



Centro Universitário de Brasília  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
Programa de Graduação em Direito

FABRÍCIO XAVIER LACERDA

## Feminicídio e Transgeneridade

Análise dos paradigmas das identidades de gênero, da hermenêutica jurídica quanto à Lei 13.104/2015 e de sua aplicação em casos de mulheres *trans*

Brasília  
2016

**FABRÍCIO XAVIER LACERDA**

## **Feminicídio e Transgeneridade**

Análise dos paradigmas das identidades de gênero, da hermenêutica jurídica quanto à Lei 13.104/2015 e de sua aplicação em casos de mulheres *trans*

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, sob a orientação do Professor MSc. Georges Seigneur

Brasília

2016

Dedico o presente trabalho a todas as mulheres, *cis* e *trans*, como contribuição para o empoderamento feminino.

Agradeço a minha família pelo apoio incondicional e agradeço especialmente ao Bruno Aiello Macacari, quem ouviu minhas angústias e reflexões na produção deste trabalho e quem tanto me ajudou, meu companheiro de todas as horas.

Ainda, agradeço a todas as pessoas que passaram pelo meu caminho e compartilharam suas realidades, ajudando a construir a minha.

## RESUMO

No presente trabalho, analisa-se a hipótese de que é legítima a aplicação da Lei 13.104/2015 - Lei do Femicídio - a mulheres transexuais e transgêneras em contextos de violência de gênero. Optou-se pelo desenvolvimento do trabalho sob a égide da reflexão conceitual ampla acerca de gênero como categoria de análise condicionado pela realidade cultural e social que se pretende analisar. Assim, analisa-se conceito de identidade de gênero. Apresenta-se, ainda, breve relato histórico como meio de contextualizar a formação patriarcal, machista e conservadora da sociedade brasileira que determina os papéis sociais atribuídos a homens e mulheres em relações sociais de dominação masculina e misoginia. Soma-se o menosprezo pela condição feminina a transfobia pela não aceitação da diversidade humana e a falta de reconhecimento pleno de mulheres transexuais e transgêneras. Então, por meio da Hermenêutica jurídica, da análise de princípios do Direito Penal de um lado, e de outro lado, da definição teórica-conceitual da transsexualidade e transgeneridade que assegura plenamente a identidade de gênero como mulher a quem assim se identifica, objetiva-se provar a legitimidade da aplicação da Lei 13.104/2015 a mulher *trans*.

Palavras-chave: violência de gênero, transexualidade, transgeneridade, feminicídio, Lei 13.104/2015, hermenêutica jurídica.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1. EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	9
<b>2. VIOLÊNCIA DE GÊNERO E FEMINICÍDIO</b> .....	18
2.1. Violência de gênero .....	18
2.2. Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha .....	20
2.3. Lei 13.104/2015 - Feminicídio como qualificadora .....	22
<b>3. GÊNERO, IDENTIDADE DE GÊNERO E TRANSEXUALIDADE</b> .....	26
3.1. Transexualidade e transgeneridade .....	31
3.1.1. <i>Jurisprudência</i> .....	33
<b>4. HERMENÊUTICA JURÍDICA, ANÁLISE PRINCIOLOGICA E APLICAÇÃO DA LEI DO FEMINICIDIO A MULHERES TRANS</b> .....	40
4.1. Interpretação e aplicação do Direito .....	40
4.2. Análise principiológica .....	49
4.2.1. <i>Princípios da legalidade, da taxatividade e da determinação</i> .....	49
4.2.2. <i>Princípios da proibição de excesso e da proibição da proteção insuficiente</i> .....	53
4.3. Legitimidade da aplicação da Lei 13.104 a mulheres trans.....	55
<b>CONCLUSÃO</b> .....	61
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	63

## INTRODUÇÃO

A cada dia, 13 mulheres foram assassinadas no Brasil em 2013. A cada dia, 7 mulheres foram assassinadas por um familiar no Brasil em 2013, totalizando mais de 50% nesse ano. A cada dia, 4 mulheres foram assassinadas por seu parceiro ou ex-parceiro no Brasil em 2013 (INSTITUTO SANGARI, 2015). Segundo estimativas do Mapa da Violência de 2015 da ONU Mulheres, registraram-se 4.762 homicídios de mulheres no Brasil em 2013.

A violência de gênero faz diversas vítimas frequentemente. Ainda, segundo o Mapa da Violência de 2012 da UNICEF, entre 1980 e 2010, houve mais de 92 mil homicídios contra mulheres no Brasil, sendo que 43,7 mil foram praticados nos últimos 10 anos. Somente em 2012, houve um aumento de 230% no número de mulheres assassinadas, chegando a 4.465 mortes. Segundo o Instituto Sangari (2015):

“O crescimento efetivo acontece até o ano de 1996, período que as taxas de homicídio feminino duplicam, passando de 2,3 para 4,6 homicídios para cada 100 mil mulheres. A partir desse ano, e até 2006, as taxas permanecem estabilizadas, com tendência de queda, em torno de 4,5 homicídios para cada 100 mil mulheres. No primeiro ano de vigência efetiva da lei Maria da Penha, 2007, as taxas experimentam um leve decréscimo, voltando imediatamente a crescer de forma rápida até o ano 2010, último dado atualmente disponível, igualando o máximo patamar já observado no país: o de 1996.”

Diante dessa realidade, fica evidente a gravidade da violência de gênero contra mulheres no Brasil. Tal situação traz reflexo direto na violência de gênero sofrida também por indivíduos transexuais e transgêneros, sendo que o presente estudo se direciona para a proteção da mulher *trans*<sup>1</sup>. Tais pessoas sofrem ainda, pela transfobia e sua falta de reconhecimento pleno, intimamente ligado à cultura machista, patriarcal e misógina da sociedade brasileira.

Ainda segundo o Mapa da Violência da UNICEF, o Brasil é campeão mundial em crimes homofóbicos, e o risco de um homossexual ser assassinado

---

<sup>1</sup> No presente trabalho, por questão de escolha metodológica e conceitual, optou-se pela utilização do termo “mulher *trans*” em itálico, para referir-se a mulheres transexuais e transgêneras, visto que se trata de abordagem conceitual não consensual e vanguardista.

no Brasil é 785% maior do que nos Estados Unidos<sup>2</sup>. Ademais, segundo relatório da ONG *Grupo Gay da Bahia*, cerca de 41% dos crimes “LGBTfóbicos”<sup>3</sup> são contra transexuais/transgêneros.

Ainda de acordo com o relatório, baseado em dados de agências internacionais, cerca de 50% dos assassinatos de transexuais/transgêneros no mundo ocorreram no Brasil. Portanto, trata-se de situação bastante alarmante que necessita de medidas eficientes de proteção em todas as esferas do Poder, analisada aqui com a aprovação no Legislativo da Lei do Feminicídio, e necessária atuação do Judiciário para aplicá-la a mulheres *trans*. Essa atuação do Judiciário é contemplada pelo jurista e professor Paulo R. M. Thompson Flores (2013, p. 71):

Hoje, transcorrida a primeira década do século XXI, vislumbra-se, com clareza, que novos e grandes desafios confrontam o mundo jurídico, legisladores, magistrados, doutrinadores e todos quantos pensem o direito, ante a continuidade cada vez mais célere das demandas e aspirações da sociedade, combinadas com novas conquistas de cunho científico-tecnológico trazendo em seu bojo a imposição de novas e mais variadas formas de convívio social, sejam de natureza familiar, contratual, ou mesmo referentes às relações de domínio do homem sobre os bens, ou das relações entre o Estado e o Cidadão.

Ante o exposto, fica evidente a cultura de violência contra mulher difundida na sociedade brasileira. Em resposta à essa cultura, foi editada a Lei do Feminicídio, Lei 13.104/2015, que incluiu a qualificadora do “feminicídio” ao tipo penal do homicídio previsto no Artigo 121 do Código Penal brasileiro, acrescentando ainda o feminicídio como uma das hipóteses de crime hediondo, de acordo com a Lei 8.072/1990.

Ainda, soma-se ao menosprezo pela condição feminina a transfobia pela não aceitação da diversidade humana e a falta de reconhecimento pleno de mulheres transexuais e transgêneras. Então, o presente trabalho se desenvolverá com base na hipótese de que é legítima a aplicação da Lei do Feminicídio a mulheres *trans* a partir do entendimento de que o método

---

<sup>2</sup> Disponível em <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2634335/mais-um-recorde-brasileiro-numero-de-assassinatos-de-homossexuais-cresce-31-no-brasil> Acesso em 01 out 2015.

<sup>3</sup> LGBTfobia é o termo utilizado para caracterizar a aversão a indivíduos com diferentes identidades de gênero e orientações sexuais, como lésbicas, gays, bissexuais e transexuais.



utilizado pelo operador do direito constitui interpretação, e não analogia *in mala partem*, apesar da redação do referido texto legal que aborda "sexo feminino".

Assim, procura-se provar, por meio da contextualização histórica do desenvolvimento social e jurídico brasileiro e evolução do ordenamento jurídico brasileiro, da reflexão conceitual acerca de identidade de gênero, expressão de gênero e transexualidade/transgeneridade, da dissertação acerca de interpretação e integração da lei penal, que a lei do feminicídio abrange casos cujas vítimas são mulheres *trans*, incidindo a qualificadora às condutas criminosas. Ainda, analisa-se jurisprudência e entendimentos dos tribunais que reforçam o objetivo principal do trabalho para chegar ao resultado da hermenêutica jurídica e aplicação da Lei 13.1.04/2015.

## 1. EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A população brasileira é composta em sua maioria por mulheres<sup>4</sup>. Entretanto, constitui-se de uma sociedade em que se vivencia frequente violação dos direitos humanos das mulheres, como violência doméstica e familiar, escassa representatividade política, diferença salarial no mercado de trabalho, relações públicas e privadas baseadas em patriarcalismo e misoginia. Este capítulo se justifica pela necessidade de visualizar, ainda que brevemente, a formação da sociedade brasileira e o desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro acerca de temas relacionados.

Diante disso, faz-se imprescindível refletir acerca do desenvolvimento histórico e cultural da sociedade brasileira. Para tanto, pode-se visitar estudos que versam desde a formação da sociedade colonial ao desenvolvimento da democracia no Brasil e as evoluções sociais que influenciam nas transformações do ordenamento jurídico, da organização do Estado e da aceção coletiva acerca de moral e ética na determinação dos paradigmas e padrões sociais vigentes. Então, tido o direito como um instrumento regulador da vida em sociedade, como discorre o jurista e professor Paulo R. M. Thompson Flores (2013, p. 70)

"o ordenamento jurídico necessitou passar por transformações, não só de natureza meramente regulamentar de sorte a alcançar novas figuras jurídicas, mas também e, principalmente, de natureza substancial e de caráter ideológico para ajustar-se às novas percepções de mundo e da vida que emergiram no seio da sociedade".

Assim, houve significativas mudanças conceituais no ordenamento jurídico, como “a igualdade formal, na esfera normativa, entre homens e mulheres” (FLORES, 2013, p. 70). Deve-se, então, refletir acerca dos desenvolvimentos dos direitos do homem<sup>5</sup> em sociedade.

---

<sup>4</sup> Segundo dados do IBGE em sua Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2014, as mulheres representam cerca de 51% da população brasileira. Disponível em [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2014/brasil\\_default\\_txls\\_brasil.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2014/brasil_default_txls_brasil.shtm) Acesso em 04 set 2016.

<sup>5</sup> Interessa apontar que o vocábulo "homem" está sendo utilizado no sentido geral para representar "ser humano", "indivíduo". Esse fato, por si só, já leva a inicial questionamento acerca da expressão cultural e social essencialmente masculina.

Neste sentido, Norberto Bobbio (1992) aponta que esse desenvolvimento se deu por um processo de multiplicação e universalização, nos quais os direitos do homem como fenômeno jurídico transformaram-se por meio de fenômenos sociais. Assim, Bobbio (1992) explica que essa multiplicação ocorreu devido a três processos interdependentes do desenvolvimento social após a II Guerra Mundial. Primeiro, aponta-se que houve um aumento da quantidade de bens que deveriam ser tutelados, como a garantia da mudança dos direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais por meio de intervenção estatal – obrigação positiva do Estado.

Segundo, ocorreu uma ampliação da titularidade de direitos típicos do homem, como a ideia de garantir direitos não somente a indivíduos, mas também pelo ideal coletivo, como as famílias e as minorias étnicas. Por último, as categorias de tratar o homem passaram por especificações, a partir da mudança de consideração de apenas homem genérico para considerar a sociedade em que está inserido e o papel social que pode assumir. Então, com essa ideia de considerar não mais o homem genérico e sim o homem específico, o reconhecimento desses direitos incorreu na admissão de novos sujeitos sociais e jurídicos, como o mentalmente incapaz, o idoso, a criança, e a mulher (BOBBIO, 1992).

O Código Civil de 1916<sup>6</sup> enfatizava uma “ordem familiar” que permitia ao Chefe – gênero masculino – manter a ordem por meio de poder do patriarca e subordinação da esposa e filhos. Expressava-se no artigo 233 do referido Código que "O marido é o chefe da sociedade conjugal". Tal poder contava com a justificativa jurídica de medidas correccionais nas esposas mediante “espancamentos e intimidações constantes” (LIMA, 2007).

