

TRATAMENTO JUDICIAL À MULHER TRANSEXUAL COMO VÍTIMA DO CRIME DE FEMINICÍDIO

JUDICIAL TREATMENT OF TRANSSEXUAL WOMEN AS VICTIMS OF THE CRIME OF FEMINICIDE

Danielle Coelho Silva¹

RESUMO: Através da exploração de artigos, livros, leis e principalmente, da jurisprudência, o objetivo principal deste trabalho é discutir a possibilidade do homicídio perpetrado contra mulheres trans e travestis, ser tipificado como feminicídio, além de uma conscientização para os/as operadores/as do Direito sobre os direitos da população transgênera e travesti. Para tanto, abordar a discussão sobre sexo, gênero e sexualidade ajuda a compreender a construção do feminino. Nesse entendimento, sensível à luta da sociedade pelo reconhecimento da dignidade humana das mulheres trans e travestis, a pesquisa aponta para que o ordenamento jurídico brasileiro dê conta da individualidade dessas pessoas, lhes dando lugar e visibilidade e estendendo-lhes a devida proteção. Este artigo se baseia no pressuposto de que a legislação e a doutrina não levam em conta o gênero com os quais as pessoas se reconhecem. Ou seja, têm uma visão essencializada do gênero, colando-a à biologia, e, como resultado, há uma falta de consenso entre os principais juristas, além de uma legislação efetiva. Ao deixar a critério do Tribunal do Júri, a Justiça dá margem para que as mulheres transexuais não possam figurar no polo passivo do feminicídio, uma vez que, vai depender do entendimento de cada jurado. Como observado ao final do texto, há uma divergência doutrinária acerca dessa questão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Feminicídio; Gênero; Sexualidade; Transexualidade.

ABSTRACT: Through the exploration of articles, books, laws and, mainly, jurisprudence, the main objective of this work is to discuss the possibility of homicide perpetrated against trans women and transvestites, being typified as femicide, in

¹ Mestranda em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-Vice Presidente da Comissão da Mulher e Conselheira Consultiva da Jovem Advocacia da OAB subseção Vitória da Conquista/BA. Pós-Graduada em Educação e Diversidade Étnico Cultural pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Integrante do Grupo de Pesquisa Laboratório de Estudos Marxistas, com foco nos estudos de gênero e feminismo, sob orientação da professora Dr^a. Márcia Lemos, da Clínica de Direitos Humanos da UESB e do grupo de pesquisa Direitos Humanos, Democracia e Discursos Contra-Hegemonicos, ambos sob coordenação da professora Dr^a Luciana Silva. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). E-mail: dani_coelho04@hotmail.com.

addition to raising awareness for the operators of the law on the rights of the transgender and transvestite population. Therefore, approaching the discussion about sex, gender and sexuality helps to understand the construction of the feminine. In this understanding, sensitive to society's struggle for the recognition of the human dignity of trans women and transvestites, the research points out that the Brazilian legal system takes into account the individuality of these people, giving them place and visibility and extending them due protection. This article is based on the assumption that legislation and doctrine do not take into account the gender with which people recognize themselves. That is, they have an essentialized view of the genre, gluing it to biology, and, as a result, there is a lack of consensus among leading jurists, as well as effective legislation. By leaving it to the discretion of the Jury Court, Justice gives scope for transgender women not to be in the passive pole of feminicide, since it will depend on the understanding of each juror. As noted at the end of the text, there is a doctrinal divergence on this issue.

KEYWORD: Criminal Law; Feminicide; Gender; Sexuality; Transsexuality.

INTRODUÇÃO

Diante da problemática sobre a possibilidade do ordenamento jurídico brasileiro de enquadrar a mulher transgênera e travesti dentro da qualificadora do feminicídio, este artigo parte da hipótese de que a legislação e doutrina não dão conta dessa mudança, diante da falta de consenso entre os principais autores e de uma legislação eficaz. Ao longo do texto, ressalta-se, trans será usado como diminutivo de transgênera, que “engloba” diferentes mulheres que não aceitam o gênero que lhes foi designado ao nascer. Ao deixar à critério do Tribunal do Júri, a justiça dá margem para que as mulheres trans e travestis não possam figurar no polo passivo de feminicídio, uma vez que essa decisão vai depender da subjetividade e entendimento de cada jurado.

