

A (IN)VIABILIDADE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO CASO DE VÍTIMA TRANSEXUAL



Costa, Anderson Pinheiro da; Souza, Ana Paula Correia de; Carvalho, Ana Paula Dória de

Anderson Pinheiro da Costa

UDF, Brasil

Ana Paula Correia de Souza

UDF, Brasil

Ana Paula Dória de Carvalho

UDF, Brasil

Direito em Movimento

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

ISSN: 2179-8176

ISSN-e: 2238-7110

Periodicidade: Semestral

vol. 20, núm. 2, 2022

direitoemmovimento@tjrj.jus.br

Recepção: 04 Agosto 2022

Revised: 23 Agosto 2022

Aprovação: 25 Agosto 2022

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/639/6393756001/>

Resumo: A pesquisa tem por objetivo geral revelar se a qualificadora do feminicídio pode ou não abarcar vítimas mulheres transexuais, sob o viés do garantismo penal assegurado pela Constituição. Como metodologia de pesquisa, foi utilizada a qualitativa e, como método de coleta de dados, a análise bibliográfica e jurisprudencial. Assim, buscou-se analisar os principais aspectos do crime de homicídio, com ênfase na sua forma qualificada conhecida por feminicídio, e verificar como a doutrina e a jurisprudência atual estão se posicionando no que tange à aplicabilidade dessa forma qualificada às mulheres transexuais, já que a lei, em sua interpretação literal, especifica que o feminicídio é o ato de matar mulher por questões “do sexo feminino”. Como referencial teórico, a pesquisa se apoiou nas lições de Bittencourt (2017), Capez (2021), Cunha (2018), Carneiro (2019), Ferrajoli (2010) e Hungria (2018).

Palavras-chave: feminicídio, transgênero, mulher, princípios, Lei Maria da Penha.

Abstract: The general objective of the research is to reveal whether or not the qualifier of femicide can include transsexual women as victims, under the bias of the criminal guarantee guaranteed by the Constitution. As a research methodology, qualitative was used and, as a method of data collection, bibliographic and jurisprudential analysis. Thus, we sought to analyze the main aspects of the crime of homicide, with emphasis on its qualified form known as femicide, and to verify how current doctrine and jurisprudence are positioning themselves with regard to the applicability of this qualified form to transsexual women, since the law, in its literal interpretation, specifies that femicide is the act of killing a woman for “female” issues. As a theoretical framework, the research was based on the lessons of Bittencourt (2017), Capez (2021), Cunha (2018), Carneiro (2019), Ferrajoli (2010) and Hungry (2018).

Keywords: femicide, transgender, women, Principles, Maria da Penha Law.

INTRODUÇÃO

Nessa perspectiva, entende-se que o feminicídio não deve ser utilizado como um “remendo” à ausência de legislação para coibir de forma mais severa a transfobia. O Estado deve encarar a situação como uma preocupação inadiável e tratar a situação sob a ótica da estrita legalidade. Afinal, as minorias merecem o reconhecimento pelas lutas que travam, devendo ser respeitadas a singularidade e especificidades de cada uma

delas. Utilizar a analogia para equiparar mulheres trans a mulheres biológicas para aplicação da qualificadora de feminicídio é flexibilizar a incidência da analogia in malam partem, o que sufraga o princípio da legalidade estrita, ferindo o garantismo penal.

A identidade de gênero de um indivíduo diz respeito à maneira como ele se reconhece com relação ao seu gênero, podendo esse reconhecimento ter ou não ligação com seu sexo biológico ou sua orientação sexual.

É notório que o ser humano nasce com um sexo biológico definido, ou seja, o órgão sexual externo é o que diferencia homens de mulheres. Essa é uma determinação social observada desde o início da humanidade. A orientação sexual, de forma diversa, está atrelada ao fenômeno da atração sexual, desdobrando-se, nessa perspectiva, em três classificações: homossexualidade (atração pelo indivíduo do mesmo sexo); heterossexualidade (atração por indivíduo de sexo diferente); e bissexualidade (atração por indivíduos de ambos os sexos).

No tocante à identidade de gênero, que deveria constituir, em tese, outro conceito, parte-se da premissa de que a concordância entre o sexo biológico e o psicológico determina o indivíduo como cisgênero. Todavia, quando não há essa concordância, o indivíduo passa a ser visto como transgênero ou transexual, sendo abarcada por essa categoria a pessoa travesti. (BATISTA, 2022).

Gênero e sexo são culturalmente definidos e determinados, como visto alhures. Hodiernamente, a cultura do local onde uma pessoa vive, os deveres impostos, as regras sociais e de pertencimento são todos estabelecidos pela sociedade, que traz como denominação a tais imposições o termo “biologia”. Nomes próprios, comportamentos, qualidades, características e até profissões estabelecidas pela sociedade para homens e mulheres consolidam essas construções sociais (BUTLER, 2017).

No entanto, o gênero não necessariamente decorre do fato de o sexo ser feminino ou masculino, sendo uma categoria independente. Segundo França, “as características clínicas do transexualismo se reforçam com a evidência de uma convicção de pertencer ao sexo oposto, o que lhe faz contestar e valer essa determinação até de forma violenta e desesperada” (FRANÇA, 2017, p. 143).

O livre exercício da identidade de gênero está embasado na garantia constitucional da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, além do direito da personalidade, sendo vedada qualquer discriminação ou exclusão de direitos e proteção perante a lei.

Nesse viés, passaram a ser inúmeros os estudos sobre o gênero, gerando diversos questionamentos sobre como esse termo pode abranger ou romper vertentes que sempre estiveram enraizadas na cultura social, indo além da atribuição de se ser homem ou mulher.

É nesse aspecto que a presente pesquisa se sustenta. A intenção é explorar um recorte social específico: a mulher transexual e sua inserção num aspecto social de extrema relevância social, acadêmica e jurídica: o assassinato de mulheres por questões relacionadas ao sexo feminino.

Nesse sentido, o artigo tem como objetivo geral revelar, com embasamento na literatura e jurisprudência pátrias, se, diante das novas classificações, a mulher transexual pode ou não figurar como polo passivo de um crime tão grave como o homicídio qualificado pelo feminicídio.

Para tanto, a pesquisa apoiou-se na metodologia qualitativa, uma vez que envolve uma abordagem interpretativa do mundo, em que seus pesquisadores estudam as coisas em seus cenários naturais, tentando entender os fenômenos em termos dos significados que as pessoas a eles conferem. A pesquisa qualitativa atribui importância fundamental aos depoimentos dos atores sociais envolvidos, aos discursos e aos significados transmitidos por eles. Nesse viés, esse tipo de pesquisa preza pela descrição detalhada dos fenômenos e dos elementos que os envolvem. (VIEIRA; ZOUAIN, 2005)

Outro aspecto da pesquisa qualitativa se dá sobre a análise dos dados, uma vez que tende a seguir um processo indutivo, sendo a pesquisa válida em situações em que se evidencia a importância de compreender aspectos psicológicos, cujos dados não podem ser coletados de modo completo por outros métodos devido à complexidade que encerram. (RICHARDSON, 1999).

A coleta de dados se deu através da análise bibliográfica e jurisprudencial, visto ter havido busca de informações em obras já publicadas para aprofundamento e análise do tema, e em decisões proferidas por tribunais brasileiros em casos por eles julgados.