Configurava-se uma hierarquia do gênero masculino sobre o feminino acatada pela Justiça a fim de manter a harmonia familiar. Essa harmonia era garantida pelo uso impune da violência para fazer a esposa se submeter à dinâmica familiar considerada normal. “Era como se a Justiça, num exercício

---

<sup>6</sup> BRASIL. Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 maio 2005.

de “generosidade” social, estivesse promovendo o bem estar da família e a sua unidade ao não permitir que as mulheres “rebeldes” e “desobedientes” rompessem com a “harmonia” familiar” (LIMA, 2007).

Neste sentido, Flores (2013, p. 84) aponta como exemplo da transformação necessária pela qual esse antigo Código Civil precisou passar: a o desenvolvimento da regulação dada ao Direito da Família acompanhando as evoluções sociais. Havia na base desse regulamento "a absoluta predominância do marido sobre a mulher na vigência da sociedade conjugal que se refletia em sua manifestação mais eloqüente na condição de relativamente incapaz atribuída à mulher casada pelo art. 6º, inciso II, do Código de 16<sup>7</sup>", ou seja, ao casar-se, a mulher deixava de ter sua capacidade completa nos atos da vida civil.

Atualmente, algo nesse sentido seria considerado completamente inaceitável e que obstaría o pleno desenvolvimento humano das mulheres. Leila Linhares Barsted (1999, p. 17) discorre que a instituição familiar estabelecida por esse Código organizava-se hierarquicamente tendo o homem como a cabeça da família e a mulher em posição legalmente inferior. O texto normativo concedia diversos privilégios ao homem em detrimento da mulher, exigia a monogamia, apontava a falta de virgindade de mulher como motivo para anulação do casamento, retirava o direito à herança de filha "desonesta". "Enfim, esse Código Civil [de 1916] regulava e legitimava a hierarquia de gênero e o lugar subalterno da mulher dentro do casamento civil" (BARSTED, 1999, p. 17).

Ainda, é somente na segunda metade do Século XX que essa determinação começa a se modificar no sentido de acompanhar as novas reivindicações sociais e mudanças nos padrões sociais conferidos a homens e mulheres. Para tanto, essa mudança tem início com o "Estatuto da Mulher Casada", Lei nº 4.121 de 1961, que retira a condição de incapaz da mulher casada ao modificar a redação do texto do artigo 6º do Código Civil de 1916.

---

<sup>7</sup> Código Civil de 16, Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou a maneira de os exercer:... II- As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal;

Entretanto, ainda persistiam diversos outros dispositivos que demonstravam a condição de subordinação da mulher ao homem, tanto na relação paterna como na relação matrimonial, subordinação essa reflexo da formação patriarcal e misógina da sociedade brasileira. Por exemplo, o cônjuge varão ainda era o líder da sociedade conjugal, a quem ainda cabia decidir em hipóteses de divergência, visto que à mulher era dado o *status* de colaboradora no comando familiar<sup>8</sup>.

Em termos formais e materiais, essa posituação da condição de subordinação da mulher ao homem somente foi desconstituída com a promulgação da Constituição Federal de 1988, apesar de persistir no Código Civil então vigente, que somente foi reformulado em 2002 com o atual Código Civil. No rol dos direitos fundamentais da Carta Magna expressos no apreciável artigo 5º, desde o *caput* e já no inciso I, determina-se a igualdade entre mulheres e homens, *in verbis*:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

Reitera-se "o relevante impacto emancipatório da Constituição Federal de 1988 no que tange à equidade de gênero e à proteção dos direitos humanos das mulheres" (PIOVESAN, p. 14). Neste sentido, a Constituição Federal positiva a igualdade entre todos os cidadãos na esfera pública e privada, e essa posituação influencia todo o ordenamento jurídico. Por exemplo, até 1988, o Código Civil "orientava todos os seus artigos relativos à família marcando a superioridade do homem em relação à mulher, seja na parte geral, no capítulo específico sobre família ou na parte relativa ao direito das sucessões" (BARSTED, 1999, p. 12). Ainda,

No que se refere à igualdade entre os gêneros e ao combate à discriminação contra a mulher, a experiência constitucional brasileira está em absoluta consonância com os parâmetros protetivos internacionais, refletindo tanto a vertente repressiva-

---

<sup>8</sup> Como exemplo, pode-se citar a mudança da redação do *caput* do artigo 233 do Código Civil de 1916 para "O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos"

punitiva (pautada pela proibição da discriminação contra a mulher), como a vertente promocional (pautada pela promoção da igualdade, mediante políticas compensatórias). Ilustrativo da vertente repressiva-punitiva é o comando constitucional do art. 7º, XXX, que proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Quanto à vertente promocional, destaca-se o art. 7º, XX, ao prever a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. (PIOVESAN, p. 15)

Então, com o novo Código Civil de 2002, tem-se a desconstrução normativa dos dispositivos que inferiorizavam a mulher, protegendo seus direitos civis. Elimina-se a figura do homem, sexo masculino, como chefe da sociedade conjugal. De fato, passa-se a abordar os conceitos de direção compartilhada e poder familiar compartilhado, procurando desconstruir a base patriarcal do pátrio poder familiar e patrimonial, além de extinguir a possibilidade de anulação de casamento quando a mulher não é mais virgem e da deserdação de filha "desonesta" pela figura paterna. Ainda, há substituição do vocábulo "homem" por "pessoa" quando usado para referir-se ao ser humano de forma genérica, permite-se que o homem adote o sobrenome da mulher ao casar-se, além de se prever que a guarda dos filhos deve ser dada àquele com as melhores condições para criá-lo (PIOVESAN, p. 16).

Assim, ainda na esfera civil para contextualizar como se dá a construção da cidadania e participação da vida pública e privada pelas mulheres, Flores (2013, p. 72) aponta que certas bases e padrões mais costumeiros, heranças de valores antiquíssimos e obsoletos, readaptam-se, perdem significância, são sucedidos por novos fundamentos a fim de concordarem com as demandas sociais atuais. Mais, novos institutos jurídicos precisam ser desenvolvidos, positivados e institucionalizados com a finalidade de regular "as novas relações jurídicas que decorrem dos avanços e conquistas da sociedade" (FLORES, 2013, p. 72).

Na legislação e jurisprudência penal, a preocupação se deu no sentido de condicionar a mulher apenas como sujeito passivo, vítima de crimes sexuais e homicídios passionais. Para tanto, relativizava-se tais condutas ao atribuir à mulher classificações como "virgem", "honestas", "públicas". A preocupação com a mulher era mínima na esfera penal, visto a sua posição de vítima, como "um

ser frágil, doméstico, dependente, pouco ou nenhum perigo oferecia à sociedade e não precisaria, assim, sofrer tutela do Direito Penal. O papel de cometer crimes cabia ao homem sujeito ativo, dominador e perigoso" (DE MELLO, 2010, p. 138).

Além de parte da consciência social acerca dos papéis de gênero, restava positivado o corolário do paradigma de que uma mulher "desonesta" provoca e, então, deixa de ser vítima de crimes, não merecendo a proteção da atividade jurisdicional penal. Tem-se, desde então, que a moral sexual da mulher influencia sobretudo em sua classificação como honesta ou desonesta na aceção da sociedade em que se encontra, e, por conseguinte, na possibilidade de ser tutelada pelas normas de Direito Penal.

Antes do primeiro Código Penal Do Brasil Império datado de 1830, vigoravam as Ordenações Filipinas, oriundas de uma sociedade colonial já dita civilizada em que a vingança privada era proibida. Abria-se exceção em duas situações: crimes praticados contra a ordem pública e crime de adultério. Tal crime era tipificado nos seguintes moldes:

"Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assim a ela como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade. E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adúltero que achar com ela em adultério, mas ainda os pode lícitamente matar, sendo certo que lhe cometeram adultério" (CORRÊA, 1981, p. 14 *apud* BECKER; MILIORINI, 2012, p. 1).

Observa-se, então, as origens legais de normas discriminatórias que desrespeitavam a igualdade de gênero e colocavam a mulher em situação de inferioridade. Quando um homem praticava adultério, deveria restar comprovada a ocorrência de relações de conhecimento público e duradoras para que fosse punido com prisão. Já o adultério da mulher não dependia de comprovação (BECKER; MILIORINI, 2012, p. 1). Por outro lado, interessante apontar que no Código de 1830, aqueles que praticavam condutas criminosas em acessos de loucura não eram considerados criminosos, não sendo, pois, submetidos a punição. Esse estado de loucura era julgado pelo Júri, o que já evidenciava a legitimação dos posteriormente denominados crimes passionais.

Já no Código Penal de 1890, manteve-se o mesmo tratamento dado o crime praticado sob loucura, e, ainda, em relação ao adultério, as mesmas diretrizes foram mantidas. No entanto, houve alteração ao incluir na punição do crime de adultério "a concubina do marido e o co-réu adúltero. Foi neste momento que o crime passional passou a assumir contornos mais delineados." (BECKER; MILIORINI, 2012, p. 2). Somente com a reforma do Código Penal de 1940, operada em 1984, é que houve uma tentativa de desconstruir essa impunidade. De fato, em seu artigo 28, o atual Código Penal prevê: "Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão." No entanto,

"com o novo tratamento jurídico que lhe foi imputado, o código incluiu explicitamente entre uma das circunstâncias atenuantes "ter o agente cometido o crime sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima". Outro agravo desta legislação é de que o crime passional é elencado em uma nova categoria de delito, o homicídio privilegiado, aquele em que o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou, ainda, sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, casos em que poderá ter a pena atenuada de um sexto a um terço a critério do magistrado." (BECKER; MILIORINI, 2012, p. 2)

Ainda, há que se falar nos "crimes de honra" e na alegada "legítima defesa da honra". Os crimes de agressão e homicídio contra mulheres, como até hoje, geralmente praticados por homens que tinham ou tiveram relações íntimas ou de afeto com as vítimas, contavam com a defesa de que a conduta se deu a fim "de defender a honra conjugal e/ou do acusado" (BELLOQUE *et al*, p. 80). Apesar de não haver as definições de honra nem paixão no Código de 1940, previa-se a legítima defesa em seu artigo 21<sup>9</sup>. Somou-se, então, com o papel social da mulher em família e em sociedade para criar o instituto da legítima defesa da honra (BECKER; MILIORINI, 2012).

As teses defensivas eram baseadas na legítima defesa da honra ou na violenta emoção. Buscava-se, então, desclassificar a conduta e atribuir culpa à vítima, julgando-se, pois, não o crime, e sim a moral social e sexual da mulher. Os advogados do acusado, mesmo diante da condescendência das

---

<sup>9</sup> "Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".



circunstâncias atenuantes previstas, trabalhavam pela absolvição ou pela redução da pena aquém da prevista para o homicídio privilegiado (BECKER; MILIORINI, 2012). Evidenciavam-se discriminação e violência de gênero institucionalizadas em tais interpretações e aplicações da lei para essas condutas.

Já em "A paixão no banco dos réus", Luiza Nagib Eluf (2007) discorre acerca da história forense brasileira dos denominados "crimes passionais", para demonstrar a inconstitucionalidade da tese defensiva da "legítima defesa da honra" e o quão nada tem a ver com paixão ou amor tais condutas homicidas, com uma análise criminológica e dogmática. Ao abordar os homicídios justificados pela "paixão", Eluf (2007, p. 113) aponta que em uma observação superficial e errônea, poder-se-ia inferir que a paixão como motivo tornaria o crime justificável e nobre, porque o sujeito ativo praticava tal conduta ao não aceitar o fim de seu objeto amoroso ou para vingar-se privativamente do ultraje à sua honra, geralmente pela traição.

Entretanto, o homicídio motivado pela paixão advém da "possessividade, do ciúme ignóbil, da busca da vingança, do sentimento de frustração aliado à prepotência, da mistura de desejo sexual frustrado com rancor" (ELUF, 2007, p. 113). Ter-se-ia então, a ocorrência da paixão antissocial que se expressa no ódio, na vingança, na cólera, na raiva, na cobiça, na inveja (ELUF, 2007, p. 114). Tais sentimentos ocorrem comumente aos seres humanos, portanto não deveria ser utilizado para perdoar um crime, visto que não é normal praticar uma conduta homicida para expressar tais sentimentos. Ainda,

"O homicídio passional adquiriu *glamour*, atraiu público imenso ao teatro e, mais modernamente, ao cinema; foi, por vezes, tolerado, resultando disso muitas sentenças judiciais absolutórias até que a sociedade, de maneira geral, e as mulheres, de forma especial, por serem as vítimas prediletas dos tais *apaixonados*, insurgiram-se contra a impunidade e lograram mostrar a inadmissibilidade da conduta violenta passional" (ELUF, 2007, p.115).

Mesmo diante de avanços em todas as esferas na busca pela igualdade de gênero, ainda são frequentes legislações e prestação jurisdicional que violam os direitos humanos da mulheres. Observa-se a impunidade dos agentes e a " incorporação de estereótipos, preconceitos e discriminações contra as mulheres vítimas de violência" (BELLOQUE *et al*, p. 65). Contudo, o trato das mulheres conferido nas normas de direito penal passou por profundas mudanças a partir da inafastável necessidade de se reconhecer a efetiva existência de violência de gênero, que ensejou o advento de normas que representaram clara mudança de paradigma, culminando com a atual modificação legislativa relativa ao feminicídio.