Através do instrumento da revisão bibliográfica, com exploração de artigos, livros, leis e jurisprudências brasileiras, esse texto objetiva uma análise crítica sobre a exclusão dessa parcela populacional no âmbito jurídico, uma vez que, inicialmente, elas já têm seus direitos desrespeitados ao não ter sua identidade de gênero reconhecida. Por se tratar de um tema novo, sem uma posição majoritária, até mesmo as decisões judiciais encontradas foram poucas.

Inicialmente, no primeiro tópico, é feita uma discussão sobre gênero, sexo e sexualidade, tomando como principais autoras/es Berenice Bento, Judith Butler, Gayle

Rubin e Michel Foucault. Além disso, há a conceituação da mulher transexual englobando a transexualidade e travestilidade, bem como alguns dados sobre a população trans, e como isso rompeu com o binarismo de gênero. Para a mulher trans, o gênero com o qual se identifica é incompatível com a sua morfologia corporal de nascimento.

No segundo tópico, a lei do feminicídio, e como ela alterou a lei de crimes hediondos, é o objeto de análise. O feminicídio está conceituado na lei 13.104/2015. O Projeto de Lei que deu origem a lei 13.104/2015, foi a PL 8.305/2014, em que consistia em qualificar o homicídio “*contra a mulher por razões de gênero*”. No entanto, ao ser aprovada, a Lei 13.104/2015, por pressões políticas dos grupos conservadores, foi retirada a elementar gênero e em seu lugar passou a constar sexo feminino, ocorrendo assim, uma exclusão das mulheres transexuais. Porém, a fim de garantir uma igualdade material, entendemos que o feminicídio se constitui enquanto qualificadora do crime de homicídio motivado pelo ódio contra as mulheres e caracterizado por circunstâncias específicas em que o pertencimento da mulher ao gênero feminino é central na prática do delito.

Por fim, no último tópico, é mostrada a divergência doutrinária sobre a possibilidade dessa parcela da população figurar como sujeito passivo da qualificadora. O primeiro entendimento, mais conservador, é que as mulheres trans e travestis não podem ser vítimas do feminicídio; o segundo entendimento é que as mulheres trans e travestis podem ser vítimas, desde que tenham registro civil definido como mulheres; por último, outra corrente mais progressista, entende que a mulher trans pode ser vítima mesmo sem a redesignação sexual.

2 MULHER TRANS E TRAVESTI E A RUPTURA DO BINARISMO

Desde o feto, ao identificar se a criança possui pênis ou vagina, já se cria expectativa em torno dos papéis sociais que ela irá desempenhar, pênis-menino *versus* vagina-menina, ou seja, já é criado e construído (pelo discurso) naquele corpo, certa ideia de feminino e de masculino. Quando ela nasce, há uma rede de desejos e instrumentos pensados para a criança. Brinquedos, cores, comportamentos etc., são

exigidos a depender do sexo designado à pessoa no nascimento. Essas expectativas, segundo Bento (2008, p. 35), “[...] são estruturadas numa complexa rede de pressuposições sobre comportamentos, gostos e subjetividades que acabam por antecipar o efeito que se supunha causa.”. Dessa forma, para a autora, o gênero resultaria de técnicas sofisticadas que produzem corpos sexuados.

Ao romper com esse binarismo e papéis impostos culturalmente, a mulher trans e a travesti, assim como as demais experiências de gêneros fluidos – sujeito com gênero fluido é aquele que pode transitar entre as percepções de feminino, masculino, neutro ou outros tipos de gêneros – demonstram que as pessoas não são predestinadas a cumprir os desejos das estruturas corpóreas, e sim adestradas.

Identificar-se com o sexo diferente daquele designado no nascimento é um quadro que as ciências sempre tentaram explicar. A principal teoria da sexualidade que vigorou por muito tempo, é a que Gayle Rubin chama de “Essencialismo sexual”, segundo o qual o sexo é uma força natural que existe antes da vida social e molda as instituições. Segundo ela:

O essencialismo sexual baseia-se na sabedoria popular das sociedades ocidentais, que considera o sexo eternamente imutável, associal e não histórico. Dominado por mais de um século pela medicina, pela psiquiatria e pela psicologia, o estudo acadêmico do sexo reproduziu o essencialismo. Esses campos de estudo classificam o sexo como propriedade de indivíduos. Certamente ele está em seus hormônios e em suas psiques. Ele pode ser considerado como fisiológico ou psicológico. Mas dentro dessas categorias etnocientíficas, a sexualidade não tem história nem determinantes sociais importantes. (RUBIN, 1984, p. 11)