Esse método de coleta de dados é primordial na construção da pesquisa científica, uma vez que permite que o estudioso conheça melhor o fenômeno em estudo. Os instrumentos que são utilizados na realização da pesquisa bibliográfica são livros, artigos científicos, teses, dissertações, anuários, revistas, leis e outros tipos de fontes escritas que já foram publicados. (FONSECA, 2002)

Como referencial teórico para construção do trabalho, a pesquisa se apoiou nos postulados de Bittencourt (2017), Capez (2021), Cunha (2018), Carneiro (2019), Ferrajoli (2010) e Hungria (2018).

Inicialmente, buscou-se analisar o crime de homicídio e as circunstâncias especiais do tipo. Foram esquadrinhadas as elementares do tipo penal e verificadas suas respectivas classificações, espécies, competência para julgamento, hipóteses privilegiadoras e circunstâncias qualificadoras, em especial quando o crime é praticado contra as mulheres por questões atinentes ao sexo feminino, o conhecido feminicídio. (BRASIL, 1940)

Antes de analisar dados que circundam a qualificadora do feminicídio, buscou-se verificar quais tipos de violência contra a mulher estão positivados no ordenamento jurídico pátrio e as diretrizes da Lei Maria da Penha no combate a esses crimes. Não obstante, verificou-se como o Judiciário e a doutrina têm se posicionado no que tange à aplicabilidade da Lei Maria da Penha a transexuais femininas vítimas de violência.

No último tópico, foi realizada uma análise sobre “gênero”, com ênfase na transexualidade, objetivando conhecer as peculiaridades do termo para, a partir daí, analisar a possibilidade de as mulheres transexuais figurarem como vítimas de feminicídio, sob a ótica da doutrina e jurisprudência atuais.

1. O HOMICÍDIO NO DIREITO BRASILEIRO

Conceitua-se homicídio como sendo o tipo central de delitos contra a vida e o ponto culminante na orografia dos crimes. Trata-se do crime por excelência, em que a luta pela vida, presumivelmente, se opera com o uso normal dos meios brutais e animalescos. Para alguns, é a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada. (HUNGRIA, 2018)

O Código Penal prevê várias modalidades do crime de homicídio: doloso simples (caput); doloso privilegiado (§1º); doloso qualificado (§2º); culposo (§3º); culposo majorado (§4º, primeira parte); e doloso majorado (§4º, segunda parte, e §6º). (BRASIL, 1940)

1.1 Homicídio simples e culposo

O homicídio simples é o tipo básico, previsto no art. 121, caput, do CP. No que se refere ao sujeito ativo do crime, qualquer pessoa, isolada ou associada a outra, pode praticar o delito, não havendo qualquer exigência no tipo penal em relação a qualquer condição particular do agente, sendo, portanto, um crime comum. No que tange ao sujeito passivo, também pode ser qualquer pessoa, ante a falta de qualquer especificidade do tipo penal. (MIRABETE, 2021)

A conduta típica consiste em tirar a vida de alguém (universo de seres humanos), considerando como início da vida extrauterina de um indivíduo o início do parto. (CUNHA, 2018)

Nesse viés, o crime de homicídio tem como limite mínimo o começo do nascimento, marcado pelo início das contrações expulsivas, ressalvadas as hipóteses em que o nascimento não se produz espontaneamente, pelas contrações uterinas, como ocorre nos casos de cesariana. Nesse caso, o começo do nascimento é estabelecido pelo início da operação, quando da incisão abdominal. (PRADO apud CUNHA, 2018)

À vista disso, é importante ressaltar que a conduta da mãe que mata o filho sob a influência do estado puerperal pratica um outro crime: o infanticídio. Além disso, destaca-se que o ser humano que atenta contra a própria vida não se enquadra no tipo penal analisado, uma vez que a autolesão, em regra, não é punível pela carta repressiva. (MIRABETE, 2021)

No que concerne à execução, o homicídio pode ser praticado de forma livre, por ação ou omissão. Em se tratando de crime material, infração penal que deixa vestígios (crime não transeunte), o homicídio exige a confecção de exame de corpo de delito, direto ou indireto, conforme determinam os arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal. (CAPEZ, 2021)

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade de realizar o tipo penal (matar alguém), podendo ser direto, quando o agente almeja o resultado, ou eventual, na hipótese de o agente assumir o risco de produzi-lo. O tipo básico não exige qualquer finalidade específica do sujeito ativo, podendo o motivo determinante do crime constituir, eventualmente, uma causa de diminuição de pena (§1º) ou qualificadora (§2º). (CUNHA, 2018)

Por ser um crime material e plurissubsistente, o homicídio doloso tem seu momento consumativo com a morte da vítima, sendo a tentativa perfeitamente possível na hipótese em que o resultado não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. A forma tentada é admitida, inclusive, no crime cometido com dolo eventual, já que equiparado, por lei, ao dolo direto, nos termos do art. 18, inciso I, do Código Penal. (BRASIL, 1940)

Já o homicídio culposo ocorrerá quando o agente agir com imprudência, negligência ou imperícia, aplicando-se para tais hipóteses a pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, observadas as causas de aumento de pena descritas no §4º do art. 121, a saber: inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício; omissão de socorro; não procurar o agente diminuir as consequências do seu ato; e se o agente foge para evitar prisão em flagrante. (BRASIL, 1940)

1.2 Homicídio privilegiado e qualificado

O disposto no §1º do art. 121 prevê as hipóteses nas quais o homicídio terá a sua pena diminuída, configurando os casos de homicídio privilegiado.

Os motivos de relevante valor social e relevante valor moral estão relacionados à razão de ser do crime, sendo que a primeira hipótese diz respeito aos interesses de toda uma coletividade, portanto nobre e altruístico; já o relevante valor moral está ligado aos interesses individuais, particulares do agente, dentre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão. Ambos os motivos, contudo, devem ser relevantes, ou seja, de considerável importância. (CUNHA, 2018)

A derradeira hipótese de diminuição da pena está ligada ao elemento anímico do agente. É certo que o art. 28, inciso I, do Código Penal aduz que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal. Contudo o §1º do art. 121 autoriza a diminuição da pena se o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima. (BRASIL, 1940)

Nesse caso, o sujeito ativo, logo após a injusta provocação da vítima, apresenta reação imediata, agindo sob intenso choque emocional, suficiente para anular a capacidade de autocontrole durante o cometimento do crime. (CUNHA, 2018)

Importante ressaltar que, até pouco tempo, a honra da mulher era vinculada diretamente à do esposo, mas sem padrões de equivalência, ante a desigualdade de gênero que imperou por muito tempo em todo o mundo. Diante dessa perspectiva, era comum a apresentação, em plenário, da tese de “legítima defesa da honra”, na tentativa de legitimar o comportamento do homem que matava sua companheira caso ela cometesse adultério. A justificativa para essa tese era a de que a vítima teria ferido a honra do réu, ou seja, era atribuída à vítima a culpa pelo comportamento descontrolado e criminoso do acusado.

Essa legitimação do crime passional chegou a ser prevista no Código Penal de 1890, ao prever a “excludente de ilicitude por perturbação dos sentidos e da inteligência” (art. 27, §4º), demonstrando, claramente, quanto o machismo estava enraizado na cultura brasileira. (ESTEFAM, 2020).