## **2. VIOLÊNCIA DE GÊNERO E FEMINICÍDIO**

### **2.1. *Violência de gênero***

O conceito de violência de gênero deve ser considerado como o conceito mais amplo, como aborda Saffioti (2001), afetando desde mulheres a crianças e adolescentes de ambos os sexos. Nesse contexto, o patriarcado, como fenômeno histórico e cultural, é a base da manifestação do poder de domínio do homem, o qual determina as condutas sociais, autorizado ou tolerado a punir os desvios praticados contra essa normatividade social. Configura-se, assim, “um projeto de dominação-exploração” (SAFIOTTI, 2001, p. 2) da mulher pelos homens como categoria social. Tal projeto deve ser visto pelo conceito de dominação simbólica proposta por Bourdieu, que se constitui pela sociedade funcionando como uma máquina simbólica que confirma a dominação masculina, legitimando-a desde a divisão social do trabalho à distribuição das atividades características de cada sexo.

Ainda, esse projeto é desenvolvido socialmente, não devendo ser entendido como natural ou atribuído biologicamente aos sujeitos. Simone de Beauvoir (1967, p. 10) explicita a igualdade entre meninas e meninos desde o nascimento, os quais manifestam as mesmas capacidades intelectuais, não havendo situação em que uma menina não possa ser rival de um menino até os doze anos de idade. Quanto ao funcionamento dessa máquina, assentou:

“Se, bem antes da puberdade e, às vezes, mesmo desde a primeira infância, ela já se apresenta como sexualmente especificada, não é porque misteriosos instintos a destinem imediatamente à passividade, ao coquetismo, à maternidade: é porque a intervenção de outrem na vida da criança é quase original e desde seus primeiros anos sua vocação lhe é imperiosamente insuflada” (BEAUVOIR, 1967, p. 10)

Assim, expressa-se a formação cultural das sociedades patriarcais que mostram essa relação de dominação como natural, nas quais o dominado não pode deixar de servir ao dominador, sem o poder de questionar ou pensar essa relação, formando uma violência simbólica (SAFIOTTI, 2001, p.4). Além disso, Safiotti (2001) defende que essa dominação ocorre independentemente da

consciência dos indivíduos naquela sociedade, o que impossibilita uma alegação de cumplicidade da mulher com o agente opressor na prática da violência de gênero.

Qualifica-se, então, o poder masculino como fator objetivo ao atingir todas as relações sociais configurando estruturas sociais hierarquizadas. Por outro lado, todas as mulheres, de alguma maneira ou grau, reagem contra seu agressor. Aponta-se que praticamente em todas as ocorrências, há reação da mulher contra essa dominação, que, contudo, pode não ser adequada para acabar com essa violência de seus parceiros. Observe-se, a título de exemplo, que não é fácil para uma mulher romper com a relação amorosa sem ajuda dentro de uma sociedade culturalmente machista.

Nesse sentido, estudos demonstram que a violência contra as mulheres é praticada de maneira mais intensa e resulta em piores consequências do que quando o homem é a vítima. Tal situação é explicada pela análise da formação cultural e histórica dessa sociedade machista e hierarquizada – na influência da consciência coletiva (OLIVEIRA, 2010). Glaucia Oliveira aborda:

“O fenômeno da violência, na modalidade ora estudada, pode ser explicada como uma questão cultural que se situa no incentivo da sociedade para que os homens exerçam sua força de dominação e potência contra as mulheres, sendo essas dotadas de uma virilidade sensível. Dessa forma, as violências física, sexual e moral não ocorrem isoladamente, visto que estão sempre relacionadas à violência emocional.”

Quanto à virilidade, outro aspecto cultural significativo para o estudo da violência de gênero é o desenvolvimento de relações igualitárias entre homens e mulheres. Existem casais que constroem uma relação igualitária não hierarquizada. Entretanto, eles são vistos como contrários ao contexto social de uma sociedade patriarcal, desenvolvendo-se em oposição às instituições sociais vigentes. Essa situação é evitada pelos homens, necessários superiores, porque não podem ter sua posição de dominação questionada e há sempre indivíduos que criticam a masculinidade do homem e o taxam como fraco diante do reconhecimento da mulher como igual (SAFIOTTI, 2001).

A respeito desse aspecto na realidade nacional, Fausto Rodrigues de Lima (2007), promotor de justiça do MPDFT, aborda a legitimação cultural na sociedade brasileira patriarcal da violência de gênero e a dominação do homem. Indo ao encontro do exposto, Aloisio Neto (2011) afirma que:

“Violência de gênero, por sua vez, produz-se e reproduz-se nas relações de poder onde se entrelaçam as categorias de gênero, classe, raça/etnia. Expressa uma forma particular da violência global mediatizada pela ordem patriarcal que dá aos homens o direito de dominar e controlar suas mulheres, podendo, para isso, usar a violência.”

Assim, a violência de gênero, como estudada, é tida como uma conduta essencialmente masculina, havendo poucos registros de violência contra o homem devido à sua condição numa relação conjugal ou afetiva. Trata-se de uma ação do dominador em relação ao sentimento de posse sobre a vítima.

Deve-se considerar que, além do relacionamento afetivo e/ou sexual, a posição de possuidor também decorre de um quadro econômico, visto que historicamente o homem sustenta a mulher na grande maioria dos casos, equiparando-a a um bem comprado, o que leva o homem provedor, contrariado ou traído, ao uso da violência para punir a mulher em posição hierarquicamente inferior. “A violência decorrente da diversidade de gênero encontra-se inserida em um contexto social marcado por um pensamento que enaltece as desigualdades entre os sexos.” (NETO, 2011).

## **2.2. Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha**

A partir do reconhecimento de que, na imensa maioria dos casos, é a mulher a vítima da violência de gênero, busca-se, ao longo do tempo, proposições voltadas à luta contra todas as formas de discriminação e de violência contra a mulher. Segundo BAKER (2015, p. 219), as primeiras manifestações neste sentido tiveram início ainda na década de 1970, em que surgiram propostas tendentes a alcançar a igualdade nas relações familiares, a igualdade salarial e nas relações de emprego, o direito à regulação da fertilidade, dentre outros.

A década de 1980, por sua vez, é marcada pelas primeiras ações governamentais que incluíam em sua agenda a violência contra as mulheres, como, por exemplo, a criação da primeira delegacia especializada no atendimento a mulheres no ano de 1985. Já o movimento tendente à elaboração de uma lei específica de violência doméstica e familiar contra as mulheres teve início em 2002, a partir da articulação de feministas operadoras do direito de diversas ONGs e instituições que redundou na criação de um projeto de lei e que, anos depois, atuou fortemente no processo legislativo que culminou na sanção presidencial da Lei 11.340/2006 (BAKER, 2015, p. 220).

O advento desta lei, aliás, foi também impulsionado pela condenação do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, organismo da Organização dos Estados Americanos, a quem recorreu Maria da Penha Maia Fernandes em 1998, já que seu marido permanecia impune mesmo tendo tentado matá-la com um tiro de espingarda e, posteriormente, por meio de eletrocussão, enquanto se banhava, já paraplégica em virtude da violência anterior (BAKER, 2015, p. 221).

Por força de tal provocação, referida Comissão publicou o Relatório 54/2001, de 16 de abril de 2001, poderoso incentivo para que voltassem à tona discussões em torno da violência contra a mulher, culminando, cerca de cinco anos depois, com o advento da Lei Maria da Penha (CUNHA; PINTO, 2015, p. 35). Mencionada lei, de caráter não apenas repressivo, mas, sobretudo, assistencial e preventivo, voltou-se apenas à violência praticada contra a mulher (vítima própria), em seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade (art. 5º).

Nesse contexto, entende-se por violência doméstica e familiar toda espécie de agressão (ação ou omissão) dirigida contra mulher (vítima certa), num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (CUNHA; PINTO, 2015, p. 35). Trata-se, em verdade, segundo o Conselho da Europa, de

“qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou

indiretamente, por meio de enganos, ameaças, coação ou qualquer outro meio, a qualquer mulher, e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais” (CUNHA; PINTO, 2015, p. 49).

Ainda, limitou-se não apenas a buscar mecanismos de prevenção e coibição de violência física, como também de violência psicológica, sexual, patrimonial e moral (art. 7º).

Por outro lado, a despeito de pequenas alterações em matéria de normas penais incriminadoras, a exemplo da inclusão de nova figura qualificada no §9º do art. 129 do Código Penal – que, aliás, aplica-se indistintamente a todos os gêneros –, é certo que a mulher continuava sem um tratamento diferenciado em termos de Direito Penal (BAKER, 2015, p. 224).

É por esse motivo que se pode concluir que o escopo protetivo dado à mulher no Direito Penal Brasileiro é ainda tímido, necessitando de avanços sólidos tanto nas diretrizes normativas, como na capacitação dos operadores do Direito, que muitas vezes são os principais em produzir e produzir discursos discriminatórios e que condicionam a mulher a papel social inferior. Necessita-se o endurecimento do tratamento penal frente à violência contra a mulher (BAKER, 2015, p. 225), como obrigação positiva do Estado no fomento aos direitos civis e humanos das mulheres.

### **2.3. Lei 13.104/2015 - Femicídio como qualificadora**

À vista desta deficiência na tutela dos direitos das mulheres na esfera do Direito Penal, laborou o legislador e, em março de 2015, entrou em vigor a Lei do Femicídio no Brasil – Lei 13.104/2015, que trata dos crimes de homicídio cometidos contra mulheres em situações específicas. Trata-se de importante ferramenta para coibir práticas inaceitáveis de atos contra a dignidade e a vida de mulheres ocorridas em situações de violência doméstica e discriminação da

condição de mulher, as quais advêm do desenvolvimento cultural e histórico da sociedade brasileira em uma sociedade patriarcal, colocando a mulher em posição inferior ao homem.

O referido texto legal trouxe mudanças para o Direito Penal brasileiro no escopo da proteção da mulher e combate à violência de gênero. Nesse sentido, interessante é a transcrição do texto da norma em questão para elucidar as mudanças ocorridas<sup>10</sup>:

“Art. 1o O art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Homicídio simples

Art. 121. ....

Homicídio qualificado

§ 2o .....

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

§ 7o A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (NR)

Art. 2o O art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1o .....

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, I, II, III, IV, V e VI);

.....” (NR)

Art. 3o Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Observa-se, então, a inclusão da qualificadora do “feminicídio” ao tipo penal do homicídio, que trata do crime contra a vida de outra pessoa, previsto

<sup>10</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)  
Acesso em 17 set 2015.



no artigo 121 do Código Penal brasileiro. Além disso, incluiu o feminicídio no rol de crimes hediondos dispostos na Lei 8072/1990 e previu causas de aumento para quando a prática do feminicídio ocorrer em determinadas situações. Ainda, determinou-se que, para incidência da qualificadora, não basta que a vítima seja mulher, visto que não se trata de proteger apenas o "femicídio". A resposta estatal direciona-se para o contexto de violência de gênero - especificamente, a violência generalizada contra mulheres no Brasil.

Com efeito, normatizaram-se expressamente as situações específicas que caracterizam o crime de feminicídio, quais sejam, a configuração de violência doméstica e familiar ou quando há menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Essa determinação baseia-se fundamentalmente na justificativa da elaboração da lei, que é a proteção da mulher em situações de violência de gênero e afins por meio de ação legislativa. É importante destacar para o estudo proposto que o texto original da lei em questão utilizava a seguinte redação: "contra a mulher por razões de gênero feminino".<sup>11</sup>

Diante disso, evidencia-se a importância de dialogar com outras fontes do direito que compõem o escopo protetivo à mulher. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) é considerada um marco no combate à violência contra a mulher e violência de gênero em âmbito familiar e doméstico ao criar mecanismos para coibir tais práticas. Assim, é importante recorrer às definições previstas nessa lei para melhor interpretar o que dispõe a Lei do Feminicídio.

Com efeito, o artigo 5º da Lei 11.340/2006<sup>12</sup> traz um rol de situações em que resta configurada a violência doméstica e familiar:

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

---

<sup>11</sup> A mudança posterior para a expressão "sexo feminino" ocorreu por meio de Emenda de Redação em sessão na Câmara dos Deputados numa tentativa de limitar o sujeito passivo do tipo penal em questão. Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1305298&filename=ERD+1/2015+%3D%3E+PL+8305/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1305298&filename=ERD+1/2015+%3D%3E+PL+8305/2014) Acesso em 17 set 2015.

<sup>12</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm) Acesso em 17 set 2015.

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

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

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

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (grifo do autor)

Nesse sentido, ainda em 1984, o Brasil assumiu o compromisso internacional de combater a discriminação contra a mulher ao ratificar a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979, em cujo artigo 1º se define discriminação contra mulher:

"toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo."<sup>13</sup> .

Já o "menosprezo" à condição de mulher mencionado na Lei Maria da Penha deve ser entendido como ocorrência de misoginia. Cabe definir misoginia<sup>14</sup> como o sentimento de repulsa ou aversão à mulher por sua condição feminina e tudo relacionado com o universo feminino (PEREZ; FIOL, 2001). Nota-se, assim, que as leis mencionadas buscam alcançar os objetivos da Convenção ao adotar medidas adequadas, legislativas e afins com as sanções e medidas cabíveis para proibir a discriminação contra mulher.

---

13

Disponível

em

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>  
Acesso em 17 set 2015.

<sup>14</sup> O termo misoginia forma-se pela raiz grega *miseo* que significa odiar e *gyne*, que se traduz como mulher.