Esse pensamento começa a ter mudança a partir dos estudos de Michel Foucault. Judith Butler nos explica que Foucault, em sua obra “A história da sexualidade”, vai na contramão dessa construção unitária do sexo. O autor, para ela, engaja-se num discurso inverso, que trata o sexo como efeito e não como origem:

Em lugar do “sexo” como causa e significação originais e contínuas dos prazeres corporais, ele propõe a “sexualidade” como um sistema histórico aberto e complexo de discurso e poder, o qual produz a denominação imprópria de “sexo” como parte da estratégia para

ocultar e portanto perpetuar as relações de poder. Uma das maneiras pelas quais o poder é ocultado e perpetuado é pelo estabelecimento de uma relação externa ou arbitrária entre o poder, concebido como repressão ou dominação, e o sexo, concebido como energia vigorosa mas toldada, à espera de libertação ou auto-expressão autêntica. (BUTLER, 2021, p. 166-167)

Com essa obra, o texto de Michel Foucault foi mais influente e mais emblemático acerca do novo conhecimento sobre sexo. Como aponta Rubin (1984, p. 12), ele “[...] criticou a forma tradicional de entender a sexualidade como um desejo natural libidinal de livrar-se das peias sociais”. Foucault, para a autora, entende que os desejos não são entidades biológicas pré-existentes, mas são constituídos no curso de práticas sociais específicas, determinadas historicamente.

Novos conhecimentos sobre a sexualidade dotaram o sexo de uma história e criaram uma alternativa construtivista ao essencialismo sexual. De forma implícita, segundo Rubin, há o pressuposto de que a sexualidade se constitui na sociedade e na história, não sendo biologicamente determinada. Dessa forma, a sexualidade humana não pode ser compreendida somente em termos biológicos.

De acordo com Berenice Bento e Larissa Pelucio, vem da segunda metade do século XX os primeiros artigos acerca do “fenômeno transexual”. Em 1950, segundo as autoras, o endocrinologista Harry Benjamin se dedicava a estabelecer as ocorrências que justificariam a diferenciação das pessoas transexuais em relação às homossexuais. A relação de abjeção que as pessoas transexuais têm com as genitálias seria uma constância observada nos seus discursos. Mesmo que o médico tenha defendido a cirurgia de transgenitalização como a única alternativa terapêutica possível para as pessoas transexuais, ele estabeleceu critérios válidos como científicos para que fosse possível diagnosticar “o verdadeiro transexual” e assim autorizar a intervenção.

O parâmetro principal de Benjamin para detectar o “transexual de verdade” seria a relação de abjeção, de longa duração, com suas genitálias. Para evitar que as pessoas cometessem suicídio, as cirurgias deveriam ser recomendadas a partir de um rol de procedimentos listados por ele. No entanto, destacam Bento e Pelucio, esse discurso ia na contramão dos/as psicólogos, psiquiatras e psicanalistas. Nos

anos posteriores, seguiram-se esses discursos em favor exclusivamente da cirurgia de transgenitalização:

A tendência cirúrgica intensificou-se ao longo das décadas de 1960 e 1970, ao mesmo tempo se produziam indicadores que sugeririam onde deveria ser buscado o diagnóstico para diferenciar transexuais de gays, lésbicas e travestis. Nesse marco, em 1969, realizou-se, em Londres, o primeiro congresso da Associação Harry Benjamin, que passou a se chamar *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association* (HBIGDA), em 1977. A transexualidade passou a ser considerada uma “disforia de gênero”, termo cunhado por John Money em 1973. (BENTO; PELUCIO, 2012. p. 571)

Bento (2008, p. 18) conceitua a transexualidade como “uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero”. As pessoas transexuais são as que se atrevem a reivindicar sua identidade de gênero em vez daquela informada pelos genitais; fazendo isso, pode ser capturado pelas normas de gênero por meio da medicalização e patologização da experiência.

Para Vieira, a partir das discussões acerca de identidade de gênero e sexualidade, é que se começa a pensar a travestilidade e a transexualidade como uma experiência de gênero, a transfeminilidade como uma forma de mulheridade. Essa compreensão é importante, consoante a autora, quando se depara com discursos essencializadores do ser mulher. É neste sentido que a vivência das mulheres trans, das travestis, das pessoas não-binárias que se identificam com a feminilidade podem ser compreendidas como vivências femininas, e que devem ser respeitadas como tal.