Essa excludente legal da ilicitude só foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Código Penal de 1940. No entanto, tal conduta era defendida não mais como uma circunstância que deixasse o homicida passional impune, mas como uma causa de diminuição de sua pena (BRANCO; KRIEGER, 2013). Os advogados de defesa, valendo-se de pilares do júri (soberania dos veredictos e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados) buscavam convencer os jurados de que esses valores culturais ainda enraizados deveriam prevalecer e, assim, acabavam por reconhecer a prática de homicídio privilegiado.

Com a evolução da sociedade e das leis que resguardam os direitos das mulheres, essa possibilidade de arguição da tese de defesa da honra como justificativa para um crime passional passou a ser cada vez mais questionada no meio jurídico, até que, recentemente, no julgamento da ADPF 779 de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 15/03/2021, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da tese, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, da CF/88), estando a defesa, a acusação, a autoridade policial e o juízo proibidos de utilizar tal argumento, direta ou indiretamente, sob pena de nulidade do ato. (BRASIL, 2021)

O §2º do art. 121 do estatuto repressivo descreve as qualificadoras, culminando pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão nas hipóteses em que o crime de homicídio é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa resultar perigo comum; por traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. (BRASIL, 1940)

Com o advento da Lei n. 13.104/2015, foi incluída no ordenamento jurídico penal a qualificadora do feminicídio, definido como sendo o homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. (BRASIL, 2015)

O feminicídio é a eliminação da vida da mulher, que sempre foi tutelada pelo Direito Penal na forma do homicídio. Todavia, com o objetivo de conferir maior proteção à mulher em face da nítida opressão enfrentada no convívio com alguém do sexo masculino, a qualificadora representa a continuidade de uma tutela especial, considerando homicídio qualificado e hediondo a conduta de matar mulher valendo-se de sua condição de sexo feminino. (NUCCI, 2020)

Conforme redação dada pela Lei n. 13.104/2015 ao §2º-A do art. 121 do Código Penal, considera-se existirem razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo/discriminação à condição de mulher. (BRASIL, 2015)

Já a Lei nº 13.142/2015 inseriu a qualificadora do homicídio praticado contra autoridade ou agente descrito nos art. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau em razão dessa condição. (BRASIL, 2015)

Por ocasião da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, passou a ser qualificado também o homicídio praticado com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. (BRASIL, 2019)

E, por fim, tem-se a inclusão de uma nova qualificadora trazida pela Lei 14.344, de 14 de maio de 2022, conhecida como Lei Henry Borel, editada em homenagem ao menino de 4 anos morto por espancamento no apartamento em que morava com a mãe e o padrasto. A lei incluiu o inciso IX ao §2º do art. 121. Antes da alteração legislativa em comento, matar menor de 14 anos constituía mera causa de aumento de pena de 1/3, prevista no § 4º do art. 121. (BRASIL, 2022).

Além disso, a novel legislação inseriu no art. 121 o §2º-B, que dispõe sobre o aumento de pena de 1/3 à metade se a vítima é pessoa com deficiência ou tem doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade, e

de até 2/3 se o autor for ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela. (BRASIL, 2022).

1.3 Causas de aumento de pena no crime de homicídio

No que concerne às causas de aumento de pena, o §6º do art. 121, CP, prevê a majorante de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio, conforme redação dada pela Lei n. 12.720, de 2012. (BRASIL, 2012)

Por seu turno, o §7º do art. 121 do Código Penal dispõe sobre as causas de aumento de pena no feminicídio, nos termos da Lei n. 13.104, de 2015. Dessa forma, em sendo condenado o agente que praticou o feminicídio, quando da aplicação da pena, o juiz deverá fazer incidir, no terceiro momento do critério trifásico, previsto no art. 68 do Código Penal, o aumento de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II, e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (GRECO, 2022)

2. ASPECTOS SOBRE A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

O termo “feminicídio” surgiu em 1976 como referência a um crime de ódio cometido contra as mulheres, no Primeiro Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres, em Bruxelas, quando a pesquisadora, escritora e ativista feminista Diana E. H. Russell (1938 – 2020) tratou de um processo sobre assassinatos misóginos que ocorreram nos Estados Unidos e no Líbano. (MENEZES; PORTELLA, 2017)

No Brasil, a palavra ganhou destaque após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha em 2006, mas foi só em 2015, com a entrada em vigor da Lei 13.104/2015, que o termo passou a ser popularmente conhecido.

2.1 A interlocução entre a Lei Maria da Penha e a qualificadora de feminicídio

Após viver um relacionamento abusivo por 23 anos e ver seu ex-marido, Marco Antônio Heredia Viveros, sair impune pelos crimes dos quais fora vítima, Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica que ficou paraplégica após ser baleada por seu algoz nas costas enquanto dormia, denunciou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH/OEA) em 1998. (IMP, 2018)

Em 2001, a CIDH/OEA condenou o Brasil por negligência, omissão e tolerância em razão de sua falha e morosidade nos crimes de violência doméstica contra as mulheres e recomendou o término processual penal ao agressor de Maria da Penha; a averiguação de irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo dos processos criminais que Marcos Antônio respondia; e a adoção de medidas para a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher. (CIDH/OEA, 2001)

Em 2002, foi formado um Consórcio de ONGs Feministas para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Esse Consórcio apresentou um projeto de lei ao Congresso Nacional e, após muitos debates envolvendo vários órgãos do Poder Público e a sociedade, o Projeto de Lei nº 4.559/2004 foi aprovado por unanimidade tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. (IMP, 2018)

No dia 07 de agosto de 2006, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, que foi considerada pela ONU como sendo a terceira melhor lei de enfrentamento à violência doméstica do mundo. (MACEDO, s/d)

A lei em comento criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispôs sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e alterou alguns dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. (BRASIL, 2006)

Atualmente, a Lei Maria da Penha conta com 46 (quarenta e seis) artigos distribuídos em 7 (sete) títulos. No título I, tem-se o destaque quanto à responsabilidade da família, da sociedade e do poder público de criar as condições necessárias para o efetivo exercício, por qualquer mulher, dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2006)

No Título II, além de conceituar a violência doméstica e familiar contra a mulher e dispor sobre os espaços em que as agressões são qualificadas como tal, tem-se as definições das suas formas (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral). (BRASIL, 2006)

Quanto ao Título III, tem-se a questão da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, com indicação de medidas integradas de prevenção, atendimento pela autoridade policial e assistência social às vítimas. Já no Título IV, foram dispostos os procedimentos processuais aplicáveis aos processos, julgamentos e às execuções das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, além de dispor sobre a assistência judiciária, a atuação do Ministério Público e as medidas protetivas de urgência. Por fim, o Título V previu a criação do Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e os Títulos VI e VII trataram das disposições transitórias e finais, respectivamente. (BRASIL, 2006)

Ressalta-se que na redação original da Lei Maria da Penha, não foi instituído nenhum crime. Só em 2018 ocorreu a inclusão do artigo 24-A pela Lei nº 13.641, prevendo o crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência. (BRASIL, 2006)

De acordo com um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea – em que se analisou o impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres, constatou-se que, após dez anos da entrada em vigor da lei, o decréscimo no número de mortes de mulheres foi “sutil”. A pesquisa indica que, entre 2001 e 2006 (antes da lei), foram mortas, em média, 5,28 mulheres a cada 100 mil; após a edição da lei, entre 2007 e 2011, considerando a mesma quantidade (100 mil), o número de assassinatos reduziu para 5,22. (GARCIA, et. al., 2013)

Diante desses dados, o Congresso Nacional decidiu investigar a situação de violência contra as mulheres e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência através de uma outra CPMI, a qual iniciou seus trabalhos em março de 2012.