### 3. GÊNERO, IDENTIDADE DE GÊNERO E TRANSEXUALIDADE

Avança-se, então, para a abordagem de parte fundamental do presente trabalho, que consiste na dissertação e reflexão acerca da definição de mulher transexual. Busca-se assegurar a proteção de mulheres transexuais, inseridas em situação de vulnerabilidade tanto pelo fator da transfobia, como pela misoginia. Para que se possa aferir o alcance da previsão legal que inseriu o crime de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária reflexão acerca da sexualidade, da diversidade sexual, da identidade de gênero e da expressão de gênero.

Em trabalho conjunto realizado em 2010 pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Educação em série de fascículos para orientar a formação educacional de jovens e adolescentes e aprofundar o conhecimento acerca de temas sociais, geralmente tratados equivocadamente ou de forma preconceituosa, defende-se que, para reduzir os níveis de desigualdade e violência no Brasil, faz-se necessário valorizar "a diferença, situando-a no terreno da ética, dos Direitos Humanos e da emancipação" (LOPES *et al*, 2010, p. 13). Tal guia discorre acerca da inexistência de um modelo fixo de relações afetivas ou sexuais, não havendo concepção anterior de "natural", "certo" ou "normal". Ainda,

"o fato de termos nascido com um pênis ou uma vagina não é apenas um dado natural, pois a partir dele se estabelecem modos distintos de criar, cuidar e educar meninos e meninas. Ou seja, cada sociedade e cada cultura interpretam uma característica física e lhe dão sentido, mas este varia no decorrer da história. Assim, desde o nascimento, a família, a medicina, a escola e as instituições religiosas, comunicam a cada um dos sexos a maneira supostamente certa de se comportar, as aspirações que pode ter, os direitos e as responsabilidades que estão associados ao masculino e ao feminino, como se fossem mundos separados" (LOPES *et al*, 2010, p. 14)

Com o desenvolvimento cultural e as transformações sociais ocorridas no Brasil, houve a consolidação do campo de estudos de gênero no fim da década de 70 do século passado, com o maior reconhecimento do movimento feminista (SARAH, 2004, p. 47). Para a reflexão conceitual acerca de gênero, deve-se partir da premissa de que seu conceito baseia-se nas construções sociais e históricas das categorias de gênero determinadas pelas relações

sociais entre os indivíduos de diferentes sexos, os quais são inseridos em posições assimétricas na sociedade brasileira.

Nessa reflexão, inicialmente, interessa apontar certos conceitos relacionados ou relacionáveis ao tema da diversidade sexual e identidade de gênero. Primeiramente, deve-se entender que o conceito de sexualidade está inteiramente ligado ao desenvolvimento social da comunidade em que está inserido. Desde 1976, com os estudos do filósofo francês Michel Foucault em sua coletânea *História da Sexualidade*, tem-se a vertente analítica de que a sexualidade é construída por meio de conjunturas históricas.

Trata-se, então, de fenômeno que vai além do aspecto fisiológico, compreendendo-se a atividade sexual dos indivíduos a partir de seu contexto social, histórico e cultural. Não se deve pensar em sexualidade como algo naturalmente atribuído a homens e mulheres pela distinção de seus corpos sexuados de acordo com os respectivos órgãos genitais externos.

Nesse sentido, tem-se que as expressões de comportamento sexual variam entre diferentes sociedades. Essas variações decorrem da construção cultural distinta que cada sociedade atribui à sexualidade e sua experiência. Ainda, tais manifestações variam também de geração para geração, visto que os valores éticos, morais e concepções sociais se desenvolvem ao longo do tempo, construindo-se, assim, os papéis sociais e as atribuições dadas a cada indivíduo. Então,

"o estudo da sexualidade demonstra que, ao redor dos nossos corpos, estão os modos como percebemos, sentimos, definimos, entendemos e, acima de tudo, praticamos os afetos e o sexo propriamente dito. Isso significa dizer que a sexualidade humana vai muito além dos fatores meramente físicos, pois é transpassada por concepções, valores e regras sociais que determinam, em cada sociedade, em cada grupo social e em cada momento da história aquilo que é tido como certo ou errado, apropriado ou impróprio, digno ou indecente" (LOPES *et al*, 2010, p. 15)

Diante disso, e do já abordado em relação à construção histórica e cultural dos papéis atribuídos a homens e mulheres, o presente trabalho busca refletir acerca dos aspectos da construção dos gêneros. Como base, escolheu-se abordar a obra referência de teoria política e gênero *Problemas de gênero*:

*Feminismo e subversão da identidade* de Judith Butler, edição brasileira de 2003.

Para Butler, a sociologia busca a compreensão da concepção de indivíduo como um universo complexo que reclama "prioridade ontológica" (BUTLER, 2003, p. 37) aos diferentes papéis e atribuições que lhe conferem a possibilidade de se viver e ser reconhecido em sociedade. Então, "a coerência e a continuidade da pessoa não são características lógicas ou analíticas da condição de pessoa, mas, ao contrário, normas de inteligibilidade socialmente instituídas e mantidas" (BUTLER, 2003, p. 38). Assim, tem-se que gêneros inteligíveis determinam coesão social e sequência entre sexo, gênero, prática sexual e desejo.

Ainda, a identidade de gênero faz-se compreensível por meio de determinada razão cultural em que certas variações de identidade não são reconhecidas ou não devam existir socialmente, segundo Butler (2003, p. 39). Então, se uma identidade de gênero não corresponde com o "sexo" e as orientações sexuais que não seguem a determinação social da origem comum a partir do "desejo" imposto, tais variações são condicionadas à discriminação, menosprezo e não reconhecimento, importando aqui para o presente trabalho a transexualidade e transgeneridade,

Para melhor reflexão, em outra fundamental obra - *Gênero: uma categoria útil para análise histórica* - Joan Scott aborda as diferentes formas de se observar historicamente "gênero" como categoria de análise. Aponta-se aqui a utilização de gênero na determinação das "relações sociais entre os sexos" (SCOTT, 1989, p. 7). Então, gênero se torna categoria utilizada como ferramenta para expressar a construção social dos papéis associados aos homens e às mulheres. Neste sentido, discorre Scott (1989, p. 7) que

"é uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado. Com a proliferação dos estudos do sexo e da sexualidade, o gênero se tornou uma palavra particularmente útil, porque ele oferece um meio de distinguir a prática sexual dos papéis atribuídos às mulheres e aos homens."

Na mesma linha argumentativa, a autora ainda aponta a utilização de gênero como categoria que rejeita o "determinismo biológico implícito" no emprego de expressões como "sexo", "diferença sexual", "sexualidade". Ainda, salienta-se também o papel da categoria de gênero no reforço da circunstância relacional das determinações reguladoras de feminilidade. Nessa concepção, não há como compreender a existência de homens e mulheres por meio de estudos inteiramente diferenciados, visto que são "definidos em termos recíprocos" (SCOTT, 1989, p. 3).

Então, pode-se apontar a divergência existente entre a exigência sobre o indivíduo se apresentar como total e a inconsistência no emprego dos termos "masculino" e "feminino". Tal abordagem aponta que as qualidades "homem" e "mulher" são questionáveis pela consideração de "masculino" e "feminino" não são aspectos natos e sim "construções subjetivas (ou fictícias)" (SCOTT, 1899, p. 16). Portanto, infere-se que há um progresso regular de construção do sujeito concomitante com um processo de interpretação do desejo consciente e inconsciente.

Diante disso, Scott apresenta sua definição de gênero. Para a autora, "o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder" (SCOTT, 1989, p. 21). Sua definição e análise remetem ao já abordado no presente trabalho quanto à violência de gênero, às representações de poder, ao projeto de dominação-exploração masculina que justificam o papel social de submissão esperado da mulher e as posições hierárquicas assimétricas.

Quanto às representações de poder, Butler ainda discorre acerca da "heterossexualidade compulsória" imposta às relações sociais. Tal imposição compulsória e naturalizada determina o gênero como uma associação binária em que o universo masculino distingue-se do universo feminino por meio das "práticas do desejo heterossexual" (BUTLER, 2003, p. 45). Essa "regulação binária da sexualidade suprime a multiplicidade subversiva de uma sexualidade que rompe as hegemonias heterossexual, reprodutiva e médico-jurídica" (BUTLER, 2003, p. 41).

Além do mais, ao se entender que o sexo reclama um gênero de certa forma, somente assim poder-se-ia compreender o gênero como experiência única de sexo, gênero e desejo. Neste sentido, ainda, o gênero corresponderia à determinação psíquica e/ou cultural sobre o indivíduo e seus desejos, condicionados pela heterossexualidade compulsória, reconhecendo-se, então, pelo desejo ao gênero distinto que deve desejar (BUTLER, 2003, p. 45). Assim, há uma necessidade de superar a heterossexualidade compulsória para "inaugurar um verdadeiro humanismo da pessoa, livre dos grilhões do sexo"<sup>15</sup> (BUTLER, 2003, p. 41).

Conclui-se, portanto, dessa análise que

"Gênero e sexualidade são dois aspectos – intimamente relacionados – de um processo mais amplo, por meio do qual se realiza o controle social e a manutenção da ordem. Ele ocorre, principalmente, por meio de mecanismos duplos e ambíguos, que são exercidos toda vez que uma pessoa transgredir as normas e os padrões socialmente estabelecidos para cada um dos sexos. Por um lado, há o uso da violência - não só física, mas também psíquica; não apenas individual, mas também institucional. Por outro lado, pela indução ao prazer, que faz que aquele que age ou deseje de forma diferente sintam-se "um estranho no ninho".

Esse controle é eficaz porque, primordialmente, ele veicula uma visão que mostra os dois sexos como pólos opostos e separados, que jamais podem ser confundidos e que estão em contradição. Estar de um lado implica necessariamente não estar do outro. Assim, ser homem define-se antes e acima de tudo como aquele que não é mulher, alguém que nem sequer remotamente possa ser tomado como realizando condutas ou assumindo papéis e funções que são atribuídos ao universo feminino, tido como o contrário do masculino" (LOPES *et al*, 2010, p. 16)

Passa-se, assim, para a reflexão acerca de identidade de gênero. Esse conceito constitui-se a partir da concepção pessoal do indivíduo como homem ou mulher, ou, raramente, como os dois ou nenhum. Essa definição está intimamente relacionada ao de expressão de gênero, este compreendido enquanto manifestações externas que refletem a identidade de gênero.

Assim, identidade de gênero, em quase todos os casos, é auto identificável como um resultado da combinação de fatores inerentes e

---

<sup>15</sup> Dessa superação, reconhece-se a mulher com o *status* de sujeito particular e universal.

extrínsecos ou fatores ambientais; expressão de gênero, por outro lado, é manifestada dentro do convívio social por fatores observáveis, como comportamento e aparência. Então, "não há identidade de gênero por trás das expressões de gênero; essa identidade é *performativamente* constituída, pelas próprias "expressões" tidas como seus resultados" (BUTLER, 2003, p. 48).

Para melhor visualização, aponta-se que se uma pessoa se considera homem e prefere que seu gênero pessoal seja tratado em aspectos masculinos, então sua identidade de gênero é homem. No entanto, sua expressão de gênero é masculino somente se o indivíduo demonstra características tipicamente masculinas no comportamento, modos de vestir e maneiras (GHOSH, 2015).

Portanto, entende-se que uma pessoa pode se identificar com diferentes gêneros, distintos ao imposto socialmente baseado em seu sexo biológico. Simplifica-se aqui, por questão de objetivo, em transgeneridade e cisgeneridade. Aquela se expressa quando o ser humano se identifica com gênero distinto daquele associado comumente ao seu sexo biológico, e esta constitui na correspondência entre identidade de gênero e sexo biológico. Faz-se imprescindível esclarecer que a identidade de gênero não é determinada pela orientação sexual.

Assim, não se deve confundir tais condições humanas. Tanto cisgêneros como transgêneros podem desenvolver diferentes formas de desejo afetivo e sexual, sendo que uma pessoa transgênera pode ser homossexual, bissexual ou heterossexual. Para o presente estudo, por exemplo, interessante apontar que uma mulher *trans* que se relaciona afetivamente com um homem é heterossexual. O fato de seu sexo biológico anterior ser masculino não a condiciona como homossexual, pois identifica-se com e expressa-se como gênero distinto.

### **3.1. Transexualidade e transgeneridade**

No anseio de aprofundar tais reflexões, vale-se de importante trabalho da psicóloga Tatiana Lionço acerca do tema a partir da análise das condições somático-corpórea e psíquico-representacional. Neste sentido, apresenta-se a



definição de transexualidade e transgeneridade, e como uma mulher *trans* deve ser reconhecida, independentemente de cirurgia de redesignação de sexo.

Para a psicóloga, não se deve separar radicalmente a formação do Eu subjetivo da condição sexuada determinada biologicamente, em seu estado "somático, bruto e concreto" (LIONÇO, 2006, p. 49). A ideia é refletir acerca dessa relação, visto que

"o desamparo do bebê humano o relega à dependência do outro na sua constituição, e o outro humano não é unívoco: invariavelmente a diferença entre os sexos se apresenta como situação humana, amparando-se o sujeito humano em sua constituição à dupla referência dos sexos. Não se restringindo à determinação biológica, a psicosexualidade implicaria a assunção aos dois sexos, já adentrando o universo simbólico, parâmetro para os sentidos a serem construídos no processo do vir-a-ser humano" (LIONÇO, 2006, p. 49).