Trata-se de uma realidade que deve ser observada muito mais no plano antropológico e psicológico do que no campo médico, vez que esse último serve apenas como mecanismo para possibilitar, por meio do processo transexualizador (hormonização e cirurgia de transgenitalização), a composição de uma identidade psicologicamente consolidada em um gênero diverso do sexo biológico constatado no momento do nascimento.

Esse desejo para realizar um diagnóstico diferenciado para transexuais, ganhou concretude só nos anos 1980, quando essa categoria foi incluída no Código

Internacional de Doenças (CID). Todavia, atualmente, a transexualidade foi retirada do rol de distúrbios mentais da CID. Ela, no entanto, não saiu totalmente da CID-11, foi movida para a categoria “[...] condição relativa à saúde sexual”. A Organização Mundial de Saúde (OMS) admite que mantê-la na Classificação Internacional de Doenças pode reforçar estigmas, mas diz que a medida ainda é necessária. De igual modo, algumas pessoas concordam que despatologizá-la pode fazer com que as pessoas percam tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), já que o Estado é obrigado, dessa forma, a oferecer amparo médico, hormonal e psicológico.

Por outro lado, ainda que algumas/uns ativistas temam pela perda de direitos conquistados como, por exemplo, no Brasil, a garantia de acesso gratuito ao processo transexualizador pelo SUS, Bento e Pelucio acreditam que a patologização não garantiu direitos de fato, mas impôs um modelo para se pensar a transexualidade como experiência catalogável, curável e passível de normalização. Se tratou de um processo que qualificou alguns saberes científicos como os únicos capazes de dar respostas acertadas às vivências que desafiam as normas de gênero. Processo que, por outro lado, autoriza a tutela dos corpos e das subjetividades de pessoas que se reconhecem como transexuais.

De acordo com estudo realizado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) com apoio de universidades como a Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) e Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em 2021, 135 travestis e mulheres trans foram mortas. Quando se olha a nível global, desde o início do levantamento sobre assassinato de pessoas trans, o Brasil tem sido o país que mais vitimiza no mundo. Do total de 4.042 assassinatos catalogados pela Organização Não-Governamental (ONG) *Transgender Europe* (TGEU), 1.549 foram no Brasil. O ano de 2021 revelou ainda um aumento de 141% em relação a 2008, o ano que a TGEU iniciou o monitoramento global. Ou seja, sozinho, o país acumula 38,2% de todas as mortes de pessoas trans do mundo. (ANTRA, 2022).

Transfeminino ou Mulher Transgênera se define como a pessoa que se identifica como sendo do gênero feminino, embora tenha sido designada como homem ao nascer. De maneira geral, essas pessoas sentem um grande desconforto

com seu corpo por não se identificar com seu sexo. Por isso, têm a necessidade de adotar roupas características do gênero com o qual se identificam, se submeter a terapia com hormônios e realizar procedimentos para a modificação corporal. Em contrapartida, existem as pessoas cisgênero, que são aquelas que se identificam com o sexo designado ao nascerem.

Do mesmo modo que Simone de Beauvoir (1967, p. 9), a qual afirma que “[...] ninguém nasce mulher: torna-se mulher”, implica dizer que o conceito de mulher é uma determinação cultural, e como tal, foi construída de forma histórica. De modo análogo, transporta-se esse entendimento à discussão em apreço, estendendo-o a possibilidade do se forjar ou se fazer mulher à pessoa trans, visto que o enquadramento puramente biológico não dita o ser social, ele é sim, fruto de uma construção. Vieira afirma que o transfeminismo se relaciona com a necessidade de uma compreensão crítica do conceito de mulher, ou seja, é a partir do transfeminismo, que consegue avançar rumo a desconstrução de uma existência feminina calcada na biologia, no útero e no ser mãe. O transfeminismo, ao lutar pelas demandas das mulheres trans e travestis, inclui-se em um rol de lutas libertadoras das definições biologizantes.

Assim, denota-se que o conceito de mulher é englobante, visto que pode ser relacionado estritamente no campo biológico, ou seja, de acordo com o sexo, ou pode ainda ser interpretado de acordo com a construção social da identidade de gênero.

Deste modo, é notório que a transexualidade é a construção de uma nova identidade por meio da construção social da conformação de gênero, superando conceitos até então estabelecidos para definir o ser mulher. Nessa perspectiva é que surge a problematização acerca da possibilidade da mulher trans ser sujeito passivo da lei de feminicídio.