Após um ano e meio de trabalho, a CPMI realizou 24 audiências públicas, visitou delegacias, procuradorias e tribunais de justiça, ouviu dirigentes de movimentos de mulheres e analisou vários documentos enviados pelos Estados brasileiros. Em julho de 2013, a CPMI aprovou o relatório final, com 73 recomendações aos diversos órgãos e poderes públicos. Além disso, apresentou 3 projetos de Lei, dentre os quais estava o de mudança do Código Penal, para incluir a qualificadora do feminicídio como assassinato de mulheres por questões do sexo feminino e incluir o §7º ao art. 121, dispondo causas especiais de aumento de pena no feminicídio. (BRASIL, 2013).

O citado projeto de lei foi aprovado nas duas casas legislativas e resultou na Lei 13.104, que foi sancionada no dia 9 de março de 2015 e ficou conhecida como a Lei do Feminicídio.

3. A TRANSEXUALIDADE E A LEI MARIA DA PENHA

A visibilidade sociopolítica dada às pessoas transgênero e transexuais é algo muito recente. A concessão do direito ao processo de transgenitalização viabilizada pelo Estado e a desvinculação da identidade trans do âmbito das patologias psiquiátricas proporcionaram, em tese, a caminhada dessas classes das margens sociais,

onde por muitos anos estiveram esquecidas ou secundarizadas. Tudo isso tem se dado por uma incessante luta por direitos dessa classe, a fim de fundamentar a necessidade por maior assistência judiciária (CARNEIRO, 2019).

A primeira organização brasileira voltada para a organização política da categoria foi estruturada em 1992, no Rio de Janeiro, e denominada Associação das Travestis e Liberados do Rio de Janeiro (ASTRAL). Esse período está vinculado à grande demanda por maior segurança e combate à violência que era praticada pelos próprios policiais nos pontos de prostituição na cidade, assim como na luta contra o vírus da imunodeficiência humana (CARVALHO; CARRARA, 2013).

A cisão entre os conceitos de identidade travesti e identidade de gênero “transexual” só foi reivindicada anos mais tarde, em 1995, a partir da criação do Grupo Brasileiro de Transexuais (GBT), seguido pelo Movimento Transexual de Campinas (MTC), no ano de 1997. Isso ocorreu por conta da necessidade de se dar maior atenção à reestruturação do discurso médico-psiquiatra, o qual determinava, até então, a necessidade de realização de procedimentos cirúrgicos e terapias hormonais para a devida redesignação sexual, sendo inserido na sociedade o termo transgênero e a expressão identidade de gênero, a fim de delimitar a relação entre o gênero e a identidade da pessoa. (CARNEIRO, 2019).

Contemporaneamente, os movimentos em prol das pessoas trans convergem seus interesses no sentido de combater a violência e os atos discriminatórios praticados constantemente pela sociedade contra a classe e suas demandas. É nesse cenário que se discute a aplicabilidade da Lei Maria da Penha às pessoas transexuais.

3.1 A aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres trans

Objetivando proteger travestis e transexuais, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Proteção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), órgão administrado pela Secretaria dos Direitos Humanos, expediu a Resolução nº 11/2014, determinando a inserção de campos para explicitar a orientação sexual, a identidade de gênero e o nome social em boletins de ocorrências policiais quando pessoas dessa categoria fossem vítimas de violência. (BRASIL, 2014)

Nesse cenário, em 28 de abril de 2016, em consonância com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi expedido pela então Presidente da República Dilma Rousseff o Decreto de nº 8.727, dispondo 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. O objetivo do mencionado decreto foi o de firmar a utilização do nome social por travestis e transexuais, de modo a serem identificadas socialmente, tendo seu gênero respeitado, sem necessidade de ter relação com o sexo biológico. (BRASIL, 2016).

Tal medida passou a viabilizar que os órgãos competentes se debruçassem sobre a essência das atrocidades cometidas nos crimes contra a comunidade LGBT, legitimando estatísticas e permitindo uma conexão direta entre medidas protetivas e a identidade de gênero. É nesse viés que nasce uma nova luta: o enquadramento das mulheres trans como dignas de proteção especial advinda da Lei Maria da Penha. (CARNEIRO, 2019).

Ao analisar os artigos 2º e 5º da Lei 11.340/06, conclui-se que o legislador claramente utiliza o termo mulher como sujeito passivo de condutas que são abrangidas pela proteção conferida pela legislação especial. Contudo, o art. 5º da mesma lei determina que a violência doméstica e familiar é configurada a partir da ação ou omissão que forem baseadas no gênero. (BRASIL, 2006).

Objetivando adequar a legislação a uma realidade social, foi proposto o Projeto de Lei 8.032/14, responsável por ampliar a proteção de que trata a Lei 11.340/06 às pessoas transexuais e transgêneros, alterando os arts. 1º, 2º e 5º da referida lei, que passariam a prever que as relações pessoais enunciadas na Lei “independem de orientação sexual e se aplicam às pessoas transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres”. (BRASIL, 2014). Contudo, o projeto havia sido arquivado. Houve o desarquivamento em 22 de fevereiro de 2019 e, atualmente, aguarda parecer do deputado relator Márcio Jerry.

Com base nessa circunstância, inúmeros debates se originaram na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicabilidade da Lei Maria da Penha para as mulheres transexuais, uma vez que o termo utilizado não abarcou todas as pessoas inseridas no gênero feminino, como as transgênero e as travestis.

Nesse viés, parte da doutrina e jurisprudência brasileira se posicionou no sentido de que a qualidade especial para aplicação da Lei Maria da Penha é ser mulher, situação que abarca lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, ou seja, pessoas que tenham identidade social com o sexo feminino, sob o argumento de que seria um contrassenso deixar à margem da proteção legal aquelas que se reconhecem como mulher. (DIAS, 2016).

Em sentido diametralmente oposto, outra corrente doutrinária e jurisprudencial partiu do entendimento de que o conceito “mulher” é usado na Constituição Federal, e nada justifica que ele seja interpretado, ao menos em matéria penal, como diferente do “sentido científico”. (SANTOS, 2021).

Representando essa segunda corrente divergente, tem-se o julgado da Décima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do processo 1500028-93.2021.8.26.0312, que negou medidas protetivas de urgências previstas na Lei Maria da Penha a uma mulher transexual. Conforme o Desembargador Relator Francisco Bruno, é indiscutível que a legislação garante a todos, homens e mulheres, o pleno exercício de suas liberdades sexuais, o que não dá ao transgênero masculino o direito de ser considerado mulher, devendo ser criada uma legislação específica para transexuais, pois a equiparação do interessado à mulher (e a esta está vinculado o pedido) ofende o princípio da tipicidade estrita e o da proibição da analogia in malam partem. (SANTOS, 2021).