Então, com a apresentação de relatos<sup>16</sup> de transexuais em seu trabalho realizado no Hospital Universitário de Brasília da Universidade de Brasília, Lionço (2006, p. 125) apresenta que

"a compreensão dos processos de subjetivação segundo a perspectiva da psicosexualidade, ou da consideração da condição pulsional no humano permite supor que o corpo somático e o psiquismo não são elementos independentes, mas articulados de um modo específico, no modo de uma tensão. O corpo somático se mantém sempre como elemento estranho ao psiquismo, exigindo-lhe constantemente trabalho. A possibilidade de estabilidade ou equilíbrio permanente entre o corpo em sua dimensão somática e o psiquismo não é possível. O corpo é vivo e mutante por si só, e o psiquismo é convocado permanentemente a significar o que é experienciado na vivência corporal. Mudanças no corpo não restaurarão um estado de equilíbrio ou de adequação, mas imporão novas exigências somáticas ao psiquismo"

Assim, a transexualidade se manifesta na não concordância entre o sexo biológico e o gênero com o qual o indivíduo se identifica e se expressa para o

---

<sup>16</sup> "Priscila questionava sua própria intenção em realizar a cirurgia. Apresentava dúvidas se realmente a cirurgia faria alguma diferença na sua afirmação enquanto mulher. Antes de começar um relacionamento estável, sonhava que a cirurgia um dia lhe traria a possibilidade de um namorado, mas conseguiu encontrar um, mesmo não tendo feito a alteração na genitália. Prezava o próprio orgasmo, e este era um fator importante no questionamento que fazia quanto à cirurgia para si mesma. Uma amiga, segundo narra na terapia, havia feito a cirurgia e tinha ficado meio nervosa, irritada. Começou a transar muito, queria gozar. As coisas tinham mudado. Priscila supunha que a cirurgia não iria resolver tudo, e talvez até trouxesse outros tipos de problemas" (LIONÇO, 2006, p. 135).

reconhecimento social. Ainda se faz referência conjuntamente aos termos transexualidade e transgeneridade devido à distinção normativa entre pessoas que buscam e passam por cirurgia de redesignação de sexo e pessoas que, por motivos diversos, não buscam e não passam por procedimento cirúrgico, podendo inclusive não desejar ter sua genitália alterada.

Firma-se, então, a compreensão de que

"não é o procedimento cirúrgico, ou a alteração registral, que tornará a transexual uma mulher; isso porque ela já é uma mulher, independentemente da presença da genitália masculina, que define unicamente o sexo biológico, e não o gênero da pessoa" (HUDLER; TANNURI, 2015, p. 108).

Portanto, não há que se questionar o tratamento e respeito que se deve conferir a uma mulher *trans*. A diversidade humana deve ser reconhecida em sua plenitude, e a reflexão psicossocial acerca de gênero assegura a condição de mulher a quem assim identifica seu gênero, e ainda, não se determina pela cirurgia de redesignação de sexo.

### **3.1.1. Jurisprudência**

A transexualidade passou a merecer a atenção da jurisprudência pátria, inicialmente, em virtude das pretensões no sentido de alteração de prenome e do sexo nos registros civis. Num primeiro momento, ao longo da década de 1980, tais pretensões eram rechaçadas ao entendimento de que eram imutáveis o prenome e o sexo constante do registro, ressalvadas estritamente as exceções da Lei de Registros Públicos.

Prevalecia, ainda, que a mera realização de cirurgia, por decorrer de escolha de quem a ela se submetia, não tinha o condão de transformar homem em mulher, já que o sexo não é uma opção, mas sim determinado biologicamente.

Julgado representativo desse entendimento foi assim ementado:

Registro Civil. Retificação de assento de nascimento. Alteração de Sexo. Mutilação cirúrgica consistente na extirpação da genitália externa com a finalidade de ajustamento à tendência feminina. Persistência das características somáticas que informam o assento. Impossibilidade de mudança de sexo para solucionar conflito do psíquico com o

somático. Preliminar repelida. Sentença desconstituída. Recurso Provido (Apelação Cível Nº 585049927, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Rocha Lopes, Julgado em 19/12/1985).

A mudança na jurisprudência iniciou-se na década de 1990, primeiramente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, corte que passou a albergar as pretensões de alteração do prenome e do sexo, uma vez realizada a cirurgia de redesignação, ainda que com a imposição de condicionantes a fim de preservar a publicidade do registro e a boa-fé de terceiros.

Esta mudança foi impulsionada pela edição da Resolução n. 1.482/97, do Conselho Federal de Medicina, que se prestou a “autorizar, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo”<sup>17</sup>.

Observe-se, a propósito, um dos primeiros julgados representativos da mudança na orientação jurisprudencial:

Registro público. Alteração do registro de nascimento. Nome e sexo transexualismo. Sentença acolhendo o pedido de alteração do nome e do sexo, mas determinando segredo de justiça e vedando no fornecimento de certidões referência à situação anterior. Recurso do ministério público se insurgindo contra a mudança de sexo, pretendendo que seja consignado como transexual masculino, e contra a não publicidade do registro. Embora sendo transexual e tendo se submetido à operação para mudança de suas características sexuais, com a extirpação dos órgãos genitais femininos e a implantação de prótese peniana, biológica e somaticamente continua sendo do sexo masculino. Inviabilidade da alteração, sem que seja feita referência à situação anterior, ou para ser consignado como sendo transexual masculino, providência que não encontra embasamento mesmo nas legislações mais evoluídas. Solução alternativa para que, mediante averbação, seja anotado que o requerente modificou o seu prenome e passou a ser considerado como sexo masculino em virtude de sua condição transexual, sem impedir que alguém possa tirar informações a respeito. Publicidade do registro preservada. Apelação provida, em parte. Voto vencido. (Apelação Cível Nº 597156728, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tael João Selistre, Julgado em 18/12/1997).

---

<sup>17</sup> Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm)>. Acesso em 23 ago 2016.

Seguiu-se, posteriormente, o entendimento de que, conquanto a alteração do prenome possa ser feita independentemente da cirurgia de transgenitalização, a mudança do sexo no registro civil deve ser precedida do procedimento cirúrgico. Em um caso ou em outro, contudo, não deveria haver menção à situação precedente nas certidões de registro civil, mas apenas no livro de registros.

Nesse sentido, elucidativa é a ementa que segue, resultante de julgado proferido no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

PROCESSO CIVIL, CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO PARA ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA. TRANSEXUAL. MODIFICAÇÃO DE DESIGNATIVO DE SEXO. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. PONDERAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS.

1. Cabe ao juiz, destinatário da prova, decidir a respeito dos elementos necessários à formação do seu convencimento. Havendo informações suficientes para a formação justa e equânime da questão que é posta ao julgador, correta é a sua decisão quando determina o imediato enfrentamento da questão ou, ainda, indefere a inquirição de testemunha desnecessária ao seu deslinde.

2. A ausência de identidade entre o sexo anatômico e o psicológico, denominada transexualidade, reflete-se como fonte de angústia e transtornos para o indivíduo que sofre com a questão da inadequação da sua identidade sexual psicológica e social em relação à identidade sexual morfológica, além da existência notória de discriminação, rejeição do seu fenótipo, frustração e desconforto. Dessa forma, atualmente, os elementos identificadores do sexo não podem ser limitados à conformação da genitália do indivíduo, presente no momento do nascimento, devendo ser consideradas outros fatores, como o psicológico, biológico, cultural e social, para que haja a caracterização sexual.

3. A República Federativa do Brasil possui, entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, que consiste no núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo. Representa, pois, o valor supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa, sobretudo, dos direitos e das garantias fundamentais.

4. A alteração do prenome e do designativo de sexo no registro civil da pessoa transexual apresenta-se como meio de garantir o cumprimento e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade e da saúde. Todavia, somente o transexual que já se submeteu à intervenção cirúrgica para a mudança de sexo encontra-se

amparado legalmente para obter autorização judicial para a alteração do designativo de sexo no registro civil. Precedentes.

5. Devem-se ponderar os direitos fundamentais, como os da personalidade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da saúde, com os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos, bem como da segurança jurídica. Dessa forma, ainda que haja a demonstração de que o requerente identifica-se com desígnio sexual feminino, somente após a intervenção cirúrgica mostra-se viável a realização da alteração do designativo de sexo no registro civil, em razão da repercussão social da referida alteração.

6. Rejeitou-se a preliminar de cerceamento de defesa e negou-se provimento ao apelo.

(Acórdão n.841303, 20130111630845APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 17/12/2014, Publicado no DJE: 27/01/2015. Pág.: 377).

Quanto aos apontamentos a serem feitos no registro público, colhe-se do voto do Ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do Recurso Especial n. 737.993/MG<sup>18</sup>, que:

Dessa forma, no livro cartorário, à margem do registro das retificações de prenome e de sexo do requerente, deve ficar averbado que as modificações procedidas decorreram de sentença judicial em ação de retificação de registro civil. (...)Todavia, tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar nas certidões do registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias.

Atualmente, contudo, vem ganhando força o entendimento jurisprudencial segundo o qual o pleno reconhecimento do transexual como indivíduo pertencente ao sexo oposto, com todos os efeitos daí decorrentes – dentre os quais a mudança do prenome e do sexo constante dos registros civis – prescinde da prévia cirurgia de transgenitalização. Neste sentido, aliás, já se decidiu nos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios<sup>19</sup>, de São Paulo<sup>20</sup>, do Rio Grande do Sul<sup>21</sup>, dentre outros.

<sup>18</sup>

Disponível

em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6511771&num\\_registro=200500486064&data=20091218&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6511771&num_registro=200500486064&data=20091218&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em 23.06.2016.

<sup>19</sup> Acórdão n.911796, 20140710125954APC, Relator: LEILA ARLANCH, Revisor: GISLENE PINHEIRO, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/11/2015, Publicado no DJE:

Contudo, a questão é ainda bastante controversa e pende de decisão do Supremo Tribunal Federal, em que se aguarda o julgamento do Recurso Extraordinário n. 670.442/RS, com repercussão geral reconhecida<sup>22</sup>.

Também na seara cível, discute-se igualmente na Suprema Corte o direito à indenização a transexuais decorrente da proibição a que façam uso do sanitário condizente com seu gênero. O tema é objeto do Recurso Extraordinário n. 845.779/SC, cuja repercussão geral novamente foi anotada<sup>23</sup>.

Este breve histórico jurisprudencial, conquanto tenha por matéria de fundo questões eminentemente cíveis, é de suma importância na medida em que demonstram o crescente reconhecimento, por parte do Poder Judiciário

16/12/2015. Ementa disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 23 ago 2016.

<sup>20</sup> Apelação n. 1102067-95.2015.8.26.0100, Relator: Claudio Godoy; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/07/2016; Data de registro: 08/07/2016. Inteiro teor disponível em <https://esaj.tjst.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9592012&cdForo=0&vlCaptcha=zkkxc>. Acesso em 23 ago 2016.

<sup>21</sup> Apelação Cível n. 70069422608, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 27/07/2016. Inteiro teor disponível em [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70069422608&num\\_processo=70069422608&codEmenta=6882346&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069422608&num_processo=70069422608&codEmenta=6882346&temIntTeor=true). Acesso em 23 ago 2016.

<sup>22</sup> EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 670422 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 11/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11-2014 ). Inteiro teor disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788>. Acesso em 23 ago 2016.

<sup>23</sup> Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. (RE 845779 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 13/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2015 PUBLIC 10-03-2015). Inteiro teor disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>. Acesso em 23 ago 2016.

nacional, de que ao transexual deve ter assegurada a identidade de gênero com que se identifica, com todas as repercussões sociais e jurídicas daí decorrentes, inclusive na seara do Direito Penal.

De fato, começa a ganhar espaço na jurisprudência o entendimento de que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei n.11.340/2006, de nítido caráter penal<sup>24</sup>, são igualmente aplicáveis em casos de violência doméstica ou familiar que tenham transexuais femininas por vítimas.

Excelente exemplo dessa tendência é encontrada em julgado proferido na 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, de cujo voto condutor, proferido pela Desembargadora Ely Amioka, colhe-se que

a lei em comento deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim é que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a IMPETRANTE se apresenta social e psicologicamente. (...) A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como GABRIELA, e não como JEAN CARLOS<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Nesse sentido, pacífica é a orientação do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI N. 11.340/2006. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. As medidas protetivas previstas no art. 22, I, II, III, da Lei n. 11.340/06, possuem nítido caráter penal, pois visam garantir a incolumidade física e mental da vítima, além de restringirem o direito de ir e vir do agressor. Por outro lado, as elencadas nos incisos IV e V possuem natureza eminentemente civil. 2. In casu, foram aplicadas as medidas protetivas previstas no inciso I (suspensão da posse e restrição do porte de arma) e a do inciso III, "a" [proibição do requerido de aproximação e contato com a vítima, familiares (com exceção dos filhos) e testemunhas, mantendo deles, a distância mínima de 300 (trezentos metros), exceto com expressa permissão]. 3. Verifica-se, portanto, que, na hipótese tratada nos autos, deve ser adotado o procedimento previsto no Código de Processo Penal com os recursos e prazos lá indicados. 4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1441022/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 02/02/2015). Inteiro teor disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201400291888&dt\\_publicacao=02/02/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400291888&dt_publicacao=02/02/2015)>. Acesso em 24 ago 2016.

<sup>25</sup> Mandado de Segurança n. 2097361-61.2015.8.26.0000, j. 08.10.2015, publ. 16.10.2015. Inteiro teor disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8898974&cdForo=0&v1Captcha=pawsd>>. Acesso em 24 ago 2016.