3 LEI DO FEMINICÍDIO

Evoluindo na discussão para respondermos a problemática inicial proposta, falar-se-á antes sobre a qualificadora do feminicídio, tal como abordar seu

surgimento e seu conceito, uma vez que a mesma se trata de violência envolvendo o gênero feminino.

Em 09 de março de 2015 foi sancionada a Lei 13.104/15, que considera homicídio qualificado o assassinato de mulheres por razões “da condição do sexo feminino”. Todavia, nem sempre vigorou dessa forma; a redação do texto original, pelo Projeto de Lei 8.305/2014, previa que seria “contra a mulher por razões de gênero”. Dessa forma, o legislador restringiu a definição de mulher apenas para as que foram designadas como mulheres ao nascer.

A norma altera o Código Penal e também inclui o feminicídio no rol de crimes hediondos, previsto na lei 8.072/90. De acordo com o diploma legal inicialmente mencionado, considera-se que o assassinato ocorreu em razão do gênero da vítima quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo e discriminação contra a condição de mulher. A pena prevista para homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos. Além disso, o art. 121, § 7º, do Código Penal prevê o aumento da pena em 1/3 se o crime ocorrer: (a) durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; (b) contra menor de 14 anos, maior de 60 ou pessoa com deficiência; e (c) na presença de descendente ou ascendente da vítima. Como homicídio qualificado, a hediondez é uma decorrência natural. Quem é condenado por crime hediondo tem de cumprir um período maior da pena no regime fechado para pedir a progressão para outro regime, como o semiaberto ou aberto. É exigido ainda o cumprimento de, no mínimo, consoante art. 2º, § 2º da lei 8.072/90, de 2/5 do total da pena aplicada se o apenado for primário; e de 3/5, se reincidente. A diferença prática entre o homicídio simples e o homicídio qualificado por feminicídio é sua gravidade, pelo fato de o segundo ser considerado hediondo desde a aprovação da lei. Os homicídios simples preveem prisão por 6 a 20 anos em caso de condenação, enquanto o crime hediondo apresenta pena entre 12 e 30 anos, como demonstrada anteriormente.

Além de oferecer pena mais de duas vezes superior em relação a um homicídio comum, a lei do feminicídio ataca diretamente a violência doméstica, ao estabelecer legalmente uma gravidade muito maior do crime contra a mulher pelo

fato de ela ser mulher. Este tipo de crime ocorre principalmente em ambiente doméstico, o que justifica, por exemplo, os três agravantes existentes.

De acordo com o autor Fernando Capez antes da Lei n. 13.104/2015, não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Matar uma mulher pelo fato de ela ser mulher caracterizava homicídio qualificado por motivo fútil ou torpe, a depender do caso concreto. Após a Lei n. 13.104/2015, tal motivação acarreta a adequação típica do fato ao art. 121, § 2º, VI, do Código Penal. Além disso, nem sempre o sujeito ativo, ou seja, o/a autor/a precisa ser homem, podendo ser uma mulher também. Não basta que o crime tenha sido um homicídio contra a mulher. É necessário que a motivação tenha sido em razão do menosprezo ou discriminação à condição feminina. Capez destaca ainda que:

A qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente (“razões de condição de sexo feminino”). Não pode ser considerada como objetiva, pois não tem relação com o modo ou meio de execução da morte da vítima. Dessa classificação podemos extrair duas conclusões: (i) trata-se de circunstância de caráter pessoal, logo, não se comunica com eventual coautor do crime (CP, art. 30); (ii) não existirá feminicídio privilegiado, pois só se admite crime de homicídio qualificado-privilegiado quando a qualificadora for de natureza objetiva. (CAPEZ, 2020, p. 162)

Por meio da presidente da Comissão Nacional de Gênero e Violência Doméstica do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Adélia Moreira Pessoa, o Instituto aponta três dificuldades dessa lei: a primeira, é que o agravamento das penas, por si só, não garante uma maior proteção à mulher. A segunda, são as dificuldades no enfrentamento à violência de gênero, como a dificuldade e instabilidade das mulheres em situação de violência para denunciar e manter a denúncia; a incompreensão e a resistência dos agentes sociais responsáveis pelos atendimentos e encaminhamentos; a falta de apoio efetivo para as mulheres em situação de violência e a falta de programas de atendimento ao autor da agressão - com medidas eficazes de intervenção socioterapêuticas.