Um terceiro posicionamento doutrinário e jurisprudencial se firmou em meio a essa discussão, considerando como condição para aplicação da Lei Maria da Penha a exigência da cirurgia de transgenitalização (aspecto físico) e da alteração registral de prenome e estado sexual (aspecto social) para que a transexual feminina fosse considerada mulher sob o prisma jurídico. (SANTA CATARINA, 2009)

Foi nesse viés que o Tribunal de Justiça do Pará reformou decisão de primeira instância que negou o pedido de acesso às medidas protetivas especificadas na Lei Maria da Penha a uma mulher transexual que havia sofrido violência doméstica por parte de seu ex-companheiro, sob o argumento de que não havia feito a cirurgia de mudança de sexo e nem havia mudança de seu registro civil. (PARÁ, 2017).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em divergência, firmou entendimento de que a abrangência da Lei Maria da Penha sobre mulheres trans decorre da liberdade de autodeterminação individual, considerando o nome social que adota a pessoa, a forma como ela se comporta, se veste e se identifica, sendo a alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização apenas opções disponíveis para que o indivíduo exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. (DISTRITO FEDERAL, 2019).

O referido tribunal, ainda, assentou que não há analogia in malam partem ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, uma vez que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha. (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Recentemente, em 05 de abril de 2022, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento histórico, decidiu que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada para proteger mulheres transexuais. Apesar de a decisão ser restrita ao caso levado a julgamento através do Recurso Especial 1977124/SP, já é considerada um relevante precedente para outros casos que versem sobre a temática no Judiciário.

No caso em voga, a vítima foi agredida pelo pai, que chegou alcoolizado em casa e, por não aceitar a condição de transexual da filha, a agrediu. O Ministério Público do Estado de São Paulo requereu o afastamento do agressor do lar, mas, em primeira instância, a protetiva foi negada, sob o argumento de que a Lei Maria da Penha se aplica somente às mulheres no sentido biológico. O Tribunal de Justiça manteve a decisão.

No STJ, o ministro Rogério Schietti destacou que a aplicação da Lei deve ser estendida às mulheres transgênero que se definem e se identificam como mulheres, inclusive porque o crime foi praticado por um pai em uma relação de domínio e opressão ao comportamento da filha transgênero. (BRASIL, 2022).

No mesmo sentido, a ministra Laurita Vaz ponderou que a discriminação é de gênero, pois a mulher trans é agredida, em regra, especificamente por sua condição de mulher, sendo o crime praticado no mesmo contexto cultural que conduziu o legislador a editar a Lei Maria da Penha, cuja premissa fundamental é o repúdio à violência doméstica e familiar baseada no gênero. (BRASIL, 2022).

Pelo exposto, possível concluir que, não obstante a decisão do Superior Tribunal de Justiça não ser aplicável a todos os casos semelhantes em discussão no Judiciário, a tendência é que haja uma pacificação sobre o assunto, com a incidência das especificidades da Lei Maria da Penha às mulheres transexuais e transgênero.

4. PRECONCEITO QUE MATA: O ASSASSINATO DE MULHERES TRANS E A INCIDÊNCIA (OU NÃO) DO FEMINICÍDIO

O feminicídio, enquanto qualificadora do crime de homicídio, não está vinculado de forma absoluta à Lei Maria da Penha, uma vez que esta só é aplicada em casos de violência doméstica e/ou familiar, sendo a essência da referida lei a violência de gênero.

O Código Penal, no §2º-A do artigo 121, determina que o feminicídio incide sobre o homicídio de mulheres por razões do sexo feminino, sendo estas o menosprezo e discriminação à condição de ‘mulher’ ou quando ocorre no contexto de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 1940)

Diante do exposto, o presente tópico deste estudo tem por objetivo develar se o feminicídio também pode incorrer no caso de assassinatos de mulheres trans, já que o Código Penal não amplia a interpretação da qualificadora pelo gênero, mas restringe pela condição de mulher.

4.1 O mapeamento de assassinatos de mulheres trans no Brasil

Os índices de violência que recaem sobre mulheres trans têm se revelado preocupantes no país. Conforme pesquisa realizada pela ONG Transgender Europe, no Brasil, entre janeiro de 2008 e abril de 2013, ocorreram assassinatos de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) transexuais e travestis, número quatro vezes maior do que os verificados no México, o segundo país com maior número de homicídios contra a população transexual em todo o mundo. (SCHWARCZ, 2019).

Por tal circunstância, no ano de 2014, a ONU (Organização das Nações Unidas) elaborou o modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero, especificando como violência contra a mulher a morte transfóbica, ou seja, o homicídio de mulher transgênero ou transexual motivada pelo desprezo pela condição de gênero da vítima. (CAVADAS, 2021).

Conforme o “Dossiê: a Geografia dos Corpos das Pessoas Trans”, o risco de uma pessoa travesti, transexual ou transgênero ser assassinada é 14 vezes maior que o de um homem cis gay, sendo que a probabilidade dessa morte ser violenta é 9 vezes maior. Além desse dado alarmante, o documento ainda informa que quase metade dos homicídios contra pessoas trans do mundo ocorre no Brasil. (NOGUEIRA; AQUINO; CABRAL, 2017).

Entre 1º de outubro de 2015 e 30 de setembro de 2016, foram registradas 123 mortes de pessoas trans. E de setembro de 2016 até o final daquele ano, foram contabilizados 144 assassinatos de pessoas trans no país. (NOGUEIRA; AQUINO; CABRAL, 2017).

No ano de 2017, ocorreram 169 assassinatos de travestis e mulheres transexuais. A maior concentração dos assassinatos foi contabilizada na região nordeste, com 69 (39% dos casos), seguido da região sudeste, com 57; Norte e Sul, com 19 casos; e Centro-Oeste, com 15 assassinatos (ANTRA, 2018).

O Dossiê de assassinatos contra travestis e transexuais de 2018 constatou 163 homicídios, sendo, em números absolutos, o Rio de Janeiro o líder em assassinatos da população trans, contando com 16 casos. Em segundo lugar, a Bahia registrou 15. Em terceira posição, ficou São Paulo, com 14 casos; em quarto lugar, o Ceará, com 13 assassinatos. Ocupando a quinta posição, o Pará, com 10 homicídios. Minas Gerais apareceu com 9 mortes; o Rio Grande do Sul, Paraná e Mato Grosso, com 8 casos; Pernambuco contou com 7, e os estados do Rio Grande do Norte, Goiás, Espírito Santo e Amazonas, com 6 casos. Sergipe e Paraíba, com 5 homicídios; Santa Catarina, 4, Maranhão e Alagoas, 3. Piauí, Mato Grosso do Sul e o Distrito Federal, com 2 mortes. Tocantins, Roraima e Rondônia, com 1 assassinato. Acre e Amapá não registraram nenhum caso. (ANTRA, 2019).

Um estudo realizado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), com apoio de universidades como a Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Federal de São Paulo (Unifesp) e Federal de Minas Gerais (UFMG), revelou que, em 2021, foram registrados 140 assassinatos de pessoas trans no Brasil. Desse total, 135 tiveram como vítimas travestis e mulheres transexuais. O número, em tese, foi menor do que o do ano anterior (2020), quando foram registrados 175 assassinatos de mulheres trans. Mas foi superior ao de 2019, quando foram contabilizados 124 óbitos. Assim, o Brasil foi, pelo 13º ano consecutivo, o país onde mais pessoas trans foram assassinadas. (ANTRA, 2022).