Nota-se, pois, a grande inclinação da jurisprudência dos tribunais pátrios ao pleno reconhecimento da transexual feminina, operada ou não, como indivíduo efetivamente do gênero feminino, constatação que certamente influenciará nas conclusões a serem ao final alcançadas.

---

Em sentido parecido já se decidiu no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 1.0000.09.513119-9/000, j. 24.02.2010, colhendo-se do voto do relator que “quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o pólo passivo da ação delituosa”. Inteiro teor disponível em <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=9A233CD0BE6DD915BE31CCA3614A735D.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.09.513119-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=9A233CD0BE6DD915BE31CCA3614A735D.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.09.513119-9%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em 29 ago 2016.



#### **4. HERMENÊUTICA JURÍDICA, ANÁLISE PRINCIPIOLOGICA E APLICAÇÃO DA LEI DO FEMINICÍDIO A MULHERES TRANS**

Passa-se para importante capítulo que trata da hermenêutica jurídica aplicada à Lei 13.104/2015, contando com a reflexão acerca da ciência da interpretação do Direito e suas técnicas. Aborda-se o trabalho técnico-cognitivo que um operador do Direito deve se valer para compreender o sentido e a extensão da aplicação de determinado dispositivo legal. Assim, são apresentadas diferentes formas de interpretação e seus aspectos, como a relação com o trabalho legislativo.

##### ***4.1. Interpretação e aplicação do Direito***

O presente estudo conta como variável, para analisar a legitimidade da aplicação da Lei 13.104/2015 a mulheres transexuais e transgêneras, a interpretação e aplicação do Direito Penal para que se reflita acerca do alcance jurisdicional da lei em questão. Para tanto, passa-se a discorrer acerca das principais teorias, conceitos e aspectos concernentes à Hermenêutica Jurídica e à aplicação do Direito. Dos ensinamentos de Carlos Maximiliano em "Hermenêutica e Aplicação do Direito", pode-se apontar inicialmente certas distinções conceituais.

Para Maximiliano (2011, p. 1), a Hermenêutica Jurídica tem "por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito". Essa abordagem é crucial para o estudo proposto, visto que se pretende analisar o alcance da aplicação da Lei do Femicídio em estudo e analisar a legitimidade de sua aplicação para mulheres transexuais.

Prossegue-se, então, entendendo que o ato de interpretar é o emprego do processo hermenêutico. Com a hermenêutica, analisa-se e determina-se os princípios que direcionam a interpretação, sendo aquela a "teoria científica da arte de interpretar" (MAXIMILIANO, 2011, p. 1). Desde o início da obra, Maximiliano esclarece que há uma evolução do ordenamento jurídico, que faz com que os termos técnicos passem por processos de esclarecimento de seus

significados, uma vez que o direito evolui adequando-se à "realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual" (MAXIMILIANO, 2011, p. 5).

No mesmo sentido, aponta Prado (2007, p. 181), que trata-se a hermenêutica da interpretação de procedimento que procura conceder acepção ao texto legal, expressando-se tanto como "ato cognoscitivo e de criação", e, justamente por isso, jamais pode estar alheio ao ordenamento jurídico e ao contexto histórico-cultural e social em que se encontra imerso. Não se deve confundir, entretanto, como processo de criação legislativa, trata-se aqui de entender que

"como toda norma jurídica, a norma penal não pode prescindir do processo exegético, tendente a explicar-lhe o verdadeiro sentido, o justo pensamento, a real vontade, a exata razão finalística, quase nunca devidamente expressos com todas as letras" (GRECO, 2009, p. 35).

Tem-se, então, que a interpretação consiste na apreciação do significado da lei e não da elaboração legislativa (NUCCI, 2008, p. 83). Entende-se que a norma perfeita adquire autonomia em relação ao trabalho legislativo, sem que haja violação do princípio da separação dos poderes, visto que o juiz deve agir mais como pesquisador e analisador do que como elaborador. Se atentar-se apenas a intenção primeira do legislador, ter-se-ia escopo limitado de alcance baseado em fatos concretos limitadores. Ainda segundo Maximiliano (2011, p. 21), geralmente a norma advém de um processo baseado em um "abuso recente", ações isoladas. Assim, com a promulgação, a lei ganha autonomia relativa, constituindo resultado novo, amplifica-se e sucede o conteúdo sem reforma dos vocábulos. Ressalta-se, então, que

É um mal necessário a rigidez da forma; ao invés de o abrandarem com a interpretação evolutiva, agravam-no com a estreiteza da exegese presa à vontade criadora, primitiva, imutável. Se há proveito por um lado, avulta o prejuízo maior por outro: o que a lei ganha em segurança, perde em ductilidade; menos viável se torna o sofisma, porém fica excessivamente restrito o campo de aplicação da norma. Ora, incumbe à Hermenêutica precisamente buscar os meios de aplicar à riqueza, à infinita variedade dos casos da vida real à multiplicidade das relações humanas, a regra abstrata objetiva e rígida (MAXIMILIANO, 2011, p. 21).

Mais, a interpretação deve se revelar como uma interpretação operativa, na medida em que se volta à correta compreensão da norma, possibilitando a sua aplicação ao caso concreto. Desta feita, pode-se dizer que "a interpretação precede e faz parte da aplicação do Direito" (PRADO, 2007, p. 182). Há de se considerar, por outro lado, que incumbe ao jurista perseguir o espírito da lei, atento às necessidades que a lei busca satisfazer.

Vale dizer, a atividade do intérprete não se limita a operações lógicas, mas envolve complexas apreciações de interesse dentro do âmbito legal. A *ratio legis*, portanto, não é estanque, e é justamente seu caráter objetivo que lhe permite adaptar-se aos inevitáveis novos rumos do contexto histórico-cultural.

Diante disso, a aplicação do Direito expressa-se na adequação de norma jurídica pertinente ao caso concreto. Subordina-se às disposições da lei uma relação da vida real, pesquisa-se e aponta-se as diretrizes adequadas a fato concreto. "Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano" (MAXIMILIANO, 2011, p. 5). Tem-se que a atuação do juiz na prática constitui a aplicação do Direito. Portanto,

"a adaptação de um preceito ao caso concreto pressupõe: a) a *Crítica*, a fim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei, regulamento ou ato jurídico; b) a *Interpretação*, a fim de descobrir o sentido e o alcance do texto; c) o suprimento das *lacunas*, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito; d) o exame das questões possíveis sobre ab-rogação, ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas, relativamente ao espaço e ao tempo" (MAXIMILIANO, 2011, p. 7).

Em um primeiro momento, a interpretação pode ser dividida em objetiva (*voluntas legis*) ou subjetiva (*voluntas legislatoris*). Contudo, a doutrina tem criticado severamente esta distinção, na medida em que, na seara do Direito Penal, em virtude do princípio da legalidade, não importa o que o legislador queria dizer, mas o que efetivamente disse (GRECO, 2009, p. 36).

Pode-se dizer, portanto, que cabe ao intérprete buscar a *telos* da lei. Desta feita, pela interpretação teleológica, busca-se a vontade da lei (*voluntas legis*) e não a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*). Busca-se, ainda, a vontade atual da lei, e não necessariamente a vontade do legislador no momento de sua edição. Isso porque, uma vez promulgada, a lei passa a ter “existência própria e consistência autônoma, distinta do órgão que lhe deu origem. Nesse sentido é que se costuma dizer que a lei é mais sábia que o legislador” (PRADO, 2007, p. 184).

Ainda, segundo Greco (2009, p. 36), a interpretação pode ser distinguida quanto ao órgão de que emana. Neste ponto, quanto ao sujeito, a interpretação pode ser dividida em autêntica, doutrinária e judicial. Autêntica é a interpretação realizada no próprio texto legal, que contém explicação sobre algum aspecto da própria lei, de modo a não deixar margem para dúvidas. Tal interpretação pode ainda ser subdividida em contextual - realizada no mesmo momento em que editado o diploma legal que se está a interpretar, como, por exemplo, a definição de “funcionário público” contida no art. 327 do Código Penal - e posterior - realizada após a edição do diploma legal anterior.

A interpretação doutrinária, por sua vez, é aquela realizada pelos estudiosos do Direito, quando comentam sobre a lei objeto de interpretação. É a conhecida *communis opinio doctorum*. Embora de extrema importância, esta interpretação, evidentemente, não é de obediência obrigatória. Já a interpretação judicial é aquela levada a cabo pelos juízes de primeiro grau e magistrados integrantes dos tribunais quando da aplicação da lei ao caso concreto intra-autos (GRECO, 2009, p. 37).

Para o objetivo do presente estudo, merece especial enfoque a interpretação judicial. Segundo Luiz Regis Prado (2007, p. 187), “embora os magistrados e tribunais não criem a lei *strictu sensu*, podem dar lugar a novas possibilidades ao adaptarem o sentido da lei à realidade, exercendo, desse modo, uma função “criadora”, ainda que sempre subordinada ao texto daquela”. De regra, a interpretação judicial tampouco é de obediência obrigatória, vale dizer, não é dotada de efeito vinculante. Exceção deve ser observada, contudo, quando se cuida das súmulas vinculantes, cuja edição

passou a ser prevista no artigo 103-A da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 (GRECO, 2009, p. 38).

Retomando a mutabilidade da *ratio legis* diante das transformações histórico-culturais, denomina-se interpretação evolutiva a atribuição de novo sentido às disposições legais, aplicando-as a situações imprevistas ou imprevisíveis ao legislador. Na esfera penal, além do prestígio às finalidades da lei por excelência, quais sejam, a justiça material e a segurança jurídica, o bem jurídico desempenha função teleológica, na medida em que o alcance e o sentido da norma ficam condicionados à proteção de valores e bens essenciais ao indivíduos e à comunidade (PRADO, 2007, p. 185). E essa concepção de valores e bens evolui com as transformações sociais.

Sob outra perspectiva, quanto aos meios empregados, a interpretação pode ser literal (ou gramatical), teleológica, sistêmica (ou sistemática) e histórica. Em estreita ligação com a interpretação teleológica, a interpretação sistemática leva em conta todo o sistema formado pelas leis, como também o elaborado pela doutrina. Tem-se, pois, que o critério lógico-sistemático mostra-se de fundamental importância para a garantia da unidade conceitual do ordenamento (PRADO, 2007, p. 186). Ainda, na interpretação teleológica, busca-se alcançar a finalidade da lei, aquilo a que ela se destina regular, fazendo com que seu espírito prevaleça sobre sua letra. Na interpretação sistêmica, por outro lado, analisa-se o dispositivo legal à luz do sistema em que está inserido, “*com os olhos voltados para o todo*” (GRECO, 2009, p. 41).

A interpretação histórica, a seu turno, fundamenta-se na indiscutível ligação entre o Direito vigente e a legislação pretérita. Nessa toada, o recurso a projetos de lei, discussões das comissões, exposições de motivos, relatórios e discursos existentes na trajetória que culmina com a promulgação das leis, conquanto não obrigue o intérprete, pode revelar importantes elementos históricos de interpretação (PRADO, 2007, p. 186). O exegeta volta sua atenção para o tempo em que editado o diploma que se busca interpretar, analisando o contexto social da época, os motivos que ensejaram a criação da lei, dentre outros aspectos inerentes ao passado (GRECO, 2009, p. 41).

Literal ou gramatical é aquela interpretação em que o exegeta tem como foco buscar o efetivo significado das palavras constantes do dispositivo legal interpretado. “Não se pode, por exemplo, atribuir o delito de estupro a alguém sem que se conheça o sentido da palavra mulher, contida no art. 213 do Código Penal. Somente após essa ilação torna-se possível aferir a tipicidade da conduta do agente” (GRECO, 2006, p. 530). A esse respeito, Greco, ao tratar do crime de estupro tendo por objeto de interpretação a redação do art. 213 do Código Penal anterior à reforma implementada pela Lei nº 12.015/2009 assentou:

“Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em uma mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive o penal. Tais modificações já têm ocorrido no Brasil (...). Isso acontecendo, aquele que passou a ser reconhecido judicialmente como do sexo feminino, na hipótese de ser violentado sexualmente, ocorrendo a penetração na neovagina, o fato poderá ser classificado como estupro” (GRECO, 2006, pp. 530-531).

Já quanto ao resultado, a interpretação pode ser declaratória/declarativa, extensiva ou restritiva. Na primeira, não se amplia nem se restringe o alcance da lei, mas limita-se a declaração de sua vontade (GRECO, 2009, p. 41). Ademais, tem-se a interpretação declarativa quando o intérprete limita-se a declarar o sentido linguístico (concordância entre as interpretações gramatical e lógico-sistemática). Pode ser restrita – se tomar em sentido limitado – ou *lata* – se tornar em sentido amplo uma expressão de diferentes significados. Não se confundem, uma ou outra, com as interpretações extensiva ou restritiva, pois, aqui, cuida-se apenas de eleger um entre os vários significados possíveis de uma palavra que melhor se adeque à *mens legis* (PRADO, 2007, p. 187).