Por fim, a escassez de políticas públicas. A violência doméstica contra a mulher não deve ser tratada apenas como problema de justiça criminal, pois é uma questão

de múltiplas dimensões e necessita que sejam observados os vários eixos da Lei Maria da Penha (11.340/2006): prevenção e educação, assistência à família e responsabilização dos autores, como destaca a advogada do IBDFAM.

Por se tratar, conforme exposto, de homicídio praticado contra a mulher em razão do gênero, o tópico abaixo irá mostrar que há divergência na definição de mulher no que concerne à transexual e se a mesma incide na qualificadora ou não.

4 MULHER TRANS E TRAVESTI E FEMINICÍDIO

Conforme será demonstrado neste momento, não há uma doutrina pacífica envolvendo a mulher trans e travesti e o feminicídio. Acerca do tema, como já mencionado anteriormente, encontra-se em voga três correntes, sobre as quais nos deteremos agora um pouco mais detidamente.

A primeira posição acredita que a transexual não pode ser considerada mulher para fins da aplicação da qualificadora do feminicídio, mesmo que realizada a alteração em seu registro civil ou a mudança de seu órgão genital. Para Barros deve ser sempre considerado o critério biológico, ou seja, identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Neste caso, como a neocolpovulvoplastia (procedimento estético para redesignação sexual) altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível a aplicação da qualificadora do feminicídio.

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

Ainda corroborando esse argumento, segundo Luciano, mesmo havendo uma equiparação para todos os fins do direito, a analogia é proibida no Direito Penal para aumentar a pena do agente (*analogia in malam partem*). Segundo ele, isto não representa menor punição para o homicídio preconceituoso que venha a ser cometido contra uma transexual, mas apenas que a qualificadora será outra: motivo torpe. O crime continua sendo hediondo. No entanto:

[...] não há que se falar em violação ao Princípio do “*Ne bis in idem*” entre as qualificadoras do feminicídio e do motivo torpe (artigo 121, §2º, inciso I, do Código Penal). O STJ possui jurisprudência uníssona nesse sentido e entende que o feminicídio seria uma qualificadora de natureza objetiva, enquanto o motivo torpe seria uma qualificadora de caráter subjetivo. Assim, ambas as qualificadoras podem coexistir em um determinado caso concreto, não havendo dupla punição. (CAVADAS, 2021. p. 13)

A segunda corrente entende que deve ser considerado o sexo que consta no registro civil. Ou seja, se mesmo a mulher transgênera permanecer com a genitália masculina, mas seu registro civil já constar como sexo feminino, a esta pode ser aplicada a qualificadora do feminicídio.

Rogério Greco, comentando o crime de estupro, defende que deve ser considerado o sexo que consta no registro civil:

[...] Entendemos que, nesse caso, se a modificação se der tão somente no documento de identidade, com a simples retificação do nome, aquela pessoa ainda deverá ser considerada pertencente ao gênero masculino, não sendo, pois, passível de ser considerada vítima do delito de estupro. No entanto, se houver determinação judicial para a modificação do registro de nascimento, alterando-se o sexo do petionário, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural, orgânico, passando, agora, a um conceito de natureza jurídica, determinado pelos julgadores [...]. (GRECO, 2015, p. 478)

Bitencourt coaduna do mesmo pensamento de Greco. Para ele, com a gama de possibilidades do “espectro” sexual, é preciso mais do que simples critérios biológicos ou psicológicos para definir o gênero de uma pessoa e identificar se ela é mulher ou homem para fins criminais. Portanto, para o autor, deve-se utilizar critérios

jurídicos rígidos, por questões de segurança jurídica em termos de tipicidade estrita, pois simples critérios psicológicos ou biológicos são insuficientes para definir quem pode ser o sujeito passivo dessa nova qualificadora. Seguindo a mesma linha, Cunha (2016, p. 66) explica que “[...] no caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher”.

Por fim, a terceira e última vertente entende que a pessoa que se identifica como mulher mesmo sem procedimento estético e mudanças em seu registro civil, pode ser vítima do feminicídio. Por esse critério, deve-se desconsiderar o critério cromossomial para identificar como mulher toda aquela em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino. Mello (2016) entende que a qualificadora do feminicídio incide quando o sujeito passivo for mulher, entendido de acordo com o critério psicológico, ou seja, quando a pessoa se identificar com o gênero feminino, mesmo quando não tenha nascido com o sexo biológico feminino.