Conclui-se que os dados de assassinatos de pessoas transexuais num panorama nacional têm se mostrado alarmantes. O número de mortes em 2021 está acima da média desde 2008. É com base nesses números que medidas repressivas mais drásticas em casos de homicídios transfóbicos se revelam necessárias. Como alternativa, sugeriu-se que a qualificadora do feminicídio fosse utilizada nesses casos para endurecer a punição nesse tipo de crime. Nessa toada, é imperiosa a necessidade de se analisar a adequação do instituto ao caso, sob o aspecto do garantismo penal prevalecente no sistema jurídico hodierno.

4.2 Um olhar sobre a (não) incidência do feminicídio no homicídio de mulheres trans sob o aspecto do garantismo penal brasileiro

Durante longo período, a história do Direito Penal foi marcada por um desejo inquietante de vingança, sobre o qual se sustentavam os mais horrendos métodos de punição. Nesse viés, o Direito Penal Garantista surgiu com o objetivo de limitar o estabelecimento da pena, freando-o diante dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Sob essa ótica, o presente tópico desta pesquisa visa a analisar se existe a viabilidade da aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais ante a ausência de uma qualificadora que discipline de forma específica sobre o assassinato delas.

4.3 Breves apontamentos sobre o Garantismo Penal

Luigi Ferrajoli, criador da Teoria do Direito Penal Garantista, baseou-se, principalmente, na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, responsável por instituir uma organização piramidal para os tipos normativos. Para ele, a Constituição é a norma superior e deve ser respeitada pelas demais. Através dessa organização piramidal, surge o Estado Constitucional de Direito, em que uma norma infraconstitucional deve estar em consonância com a Carta Magna. (FERRAJOLI, 2010).

Em resumo, o garantismo penal determina que a pena seja imposta somente quando houver uma lei que preceda a infração, e que seja aplicada de forma mínima, apenas quando estritamente necessária. Isso porque a função da pena há muito deixou de ser a vingança ou o castigo, como afirmava a teoria retribucionista. A pena no Direito Penal Garantista deve ser aplicada visando à minimização da violência e da privação de liberdade do indivíduo.

Diante disso, é possível concluir que “o garantismo exerce a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas” (CUNHA, 2017, p.39), fazendo surgir o modelo de Direito Penal Mínimo, que necessita, além da disposição legal do delito e comprovação de sua autoria, verificar a necessidade de sua aplicação, buscando sempre formas alternativas para a recuperação do indivíduo infrator que impliquem em uma menor restrição de sua liberdade.

A teoria do garantismo penal condiciona o princípio da legalidade estrita como um dos seus 10 axiomas “– nullum crimen sine lege (não há crime sem lei) –, constituindo assim, um modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, fundamentado no art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Constitucional”. (FERRAJOLI, 2010, p.91).

Uma das garantias que deriva do princípio da legalidade estrita é a proibição da utilização da analogia em *in malam partem* em norma penal. Nos ditames do princípio da legalidade, uma lei penal só pode ser criada quando estritamente necessária, e o julgador só pode aplicar o Direito quando expressamente previsto na legislação penal, servindo o princípio em comento como um freio garantidor do cidadão contra abusos por parte do Estado.

Pode-se concluir, assim, que a proibição da analogia é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que é possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, não se deve falar em raciocínio analógico.

Contudo, imperioso mencionar que a aplicação da analogia não fere o princípio da estrita legalidade se não trouxer prejuízo ao acusado em um processo criminal. Se a analogia for feita em benefício do suposto criminoso – analogia *in bonam partem*, esta deve ser prestigiada sob a ótica garantista.

4.4 Análise sobre a aplicabilidade da qualificadora para o homicídio de mulheres trans

Como visto, a Lei 13.104/2015 veio qualificar e agravar a pena do homicida que atenta contra a vida de mulher por motivos de condição de sexo feminino, seja em razão de violência doméstica e familiar, seja por menosprezo ou discriminação à sua condição de mulher. Sob esse viés, por óbvio, exclui-se do homem a possibilidade de figurar como vítima desse crime.

Todavia, necessário o questionamento em relação à transexual. É possível a mulher trans figurar como vítima de feminicídio?

Diante disso, três correntes passaram a traçar discussões sobre a temática, trazendo argumentos sobre a possibilidade ou não de a transexual figurar como vítima em casos que avocam a qualificadora.

A primeira, mais conservadora, passou a defender que o transexual não é mulher, apesar de transmutar fisicamente seu órgão genital, razão pela qual, não poderia estar abarcado pela proteção especial da Lei nº 13.104/2015. Conforme Gonçalves “somente mulheres podem ser sujeito passivo de feminicídio.” (2016, p. 199)

Nessa perspectiva, o sujeito passivo é somente a mulher e, por força do Princípio da Legalidade Estrita, não se pode estender a proteção ao transexual, pois o ordenamento jurídico brasileiro não admite a analogia *in malam partem*. (CAPEZ, 2021).

Para essa corrente, o feminicídio não deve incidir na hipótese de a vítima ser mulher transexual, visto que, sob os aspectos morfológicos, genéticos e endócrinos, a vítima continuaria a pertencer ao sexo masculino, mesmo tendo sido realizada a cirurgia de transgenitalização. A legislação, taxativamente, se refere a ‘mulher’, não a ‘gênero’, em situação diversa da observada na Lei Maria da Penha, que fala em gênero e, por isso, tem admitido essa extensão. (BARROS, 2015)

A segunda corrente passou a defender que se o transexual tiver feito a cirurgia de mudança de sexo de forma definitiva e a retificação de seu registro civil, deve ter o tratamento dispensado de acordo com a sua nova característica física, vez que a psicológica já o colocava nessa posição. (DELMANTO, 2016).

Verifica-se que tal posicionamento combina dois critérios: o biopsicológico, consistente na realização da mudança do sexo de origem para correlação ao sexo psicológico; e o jurídico, traduzindo-se como a alteração do gênero nos assentamentos civis.

Flexibilizando essa concepção, alguns defensores sustentam que basta a alteração do registro civil, mesmo sem cirurgia, uma vez que a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso de transexual que obteve formalmente o direito de ser reconhecida como mulher, não há como negar a incidência da lei penal, porque, para todos os demais efeitos, essa pessoa será considerada mulher. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4275, já decidiu que transexuais podem alterar o nome e o sexo no registro civil sem a submissão à cirurgia e sem necessidade de autorização judicial, em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CUNHA, 2019).

Assim, a pessoa que portar um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) em que figure, expressamente, o seu sexo feminino, poderá ser considerada sujeito passivo do feminicídio. (GRECO, 2016).

Uma terceira corrente passou a defender que a mulher transexual deve ser considerada vítima de feminicídio, uma vez que a qualificadora incide quando há o assassinato de qualquer pessoa do sexo feminino, desde que o crime tenha sido cometido por razões de sua condição de gênero, sendo que o substantivo “mulher” abrange transexuais e travestis que se identifiquem como pertencentes ao sexo feminino (BITTENCOURT, 2017). Percebe-se que, para essa linha, basta que a vítima se reconheça como mulher, ainda que não haja qualquer mudança em seu registro civil.