Restritiva, por sua vez, é a interpretação em que o intérprete restringe o alcance da lei. Cita como exemplo a interpretação que se deve dar ao inciso II do art. 28 do Código Penal, que trata da embriaguez voluntária ou culposa, e que deve ser interpretado restritivamente para que dele seja excluída a embriaguez patológica, que deve ser abrangida pelo *caput* do art. 26 do referido diploma legal (GRECO, 2009, p. 42). Insere-se exegese restritiva

quando a norma é excessivamente ampla, visto que "uma linguagem imprecisa fazia compreender no texto mais do que planejaram incluir no mesmo: *potius dixit quam voluit* - disse mais do que pretendeu exprimir" (MAXIMILIANO, 2011, p. 161). Diz-se, de maneira generalizada, que as leis penais devem ser interpretadas em sentido restritivo. Contudo, adverte Regis Prado (2007, p. 188) que

“não é certo partir da presunção absoluta de que o legislador criminal se utiliza sempre de termos muito latos, com o propósito de reconduzi-los aos seus limites mais estreitos. Isso porque o emprego da interpretação restritiva, assim como o de qualquer outro método interpretativo, não deve ser fixado a priori, mas determinado em cada caso concretos, para que sejam evitadas contradições entre diferentes textos legais”

Já na interpretação extensiva, para compreender o exato alcance da lei, o intérprete alarga seu alcance, já que a norma disse menos do que queria. Neste ponto, também Greco (2009, p. 42) menciona o exemplo da bigamia, que deve incluir a poligamia. Assim, a interpretação extensiva vocaciona-se a corrigir uma fórmula legal demasiadamente estreita.

Nessa linha de pensamento, há de se considerar que a interpretação extensiva aplica-se a todas as espécies de norma, inclusiva às de caráter penal, desde que, nestas últimas, respeite-se o princípio da legalidade, que impõe à atividade de interpretação os limites da lei, empregando-se tal interpretação somente para "incluir no âmbito de um preceito penal comportamentos que o seu teor literal admita" (PRADO, 2007, p. 188). Tem-se que a interpretação extensiva diz respeito exatamente a alcançar os limites legais de uma norma.

Ressaltando-se, ainda, a importância de tal técnica de interpretação, principalmente para o objetivo do presente estudo, Nucci (2011, p. 83) aponta que a interpretação extensiva é aquela em que se busca o autêntico significado das normas por meio da ampliação do alcance das palavras de que se valeu o legislador. Como exemplo de interpretação extensiva, o autor aponta, além da hipótese de bigamia, o crime do artigo 176 do Código Penal, em que se pune a conduta de “tomar refeição em restaurante (...) sem dispor de recursos para

efetuar o pagamento”. Aqui, amplia-se o conteúdo do termo “restaurante” para abarcar na figura típica também bares, boates, pensões, entre outros estabelecimentos similares. Menciona, ainda, a previsão típica do artigo 172 do Código Penal, em que deve ser abrangida, além da “venda que não corresponda à mercadoria vendida”, a hipótese de “venda inexistente”.

Outra técnica de interpretação que traz à tona discussões polêmicas relacionadas com a interpretação extensiva é a interpretação analógica. Não se pode confundir uma com a outra. Quanto à interpretação analógica, há de se mencionar que o Código Penal, por não poder prever todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade, mas que seriam similares àquelas por ele mesmo elencadas, permitiu o uso da interpretação analógica como recurso para ampliar o alcance da norma penal.

“Interpretação analógica quer dizer que a uma forma casuística, que servirá de norte ao exegeta, segue-se uma fórmula genérica. Primeiramente, o Código, atendendo ao princípio da legalidade, detalha todas as situações que quer regular e, posteriormente, permite que tudo aquilo que a elas seja semelhante possa também ser abrangido pelo mesmo artigo” (GRECO, 2009, p. 43).

Bom exemplo é a previsão do artigo 121, §2º, III, do Código Penal, que reputa qualificado o homicídio que é cometido “com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”. Justamente na expressão “ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” é que reside a interpretação analógica que, tal qual a interpretação extensiva, amplia o conteúdo da lei penal, nela abrangendo hipóteses não expressamente previstas pelo legislador, que dá algumas amostras no tipo e permite ao intérprete que vislumbre meios similares aos expressamente apontados, mas igualmente configuradores de insídia, crueldade ou perigo comum (NUCCI, 2011, p. 84). De se concluir, pois, que a interpretação extensiva é gênero de que são espécies a interpretação extensiva em sentido estrito e a interpretação analógica (GRECO, 2009, p. 44).

Nenhuma das duas, contudo, confunde-se com a analogia. Com efeito, no argumento extensivo, a hipótese não está prevista na literalidade da lei, mas o está em espírito. No argumento analógico, por outro lado, há lacuna, omissão



na lei, de modo que determinada hipótese não encontra regramento legal. É correto dizer, portanto, que a analogia integra, enquanto a interpretação extensiva indaga, busca e revela o sentido da norma. Naquela, busca-se uma solução para aquilo em que o legislador não pensou; nesta, procura-se conhecer o que o legislador queria e pensava. Ainda, o efeito da analogia

“radica na criação de uma nova regra jurídica e o efeito da interpretação extensiva vem a ser a extensão de uma norma aos casos não previstos. Desse modo, na interpretação extensiva, em face da insuficiência verbal, amplia-se o significado das palavras para alcançar a *mens legis*” (PRADO, 2007, p. 189).

De fato, a analogia é definida como uma forma de autointegração da norma, e consiste em aplicar a uma hipótese carente de previsão em lei disposição legal relativa a caso semelhante. Decorre, pois, do brocardo *ubi eadem ratio, ubi eadem legis dispositio* (GRECO, 2009, p.46). Por consubstanciar-se a analogia justamente na transposição de uma solução prevista em lei para um determinado caso para outro que não encontra regramento legal, tem-se que sua aplicação sofre restrições na seara das normas penais incriminadoras e das normas penais não-incriminadoras quando prejudiciais ao réu, por expressa vedação decorrente do princípio da legalidade prestigiado tanto no art. 1º do CP quanto no inciso XXXIX do art. 5º da CF (PRADO, 2007, p. 191).

Assim, a "analogia, por sua vez, é um processo de auto-integração, criando-se uma norma penal onde, originalmente, não existe". (NUCCI, 2011, p. 84). Aqui, não se admite analogia para prejudicar o réu (*in malam partem*). Contudo, ressalta-se o fato de que nem toda a doutrina é contrária ao emprego da analogia em Direito Penal. Cita, então, Francesco Carnelutti, que já sustentou:

“Considero que a proibição da analogia na aplicação das leis penais é outra superstição da qual devemos nos livrar. Nisso não se deve enxergar uma consequência do princípio da certeza jurídica, senão uma desconfiança com relação ao juiz, a qual, se tem razões históricas bastante conhecidas, carece de todo fundamento prático” (CARNELUTTI, 1999, p. 74 *apud* NUCCI, 2011, p. 84).

Menciona como exemplo de inaceitável analogia *in malam partem* que se cogitasse, por exemplo, de estupro da mulher contra o homem, considerado o regramento anterior à alteração promovida nos crimes contra a dignidade sexual. Contudo, o emprego da analogia, ainda que para beneficiar o réu, deve ficar restrito a hipóteses excepcionais, em virtude do princípio da legalidade.

## **4.2. Análise principiológica**

Aqui, como parte dessa ciência da interpretação, discorre-se acerca de princípios essenciais do Direito Penal que devem sempre ser considerados nas atividades jurídicas. Optou-se pela análise dos princípios da legalidade, da taxatividade, da determinação e pelos princípios da proibição do excesso e da proibição de proteção insuficiente. Tais escolhas são justificadas pelo objetivo de assegurar a legitimidade de aplicação da Lei 13.104/2015 a mulheres *trans*, visto que a realidade social e diversidade humana devem ser acompanhadas pelo ordenamento jurídico e a resposta estatal na proteção aos seus cidadãos, observados a adequada prestação jurisdicional penal.

### **4.2.1. Princípios da legalidade, da taxatividade e da determinação**

O princípio da legalidade, próprio do Estado de Direito democrático, é também conhecido por princípio da reserva legal ou da intervenção legalizada, e encontra previsão legal no artigo 1º do Código Penal<sup>26</sup>, além de ter assento constitucional no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal<sup>27</sup> (PRADO, 2007, p 132). Segundo Greco (2009, p. 94), o princípio da legalidade é o mais importante em Direito Penal. Nesta seara, tudo o que não está expressamente proibido está permitido. Não é por outra razão que von Liszt afirmou que o Código Penal é a Carta Magna do delinquente.

---

<sup>26</sup> Código Penal Brasileiro de 1940: Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

<sup>27</sup> Constituição Federal do Brasil de 1988: Artigo 5º: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Também não é outra a razão de este princípio ter-se feito presente em todos os Códigos Penais brasileiros, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, operada em 1984 (GRECO, 2009, p.95). Alguns autores atribuem a origem deste princípio à Magna Carta Inglesa, de 1215, em que constava que “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”. Originalmente, a Magna Carta falava em *by the law of the land*, expressão modificada posteriormente para *due process of law* (NUCCI, 2008, p. 96).

Mas foi com a Revolução Francesa que ele ganhou os contornos exigidos pelo Direito Penal, como se vê dos artigos 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, *verbis*:

“Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Ademais, a formulação moderna do princípio da legalidade origina-se, em especial, na obra *Dei delitti e delle pene* (1764), de Cesare Beccaria, e, a partir da Revolução Francesa, converte-se em exigência de segurança jurídica e de garantia individual, evitando intervenção estatal arbitrária (PRADO, 2007, p.134). Por outro lado, atribui-se a Anselm von Feuerbach, em seu livro “Tratado de Direito Penal”, a formulação latina do princípio da reserva legal – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (apud GRECO, 2009, p. 95).

À luz do princípio em tela, tem-se que não há crime nem pena (ou medida de segurança) sem que haja lei que os preveja. Equivale a dizer que “a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a

garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa - *lex scripta praevia et lex certa*" (PRADO, 2007, p. 133).

Esclarece Greco (2009, p. 96) que quatro são as funções fundamentais do princípio da legalidade:

- “1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);
- 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);
- 3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);
- 4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sinne lege certa*)”.

Na mesma toada, Regis Prado (2007, p. 136) assevera que uma das garantias e consequências deste princípio é o princípio da taxatividade ou da determinação - *nullum crime sine lege scripta et stricta*. Embora sejam comumente tratados como sinônimos, Regis Prado (2007, p. 136) aponta uma distinção entre tais princípios a partir dos respectivos destinatários, ora o legislador, ora o juiz.

Pela determinação, exige-se do legislador que, ao prever determinada conduta como criminosa, descreva da forma mais exata possível qual é o fato punível. Deve a lei penal, pois, ser suficientemente clara e precisa quanto à formulação do tipo de injusto e a respectiva sanção para que exista segurança jurídica.

Nessa toada, proíbe-se que o legislador utilize, de forma excessiva e incorreta, elementos normativos, casuísmos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados ou vagos na construção dos tipos penais. Cumpre-se, assim, a exigência de certeza (*lex certa*), possibilitando ao destinatário distinguir entre o que é penalmente lícito e ilícito.

Por outro lado, pela taxatividade, estabelece-se margens penais às quais o julgador está vinculado. “Isso vale dizer: deve ele interpretar e aplicar a norma penal incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial”. Representa, pois, uma função garantista (*lex stricta*), porque a lei

suficientemente taxativa a que vinculado o juiz constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e garantia de igualdade.

Há, ainda, que se distinguir a legalidade entre os aspectos da mera legalidade, enquanto norma dirigida aos juízes, a quem determina a aplicação das leis tais quais formuladas, e o da estrita legalidade, dirigida ao legislador, de quem se exige a taxatividade e a prescrição empírica das formulações legais (NUCCI, 2008, p. 87). Exige-se, fundamentalmente, portanto, que a norma obedeça à estrita legalidade, em obediência ao princípio da taxatividade, que impõe ao legislador a descrição bem detalhada do que se reputa crime, a fim de não dar espaço para dúvidas.

Por fim, lembra-nos Greco (2007, p. 98) que não se pode perder de vista, também, que um Direito Penal que se pretende garantista deve, obrigatoriamente, discernir os critérios de legalidade formal e material, ambos imprescindíveis na aplicação da lei penal.

Por legalidade formal entende-se a observância aos trâmites previstos na Constituição Federal para a produção da norma, vale dizer, o processo legislativo desenhado nas normas constitucionais. Nessa linha, aduz:

“A aceitação em nosso ordenamento jurídico de uma norma que atendesse tão-somente às formas e ao procedimento destinados à sua criação conduziria a adoção do princípio da mera legalidade, segundo a expressão utilizada por Ferrajoli” (GRECO, 2007, p. 98).

Por esse motivo, prossegue Greco (2007, p. 99) asseverando que, em um Estado Constitucional de Direito, deve estar presente também a legalidade material, na medida em que, mais do que a observância do procedimento previsto na Constituição para a produção de leis, deve o legislador laborar em respeito ao seu conteúdo, observando as imposições e proibições contidas no texto constitucional. Aqui, também segundo expressão de Ferrajoli (GRECO, 2007, p. 99), adota-se o princípio da estrita legalidade.

Condensando os princípios das legalidades formal e material, bem assim daqueles atinentes à vigência e à validade da norma penal, chega-se ao brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege valida*, que expressa a já descrita nulidade de crime e de pena se não tiverem sido previstos por lei anterior formal e materialmente válida - necessária dupla legalidade.

Analisados todos os aspectos do princípio da legalidade julgados relevantes, abre-se caminho para a abordagem do princípio da proibição da proteção insuficiente.

#### **4.2.2. Princípios da proibição de excesso e da proibição da proteção insuficiente**

Os princípios em tela são de extrema importância quando se trata de restrição a direitos fundamentais, bem assim da solução do conflito de direitos de igual envergadura. Segundo Gilmar Mendes (2013, p. 225), ao tratar dos elementos do princípio da proporcionalidade,

“a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”.