Esta autora entende que para ser reconhecida como mulher, não existe a necessidade de fazer a cirurgia de redesignação sexual, basta que o indivíduo se identifique com o gênero feminino. Dessa forma, toda vez que uma mulher, assim compreendida a pessoa que se identificar com o gênero feminino, for morta em razão desta condição, incidirá a qualificadora do feminicídio.

Com relação aos julgados, a primeira decisão ocorreu em 2019, quando o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Acórdão nº 1184804) manteve sentença condenando o réu por feminicídio de uma mulher transexual. Ele havia interposto recurso alegando que a vítima era mulher transgênero e, biologicamente, portanto, não pertencer ao sexo feminino, condição objetiva do tipo penal. No entanto, ao analisar o recurso, os desembargadores entenderam que há indícios suficientes de que o crime foi motivado “por ódio à condição de transexual” da ofendida, o que caracteriza menosprezo e discriminação ao gênero feminino por ela adotado, inclusive com a alteração do registro civil. Ressaltaram que o conceito histórico-social do gênero é mais abrangente que o do sexo biológico.

Em 2016, O Ministério Público (MP) de São Paulo denunciou pelo crime de feminicídio o ex companheiro de uma transexual morta a facadas por ele em fevereiro

daquele ano. Foi a primeira vez que uma denúncia do tipo é feita envolvendo uma pessoa transexual no estado. A ação foi oferecida em junho pela Promotoria de Justiça do 3º Tribunal do Júri da Capital. (G1, 2016). Em 2021, um homem foi condenado por feminicídio contra uma mulher trans por um crime cometido em 2019. Na denúncia apresentada pelo promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo (MPSP), segundo a reportagem do UOL, ele pontuou que “o crime foi cometido por razões da condição de sexo feminino, pois envolveu menosprezo e discriminação à condição de mulher da vítima. É que, embora do sexo biológico masculino, ela havia adotado identidade de gênero feminina.” (UNIVERSA, 2021).

Recentemente, em decisão de dezembro de 2020, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu em que, havendo indicativo de prova e demonstração de possível ocorrência da qualificadora do feminicídio, o debate sobre sua aplicabilidade ao caso em que a vítima é mulher transexual é tarefa dos jurados na sessão de julgamento do Tribunal do Júri. Ou seja, se há indícios, cabe aos jurados decidir pela aplicação ou não da qualificadora de feminicídio.

Todavia, percebe-se que os reconhecimentos dos direitos das mulheres trans e travestis se dão apenas na esfera administrativa, pelos órgãos públicos, ou na judicial, através de decisões de tribunais superiores e tribunais de justiça, que criam jurisprudências. Mas, no âmbito legislativo permanece o desamparo às mulheres trans e travestis no que diz respeito ao reconhecimento de sua identidade de gênero e sua consequente equiparação legal, no caso das mulheres transexuais, às mulheres do sexo biológico, dando brecha para controvérsias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos elevados números de homicídios praticados contra as mulheres em razão do gênero, foi necessária a criação de um tipo penal específico, o feminicídio. Há de se considerar, então, a intenção do legislador em tutelar de forma mais eficaz pessoas que se encontram em condição de vulnerabilidade em decorrência do gênero, necessitando assim de maior proteção por parte do Estado. No entanto, os novos contextos sociais dão ensejo a questionamentos de que pessoas que não foram

designadas como mulheres ao nascer, mas que se veem e se comportam como tal, como é o caso das mulheres trans e travestis, figurarem no polo passivo do crime de feminicídio.

Compreende-se, dessa forma, que o conceito de mulher é extremamente complexo e a compreensão da identidade de gênero é baseada na construção social, admitindo-se, portanto, que as mulheres trans e travestis socialmente identifiquem-se como mulheres, sendo, desta feita, objeto da tutela estatal do diploma legal objeto do presente estudo.

O reconhecimento das mulheres trans e travestis como vítimas de feminicídio, por se tratar de um tema novo, ainda gera grande discussão na sociedade e, conseqüentemente, no âmbito jurídico devido às diferentes ideias, opiniões e entendimentos, gerando diversos posicionamentos, como foi demonstrado.

A possibilidade de uma mulher trans e travesti ser reconhecida como vítima de feminicídio é um avanço necessário e um “passo” certo que o judiciário precisa dar. Tendo em vista que o Direito se origina no meio social e a ele retorna como meio de manutenção da paz social, faz-se imperativo sua constante adequação às novas realidades e paradigmas sociais, dado que de outra forma ele perde sua primazia.