No Judiciário brasileiro, há casos pontuais reconhecendo a mulher transexual como possível vítima de feminicídio. O primeiro caso data de outubro de 2016, oportunidade em que o Ministério Público de São Paulo denunciou o ex-companheiro de uma transexual morta a facadas por ele em fevereiro daquele ano. A denúncia especificou que quando há alteração no registro civil de homem para mulher e quando há uma autodeterminação no campo psicológico, o homem passa a ser considerado, no mundo jurídico, como uma mulher. (ACAYABA; ARCOVERDE, 2019)

No Distrito Federal, o Tribunal de Justiça, de forma pioneira, em agosto de 2019, manteve a decisão do juiz presidente do Tribunal do Júri de Taguatinga que admitiu denúncia do Ministério Público contra dois homens por tentativa de feminicídio contra uma mulher transgênero.

O recurso apresentado pelos réus teve por objetivo decotar a referida qualificadora, sob o argumento de que a vítima não pertencia biologicamente ao sexo feminino e, portanto, não deveria ser tipificado o crime na condição de feminicídio. Todavia, os desembargadores concluíram que havia indícios suficientes nos autos de que o homicídio foi motivado “por ódio à condição de transexual”, o que caracteriza menosprezo e discriminação ao gênero feminino adotado pela vítima, que, inclusive, tinha procedido com alteração do registro civil. O ódio ao gênero se revelou quando os acusados agrediam fisicamente a vítima e diziam a ela que “era para virar homem”, o que caracteriza o menosprezo à condição de mulher. (DISTRITO FEDERAL, 2019).

Diante do feito, o caso foi levado pela Defensoria Pública do DF, em 15 de dezembro de 2020, ao Superior Tribunal de Justiça, tendo ela postulado pela exclusão da qualificadora do feminicídio. Em decisão, o STJ assentou que cabe ao Tribunal do Júri o debate acerca da efetiva aplicação da qualificadora do feminicídio em crime contra a vida praticado em face de vítima transexual, se houver indicativo de prova de sua possível ocorrência. (VITAL, 2021).

Conclui-se, assim, que a despeito dos casos ainda incipientes no Judiciário brasileiro, há uma tendência de adotar a aplicação da qualificadora do feminicídio para mulheres transexuais que tenham, pelo menos, alterado o registro civil, ainda que não tenha ocorrido a cirurgia de transgenitalização. Em breve, os tribunais superiores deverão se manifestar sobre a temática, uma vez que o assunto tem gerado diversos impactos e discussões nos âmbitos social, acadêmico e jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nome do Garantismo Penal, exteriorizado, além de outros, pelo princípio da legalidade estrita, a legislação brasileira traçou as bases de combate às formas de violência contra a mulher, instituindo legislação especial, qual seja, a 11.340/06, denominada de Lei Maria da Penha, que, claramente, prevê a proteção da mulher devido à violência de gênero a que foi historicamente submetida.

Não se pode olvidar que é dever do Estado proteger todos os indivíduos que o compõem, devendo haver uma atenção especial destinada às minorias que dele fazem parte, uma vez que somente assim essas minorias poderão ser, de fato, assistidas e ter seus direitos preservados.

A conclusão inafastável que se tem diante de tal assertiva é que a mulher trans deve estar protegida pela Lei Maria da Penha, uma vez que a legislação em voga protege a mulher em sentido amplo, objetivando combater a violência pautada no gênero.

Nesse viés, concluiu-se que a Lei 13.104/2015 e suas atualizações, que disciplinam sobre a qualificadora do feminicídio no crime de homicídio, são de extrema importância para consagrar a efetiva proteção para as mulheres. O homicídio doloso contra a mulher por razão das condições do sexo feminino encontra embasamento na própria Constituição Federal e se concretiza na igualdade material, já que o percurso histórico do Brasil revela nítida desigualdade de forças e submissão cultural das mulheres pelos homens.

A problemática se revelou quando se analisou a possibilidade de incluir mulheres trans no contexto do homicídio qualificado pelo feminicídio, uma vez que nessa circunstância, o legislador não incluiu a palavra “gênero”, diversamente do que fez na Lei Maria da Penha.

Diante dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, constatou-se que, apesar de divergências, se revelou viável a hipótese de a mulher transexual figurar como sujeito passivo do feminicídio, o que responde afirmativamente à pergunta proposta quando definido o objetivo geral da pesquisa.

Para os poucos julgados contemporâneos sobre a temática, a identidade de gênero de uma pessoa corresponde à maneira como ela se reconhece com relação ao seu gênero, podendo esse reconhecimento não guardar relação com seu sexo biológico ou sua orientação sexual. Nos casos em que a vítima, mesmo sendo do sexo masculino, tem sua identidade enraizada no gênero feminino, ostentando um registro oficial, poderá ser o sujeito passivo no crime de homicídio qualificado pelo feminicídio.

Entretanto, uma discussão salutar foi pouco observada nos casos analisados: o óbice advindo da analogia *in malam partem*.

Quando a qualificadora do feminicídio ganhou seus contornos, tal fato ocorreu por uma luta das mulheres contra o patriarcado histórico que por longo período não as via como sujeitos de inúmeros direitos que foram conquistados com o tempo. Cabe lembrar que, antes, a legítima defesa do homem que matava a mulher adúltera era uma excludente de ilicitude prevista na própria lei. A dignidade sexual da mulher não a abrangia em sua plenitude como ser humano, e ela era vista como objeto pertencente ao seu “dono”.

Percebe-se que a qualificadora do feminicídio foi trazida ao ordenamento para proteger a mulher no sentido biológico, tanto que a pena do crime já qualificado é se o crime for cometido contra mulher gestante ou nos três meses após o parto, situação que não contempla a transexual feminina, o que já traz elementos para refutar a aplicação da qualificadora para mulheres trans.

A luta pelos direitos das pessoas transexuais, além de ter iniciado em momento muito posterior, se revela destoante do tipo de preconceito que se deu em desfavor das mulheres, que foi enraizado na submissão e posse pelo sexo masculino. Tanto que, no caso de homicídio no DF, os agressores atacavam a vítima e a mandavam virar homem, o que demonstra não uma submissão, mas sim aversão e ódio à identidade de gênero.

Nessa perspectiva, entende-se que o feminicídio não deve ser utilizado como um “remendo” à ausência de legislação para coibir de forma mais severa a transfobia. O Estado deve encarar a situação como uma preocupação inadiável e tratar a situação sob a ótica da estrita legalidade. Afinal, as minorias merecem o reconhecimento pelas lutas que travam, devendo ser respeitadas a singularidade e especificidades de cada uma

delas. Utilizar a analogia para equiparar mulheres trans a mulheres biológicas para aplicação da qualificadora de feminicídio é flexibilizar a incidência da analogia in malam partem, o que sufraga o princípio da legalidade estrita, ferindo o garantismo penal.

