, do gênero ou de ambos (§4º). Reitera-se, é desnecessária a comprovação de cirurgia ou prévia autorização judicial. O que o

provimento exige é a declaração de inexistência de processo judicial que tenha por objeto a alteração pretendida, ou ainda o seu arquivamento caso haja tal processo.

Em relação ao feminicídio, esse entendimento, malgrado indiretamente, ampliou o polo passivo do delito, pois, mesmo adotando o entendimento dos doutos juristas supracitados, ao desburocratizar a alteração do nome e do sexo no registro civil, a jurisprudência andou bem para facilitar a terceiros reconhecer a mulher transexual como mulher no sentido jurídico, da forma que esta já se reconhecia, além de oferecer tratamento isonômico ante as mulheres que assim nasceram como tal.

Diante dessas apurações, afigura-se certo inferir pela necessidade do reconhecimento do feminicídio em face de vítimas que sejam juridicamente identificadas como mulheres, independentemente de seu sexo biológico. O que a lei procurou proteger foi a mulher em seu sentido sociocultural, tendo em vista a discriminação por ela sofrida em meio a uma sociedade machista, misógina e patriarcal (entendida como um esquema de dominação e exploração, e não como um modelo familiar) (GOMES, 2015, p. 214). Apesar de esta constatação não ser possível em relação às mulheres que assim se identificam, porém não realizaram o procedimento de alteração do registro civil, deve ser observado em ponderação com os princípios da autodeterminação, da autoafirmação, da honra e da dignidade da pessoa humana o princípio da segurança jurídica, para que, em casos concretos, a justiça tenha elementos objetivos para determinar se a conduta se deu em face de uma mulher.

5 Conclusão

O feminicídio, uma das circunstâncias qualificadoras do homicídio, foi criado com o intuito de oferecer maior proteção às mulheres, exasperando a pena do crime cometido contra elas em situação de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição do sexo feminino.

Desde sua entrada em vigor, várias divergências surgiram acerca de sua aplicação, e principalmente acerca de sua natureza jurídica, se seria uma qualificadora de cunho objetivo ou subjetivo. Autores como Alice Bianchini defendem o caráter subjetivo da qualificadora, por entender se tratar de motivação do crime. Já outros, como Amom Albernaz Pires e o próprio Superior Tribunal de Justiça, vislumbram se tratar de uma circunstância objetiva.

Diante das diversas posições doutrinárias adotadas, parece-nos que entender o feminicídio como uma circunstância mista seria o mais acertado, por se estar diante de duas hipóteses de ação: uma relacionada à motivação do agente (menosprezo ou discriminação à condição do sexo feminino), que se afigura de caráter subjetivo; e a outra concernente à situação de violência doméstica e familiar, que pode ser verificada de forma objetiva com o substrato fornecido pela Lei Maria da Penha.

Dessa forma, será necessário verificar o caso concreto para aferir a natureza jurídica e as implicações ao agente. Se constatado feminicídio sob situação de violência doméstica ou familiar, o autor do fato poderá ainda responder por outras qualificadoras do crime de homicídio, tanto objetivas quanto subjetivas. De outro modo, sendo certo o feminicídio cometido em razão do menosprezo ou discriminação à condição de mulher, estaremos diante de uma circunstância qualificadora subjetiva,

que não poderá coexistir com outras relacionadas aos motivos do agente (como motivo fútil ou torpe).

Continuando, é sabido também que, nos últimos tempos, é crescente a libertação dos padrões de gênero consolidados na sociedade brasileira, o que abre espaço para discussões acerca do que é feminino ou masculino, homem ou mulher. Dessa forma, a questão é relevante para se verificar qual o sujeito passivo do delito é abrangido pela palavra “mulher” na Lei n. 13.104/2015.

Adotar critérios puramente biológicos seria um retrocesso em relação a tal libertação, visto que as pessoas trans possuem uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. Para superar esse impasse, a proposta de alguns juristas, como Cezar Roberto Bitencourt, é de que o conceito de mulher para a lei do feminicídio seja aquela civilmente identificada como tal, através de seus documentos pessoais, pouco importando sua aparência física ou sexo biológico.

Sobrepesando os princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação da analogia maléfica ao acusado, chega-se à conclusão de que o feminicídio pode ser aplicado também às mulheres trans, desde que elas tenham promovido a alteração de seu registro civil e documentos, de forma primaz ao princípio da segurança jurídica.

Referências

ANTRA. *Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017*. Associação Nacional de Travestis e Transexuais. 2018. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>. Acesso em: 27 set. 2018.

BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203-219, jan.- mar. 2016.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. *Jusbrasil*. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>. Acesso: 17 abr. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016*. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. [Código Penal]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 03 mar. 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. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n. 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 n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

CÂMARA dos deputados. *PL 8305/2014*. 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858860>. Acesso em: 26 set. 2018.

CLADEM. *Sobre o Cladem*. Mulheres usando o direito com um instrumento de mudança, 2018. Disponível em: <https://www.cladem.org/pt/sobre-nosotras/sobre-o-cladem>. Acesso em: 27 set. 2018.

CNJ. *Atos administrativos*: Provimento n. 73 de 28/06/2018. Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503>. Acesso em: 27 set. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Jusbrasil. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>. Acesso em: 17 abr. 2018.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte especial* (arts. 121 a 234-B). 4. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Izabel Solyszko. Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. *Revista Gênero & Direito*, v. 1, p 188-218, jan 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRUPO DIGNIDADE. *Manual de Comunicação LGBTI+*. Disponível em: <http://www.grupodignidade.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

IBGE. *Expectativa de vida do brasileiro sobe para 75,8 anos*. Agência IBGE Notícias, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>. Acesso em: 27 set. 2018.

NOTÍCIAS STF. *STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 17 abr. 2018.

OEA. *Quem somos*. Mais direitos para mais pessoas, 2018. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp. Acesso em: 27 set. 2018.

OLIVEIRA, Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. *Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006*. 2011. Monografia - Centro De Formação, Treinamento E Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, 2011.

PIRES, Amom Albernaz. *A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação no Tribunal do Júri*. 2016. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri-por-amom-albernaz-pires/>. Acesso em: 17 abr. 2018.

REIS, T.; EGGERT, E. Ideologia de gênero: uma falácia construída sobre os planos de educação brasileiros. *Educação & Sociedade*. v. 38, n. 138, 2017. DOI: es0101-73302017165522.

STF. *Ação direta de inconstitucionalidade 4.275*. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 01/03/2018. STF, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-mudanca-nome.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; SAMPAIO, Sara Gama; DE LACERDA, Susana Broglia Feitosa. *Atualização: enunciados da COPEVID (Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher)*. Compromisso e Atitude, 2018. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/>. Acesso em: 17 abr. 2018.