Portanto, sobre o reconhecimento das mulheres trans como sujeito passivo do feminicídio, a opção ou não pela cirurgia não deveria ser o foco da questão, mas sim a sua identificação como mulher. As questões de identidade de gênero são mais do que apenas um fator físico, através do sexo de nascimento das vítimas. Assim, é por meio da perspectiva de gênero que a mulher trans é considerada mulher.

Como se percebeu ao longo da discussão, os principais autores da doutrina penalista não têm um entendimento majoritário sobre o enquadramento da mulher transexual na qualificadora do feminicídio.

Nesse entendimento, sensível às lutas travadas no seio da sociedade para reconhecimento da dignidade humana das pessoas transexuais, a pesquisa apontada nesse artigo indica que o ordenamento jurídico brasileiro dê conta da individualidade dessas pessoas e lhes dê lugar e visibilidade, estendendo-lhes a devida proteção.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA). **Dossiê dos assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**. Brasil, 2022. Disponível em:

<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2022.

BARROS, Francisco Dirceu. Femicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. **Jus Navigandi**. Março, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37145/femicidio-e-neocolpovulvoplastia>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: a experiência vivida**. Tradução de Sérgio Milliet. 2ª ed. – Difusão Europeia do Livro, 1967.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. Despatologização do Gênero: a politização das identidades abjetas. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 569-581, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/GYT43pHGkS6qL5XSQpDjrj/abstract/?lang=pt>. Acesso em 05 mar. 2022.

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade** – 1 ed. – São Paulo: Brasiliense, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual. **Consultor Jurídico**. Novembro, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>. Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.104, de 09 de mar. de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de jul. de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dez. de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 14 fev. 2022.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão de identidade**; tradução de Renato Aguiar – 21 ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 2: Parte Especial arts. 121 a 212** – 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAVADAS, Fernanda Pereira Alexandre. Femicídio e transexualidade: crítica e debate sobre a aplicação da qualificadora nos processos criminais. **Jus Navigandi**, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/93684/femicidio-e-transexualidade>. Acesso em: 01 jul. 2022.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** – 8 ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.

G1 São Paulo. MP oferece primeira denúncia por feminicídio de transexual em SP. **G1**, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/10/mp-oferece-primeira-denuncia-por-femicidio-de-transexual-em-sp.html>. Acesso em 01 jul. 2022.

GERALDO, Nathalia. Homem é condenado por feminicídio de mulher trans em São Paulo. **Universa**, 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/06/14/homem-e-condenado-por-femicidio-de-mulher-trans-em-sao-paulo.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso: em 03 jul. 2022.

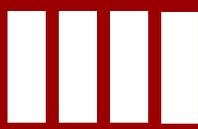
GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal** – 17 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM). **3 benefícios e 3 desafios da Lei do Femicídio**, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8233/#:~:text=Em%20vigor%20h%C3%A1%20seis%20anos,discrimina%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20condi%C3%A7%C3%A3o%20de%20mulher>. Acesso em 06 mar. 2022.

LUCIANO, Pedro. Femicídio e transexualidade. Prof Pedro Luciano, 2017. Disponível em: <https://www.pedroluciano.com.br/single-post/2017/02/08/Femic%C3%ADdio-e-transexualidade>. Acesso em: 13 jan. 2022.

MELLO, Adriana. O feminicídio e a Lei nº 13.104/2015. **Revista Fórum de Ciências Criminais. – RFCC**. Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 221-227, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/53435779/o-femicidio-e-a-lei-n-13104-2015>. Acesso em: 05 mar. 2022.

OLIVEIRA, Frederico. Transexualidade ou “Transexualismo”? : a construção da cidadania trans. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/144342466/transexualidade-ou-transexualismo>. Acesso em: 12 fev. 2022.



RUBIN, Gayle. **Thinking Sex**. Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality. Tradução de Júlio Assis Simões. In: VANCE, Carole. (ed.) *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*. Boston/London: Routledge & Kegan Paul, 1984.

VIEIRA, Helena. Vamos falar de transfeminismo? **Revista Fórum**, 2015. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/02/22/vamos-falar-de-transfeminismo/>. Acesso em: 02 mar. 2022.

Recebido em: 26/08/2022.
Aceito em: 22/10/2022.