REFERÊNCIAS

- ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo. Polícia de SP registra 1ª transexual como vítima de feminicídio; casos aumentam 54% no 1º quadrimestre. **G1**. São Paulo, 31 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/31/policia-de-sp-registra-primeira-transexual-como-vitima-de-feminicidio-casos-aumentam-54percent-no-1o-quadrimestre.ghtml>. Acesso em: 03 Jul. 2022.
- Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA). Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017. Bruna G. Benevides (Org). – Brasília: Distrito Drag, 2018. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/04/dica-profissionais-do-sexo-covid19-antra.pdf>. Acessado em: 3 Jul. 2022.
- Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA). Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018. Bruna G. Benevides e Sayonara Naider Bonfim Nogueira (Orgs.). Brasília: Distrito Drag, 2019. Disponível em: <http://hshjovem.abiaids.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Dossie-dos-ASSASSINATOS-TRANS-em-2018.pdf>. Acesso em: 3 Jul. 2022.
- Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA). Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021. Bruna G. Benevides (Org). – Brasília: Distrito Drag, 2022. Disponível em: https://unids.org.br/wp-content/uploads/2022/01/2022_Antra_DossieAssassinatosEViolencias.pdf. Acesso em: 3 Jul. 2022.
- BATISTA, Francesca Alves. **O transgênero segundo o STF**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5758, 7 abr. 2019. Disponível em: <https://revista.jus.com.br/artigos/73069/o-transgenero-segundo-o-stf>. Acesso em: 30 jun. 2022.
- BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais**, 2015. Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>. Acesso em: 03 Jul. 2022.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>. Acesso em: 03 Jul. 2022.
- BRANCO, Alzelico Seide; KRIEGER, Jorge Roberto. A emoção e o crime: quando a paixão mata. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 50-68, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/932/Arquivo%2004.pdf>. Acesso em: 05 Jul. 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.
- _____, **Lei nº. 11.340**, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha). Diário Oficial da União, Brasília, 8 mar.
- _____, Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. **Relatório final: violência contra a mulher**. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496481?show=full>. Acesso em: 03 Jul. de 2022.
- _____, Secretaria dos Direitos Humanos. **Resolução nº 11**, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: https://www.mppe.mp.br/mppe/attachments/article/4067/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%B02011_2014_CNCD_LGBT.pdf. Acesso em 03 Jul. 2022.
- _____, **Lei n. 13.104/2015**, de 9 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, 10 mar.
- _____, **Decreto de nº 8.727**, de 28 de abril de 2016. Diário Oficial da União, Brasília, 29 abr.

- _____. **Lei nº. 13.964**, de 24 de dezembro de 2019, (Pacote anticrime). Diário Oficial da União, Brasília, 30 abr.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 779. Relator Min. Dias Toffoli. 15 de março de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 de Jul. de 2022.
- _____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1977124/SP. Relator Min. Rogério Schietti. 05 de abril de 2022. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 03 de Jul. de 2022.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: volume 2: parte especial arts. 121 a 212, 21ª ed. Saraiva Jur, 2021.
- CARNEIRO, Melyssa Inêz Silva. A aplicabilidade da Lei Maria da Penha para travestis e transexuais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52788/a-aplicabilidade-da-lei-maria-da-penha-para-travestis-e-transexuais>. Acesso em: 03 jul. 2022.
- CARVALHO, M.; CARRARA, S. Em direção a um futuro trans?: Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 319-351, ago. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sess/a/bwWdcsDTNwS9mxzBkX6MSmx/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 03 jul. 2022.
- CAVADAS, Fernanda Pereira Alexandre. Femicídio e transexualidade: crítica e debate sobre a aplicação da qualificadora nos processos criminais. **Revista Jus Navigandi**. 2021. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/93684/feminicidio-e-transexualidade>. Acesso em: 03 Jul. 2022.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (CIDH/OEA). Relatório n. 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 02 de Jul. 2022.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. Volume Único. 5ª Edição. Editora Juspodivm. 2017. Bahia.
- _____. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- _____. **Manual de direito penal – volume único**. 14ª ed. JusPodivm, 2021.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. São Paulo, 2016. Disponível em: https://congressods.com.br/sexta/anais_sexta/ARTIGOS_GT06/A%20POSSIBILIDADE%20DE%20APLICACAO%20DA%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20PARA%20TRANSGENEROS.pdf. Acesso em: 03 de jul. 2022.
- DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça**. RSE20171610076127. Relator George Lopes. 05 de abril de 2018. Disponível em . Acesso em 03 Jul. 2022.
- _____. **Tribunal de Justiça**. RSE2018161001382. Relator Silvanio Barbosa dos Santos. 14 de fevereiro de 2019. Disponível em. Acesso em 03 Jul. 2022
- _____. **Tribunal de Justiça**. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/tjdft-entende-que-delito-de-feminicidio-tambem-deve-alcancar-mulheres-transgeneros>. Acesso em: 3 Jul. 2022.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2010.
- FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.
- FRANÇA, Genival Lacerda Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.
- GARCIA, L P. et. al. **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2013. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Estudos_e_Pesquisas/2013%20-%20BRASIL%20-%20IPEA%20-%20Violencia%20contra%20a%20mulher%20feminicidios%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 03 de Jul. 2022.

- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**, parte especial, esquematizado. 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2016.
- GRECO, Rogério. **Feminicídio** - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>. Acesso em: 03 Jul. 2022.
- _____. **Curso de direito penal**: volume 2: parte especial: artigos 121 a 212 do código penal. 19ª ed. – Barueri SP: Atlas, 2022.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, volume V, arts. 121 a 136. 5ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018.
- INSTITUTO MARIA DA PENHA (IMP). **HomePage**. Fortaleza: IMP, 2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 02 de jul. 2022.
- MACEDO, Ana Raquel,. Os avanços e os desafios da Lei Maria da Penha. **Rádio Câmara**, s/d. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/radio/programas/413523-os-avancos-e-os-desafios-da-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 02 de Jul. 2022.
- MENEGHEL, Stela Nazareth e PORTELLA, Ana Paula. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. **Ciência & Saúde Coletiva** [online]. 2017, v. 22, n. 9. pp. 3077-3086. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/csc/a/SxDfYB4bPnxQGpJBnq93Lhn#>>. Acesso em: 5 de Jul. 2022.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP. Volume 2. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.
- NOGUEIRA; AQUINO; CABRAL, 2017. Dossiê: A geografia dos corpos das pessoas trans. **Redetrans**. Disponível em: <http://redetransbrasil.org.br/wp-content/uploads/2019/10/A-Geografia-dos-Corpos-Trans.pdf>. Acesso em: 04 de Jul. 2022.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**, 16ª ed., Forense, 2020.
- PARÁ. **Tribunal de Justiça**. Defensoria garante medida protetiva da Lei Maria da Penha para transexual. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/573737-Defensoria-garante-medida-protetiva-da-Lei-Maria-da-Penha-para-transexual.xhtml> Acesso em: 03 Jul. 2022.
- SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. CJ 2009.006461-6. 3ª Câmara Criminal. Relator Des. Roberto Lucas Pacheco. 14 de agosto de 2009. Disponível em . Acesso em: 03 de Jul. de 2022.
- SANTOS, Rafa. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/conceito-mulher-nao-cabe-interpretacao-tj-sp-negar-pedido>. Acesso em 3 Jul. 2022.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das letras, 2019.
- RICHARDSON, R. J. **Pesquisa social**: métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 1999.
- VIEIRA, M. M. F. e ZOUAIN, D. M. **Pesquisa qualitativa em administração**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- VITAL, Danilo. Qualificadora do feminicídio por crime contra transexual é decisão do Júri, diz STJ. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-29/qualificadora-feminicidio-vitima-trans-decisao-juri>. Acesso em 3 Jul. 2022.