A propósito da proibição de excesso, decidiu o Tribunal Constitucional alemão que o legislador deve se valer dos meios estritamente necessários e adequados ao alcance dos fins visados. Será adequado o meio se, a partir de sua utilização, o efeito pretendido puder ser alcançado. Por outro lado, será necessário se o legislador não puder lançar mão, para o atingimento daquele mesmo fim, de meio de igual eficácia e menos restritivo aos direitos fundamentais.

Em matéria penal, umbilicalmente ligado ao princípio da proibição de excesso, merece elevado prestígio o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, que orienta e limita o poder punitivo estatal, legitimando-o apenas nas situações em que a criminalização de uma conduta seja o meio necessário para conferir proteção a determinado bem jurídico.

A esse respeito, esclarece Bitencourt (1995, p. 32):

“Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser

empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”.

Ao lado da proibição de excesso, a Corte Constitucional alemã alberga também o princípio da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (MENDES, 2013, p. 227), e que vem sendo invocado pela doutrina como resposta ao exacerbado prestígio ao garantismo negativo. Aqui, preocupa-se não com a inconstitucionalidade decorrente do excesso estatal, mas sim de sua atuação deficiente no que toca à proteção dos direitos fundamentais.

A esse respeito, colhe-se valiosa lição do constitucionalista Gilmar Mendes de voto por ele proferido, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 418.376-5/MS<sup>28</sup>, no seguinte sentido:

"Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

---

<sup>28</sup> O julgamento restou assim ementado: “EMENTA: PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido”. (RE 418376, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2006, DJ 23-03-2007 PP-00072 EMENT VOL-02269-04 PP-00648). Inteiro teor disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em 10 jun 2016.

Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

"Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador."(Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180).

Portanto, visualiza-se o perfeito amparo principiológico que se pode atribuir à extensão do combate à violência de gênero na proteção da mulher *trans*. Como apresentado em momentos anteriores, a interpretação e aplicação das leis devem acompanhar o desenvolvimento da sociedade e o reconhecimento conferido a novos grupos sociais.

#### **4.3. Legitimidade da aplicação da Lei 13.104 a mulheres trans**

Aqui, chega-se à análise da legitimidade da aplicação da Lei do Femicídio a mulheres transexuais e transgêneras - objetivo central do presente trabalho. Essa análise se dá por meio da reflexão acerca da abordagem conceitual e psicossocial da transexualidade e transgeneridade que assegura definitivamente a condição e *status* de mulher àquela que nasceu com o sexo biológico masculino mas identifica-se com gênero diverso.

Além dessa variável, baseia-se nas teorias da Hermenêutica, princípios e técnicas de interpretação no Direito Penal. Assim, a necessidade de aplicação da Lei do Femicídio a mulheres transexuais mostra-se evidente a partir de diversos pontos de vista sob os quais se pode analisar a questão.

O tema, contudo, não é unanimidade na doutrina pátria. De fato, há uma primeira posição, dita conservadora, segundo a qual o transexual não é mulher



geneticamente, o que afasta, portanto, a proteção especial dada pela Lei n. 11.340/06. A corrente mais moderna, a seu turno, defende que, desde que o indivíduo passe pela cirurgia de transgenitalização, deve ser visto, para todos os efeitos, de acordo com sua nova realidade morfológica (CUNHA; PINTO, 2015, p. 42). Há, porém, entendimento ainda mais vanguardista no sentido da prescindibilidade da prévia intervenção cirúrgica ou da adoção de medidas no âmbito cível para que o reconhecimento do gênero feminino da mulher transexual repercuta na seara criminal.

Expressão da primeira corrente pode ser encontrada em BAKER (2015, pp. 62-63), segundo quem

"a discriminação que a mulher sofre é diferente da sofrida pelo homossexual, transexual e travesti, assim como seu histórico. Portanto, esta violência não pode ser equiparada ao grupo de homossexuais, travestis, transexuais e intersexuais. Destacamos que não é descaracterizada a necessidade não de proteção deste grupo, uma vez que sofrem violência por um motivo diverso da discriminação contra a mulher. Especificamente, a raiz da distinção é diversa e a relação com o outro grupo – homossexuais, travestis, transexuais e intersexuais – é diferenciada."

Este entendimento, contudo, não é expressão da corrente que vem se mostrando francamente majoritária, qual seja, no sentido do abarcamento da mulher transexual enquanto sujeito passivo do feminicídio.

De fato, a partir dos amplos reconhecimentos doutrinário e jurisprudencial de que, no âmbito do Direito Civil, deve ser tida por pertencente ao sexo feminino a mulher transexual para todos os efeitos civis – aí incluídas as alterações do prenome e do sexo no registro civil de nascimento –, chega-se à conclusão de que, no âmbito do Direito Penal, bastaria uma interpretação meramente gramatical para que um homicídio praticado contra uma transexual, desde que enquadrado em alguma das situações do §2º-A do artigo 121 do Código Penal, poderia ser subsumido à figura qualificada introduzida pela Lei n. 13.104/2015.

Tal conclusão não sofre alteração a partir da substituição da expressão “gênero feminino” por “sexo feminino”, levada a cabo pelo legislador. Isso porque a expressão “por razões da condição de sexo feminino” guarda, de igual modo, vínculo com as razões de gênero. De fato, a qualificadora não se refere a questões de sexo (critério biológico), mas, sim, a uma questão de

gênero, compreendida a partir da sociologia, dos padrões sociais que cada qual exerce em sociedade (BIANCHINI; GOMES, 2015, p. 11).

É a partir dessa concepção que defende GRECO (2015), expressão da segunda corrente, que deve prevalecer, para a compreensão da abrangência do sujeito passivo do feminicídio, o que denomina de “critério jurídico”. Assim, apenas aquela transexual que percorrer todos os trâmites que a levem à retificação do prenome e do registro civil é que poderão levar à tipificação da conduta na figura qualificada do feminicídio, acaso vítima de homicídio em alguma das situações especificadas pela lei.

Logo se vê, pois, que a interpretação meramente gramatical elevaria o esgotamento dos trâmites na seara cível a condição indispensável para o enquadramento da mulher transexual como sujeito passivo do feminicídio. O mesmo se daria no caso de o exegeta socorrer-se de interpretação sistemática, que igualmente conduziria a semelhante conclusão.

Todavia, quer a interpretação gramatical, quer a interpretação sistemática, não levariam à melhor compreensão do alcance da figura típica qualificada em análise. Isso porque excluiria de sua incidência o transexual não submetido à cirurgia de transgenitalização – tida por alguns como indispensável à incidência de efeitos jurídicos na seara cível – ou aquele que ainda não tivesse levado a cabo o muitas vezes moroso procedimento judicial para alteração de prenome e retificação do registro civil.

Chega-se, então, a terceira corrente, que, como já se viu, representa a tendência dos tribunais pátrios no sentido do pleno reconhecimento de que o transexual, submetido ou não à cirurgia de redesignação sexual, pertence efetivamente ao gênero com que verdadeiramente se identifica, inclusive para efeitos penais.

Mencionada posição de vanguarda já era defendida por Dias (2006) logo após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, cujas conclusões são igualmente aplicáveis em matéria de feminicídio, considerada a natureza penal das medidas protetivas vigentes naquela primeira lei inserida no escopo de proteção à mulher em violência de gênero, o que atrai a incidência da máxima segundo a qual onde existe a mesma razão deve existir o mesmo direito.

Segundo a autora, a partir da dicção do artigo 5º da Lei n. 11.340/06, ao se conferir proteção à mulher, independentemente de sua orientação sexual,

confere-se guarida tanto a lésbicas como a travestis, transexuais e transgêneros que, em ambiente familiar ou de convívio, mantêm relação íntima de afeto. Esta, repita-se, é a posição que vem ganhando terreno na jurisprudência.

Também a propósito da Lei n. 11.340/2006, lembram Hudler e Tannuri (2015, pp. 102-104) que não se pode permitir que as mulheres transexuais fiquem ao desabrigo da proteção legal enquanto aguarda a realização do procedimento cirúrgico ou enfrentam toda a demorada burocracia para a retificação do registro civil e a alteração do prenome. Mas pode-se ir além: sequer se afigura condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana impor à transexual, para que seja reconhecida como efetivamente do gênero feminino, que se submeta a qualquer cirurgia de redesignação de sexo, mormente quando consideradas todas as circunstâncias inerentes a uma intervenção cirúrgica de tamanha magnitude e que, tal como qualquer outra, é permeada de riscos.

Todavia, há que se lembrar que

a transexual feminina pertence ao gênero feminino e busca de forma persistente a adequação a esse gênero, tanto do ponto de vista físico (por meio, por exemplo, de hormonoterapia e até mesmo cirurgia de “redesignação de sexo”) como social (por meio da utilização de nome social, ou da alteração registral do prenome e do estado sexual). Entretanto, embora possa adotar tais formas de adequação, a transexual pertence, e sempre pertenceu, ao gênero feminino; ou seja, ela é uma mulher, independentemente de qualquer procedimento cirúrgico (HUDLER; TANNURI, 2015, pp. 102-103).

Deve-se levar em consideração, ainda, que

o longo processo transexualizador tradicional encerra suas fases com a realização da efetiva cirurgia, sendo esta a última etapa; e não ocorre antes de ficar determinado no laudo técnico pericial que o paciente possui um tipo sexual diferente daquele que se corpo demonstra. Tal fato nos assegura que não é a cirurgia que altera o sexo da pessoa, nem ao menos é isso que a faz adequar-se à sua realidade psíquica, mas sim de que antes da intervenção cirúrgica a pessoa já possuía aquele determinado sexo. E se o sujeito, por medo da internação hospitalar e dos riscos cirúrgicos, desistir na ablação de sua genitália? Somando-se a isso, e se o fator biológico não o incomodar na expressão de sua real identidade de gênero? Negar-se-á o direito a, socialmente, adequar seu assento de nascimento à sua verdadeira identidade? A sociedade apenas faria fingir que não sabe, cerraria seus olhos apenas para não assumir a verdade, negando-se, preconceitualmente, a

aceitar a realidade, não conferindo a proteção a que o cidadão comum faria jus. Pelo contrário, em uma exigência absolutamente cruel, obrigaria a pessoa a vilipendiar seu próprio corpo, submetendo-se a uma dolorosa cirurgia apenas para que se declare aquilo que a pessoa já o era antes mesmo do procedimento (SANCHES, 2011, *apud* HUDLER; TANNURI, 2015, pp. 107-108).

Poder-se-ia, aqui, fazer objeção a entendimento de vanguarda em virtude da inarredável incidência do princípio da legalidade na seara penal, reputando-o expressão de analogia *in malam partem*. Trata-se, contudo, de interpretação extensiva, que, como já viu, não cuida de ampliar as hipóteses de incidência da norma penal incriminadora, mas sim de apurar seu real alcance. De fato, há grande incongruência em se reconhecer que a mulher transexual pode até pertencer ao gênero feminino para fins civis, mas não no âmbito do Direito Penal.

O resultado dessa conclusão representa nada mais que a perpetuação do preconceito imposto às transexuais, mormente quando considerado que as definições de estado, do sexo e do gênero da pessoa não pertencem a uma ou outra esfera do direito, mas ao que se chama de “direito constitucionalizado” (HUDLER; TANNURI, 2015, p. 105). Assim, precisa-se abandonar o caráter contínuo da oposição binária e engajar-se num processo constante de desconstrução legítima das acepções acerca da diversidade sexual (SCOTT, 1989, p. 18).

Por último, ressalta-se a abordagem na obra conceituada já mencionada de Judith Butler acerca da tarefa política de não recusar a política representacional, aqui observada na necessidade de se reconhecer plenamente a identidade de uma mulher trans. Salienta-se, então, que “as estruturas jurídicas da linguagem e da política constituem o campo contemporâneo do poder, conseqüentemente, não há posição fora desse campo, mas somente uma genealogia crítica de suas próprias práticas de legitimação (BUTLER, 2003, p. 22).

Diante disso, ressalta-se que “o gênero é uma complexidade cuja totalidade é permanentemente protelada, jamais plenamente exibida em qualquer conjuntura considerada” (BUTLER, 2003, p. 37). Uma coalizão aberta, portanto, afirmaria identidades alternativamente instituídas e abandonadas,

segundo as propostas em curso; tratar-se-á de uma assembleia que permita múltiplas convergências e divergências, sem obediência a um *telos* normativo e definidor”. (BUTLER, 2003, p. 37)

## CONCLUSÃO

Não é difícil observar que, historicamente, a sociedade brasileira desenvolveu-se permeada por uma cultura patriarcal e machista, marcada pela participação assimétrica no poder e por uma relação hierarquizada, com papéis predeterminados para homens e mulheres desde o nascimento. Ao olhar para o passado, nota-se que, por muito tempo, negou-se às mulheres a possibilidade de se capacitar, de participar ativamente na vida pública e no mercado de trabalho.

Essa realidade refletia-se no direito positivo que, às escâncaras, assegurava aos homens a prática de condutas voltadas à manutenção da ordem social na vida pública e privada, qualificando-o como chefe da família, a quem tocava todas as decisões atinentes ao filho e à esposa que, por longuíssimo tempo, foi tida por relativamente incapaz.

Tal quadro social e jurídico acabava por fomentar e legitimar a prática de atos violentos em detrimento das mulheres que ousassem não se submeter às vontades e imposições de seus maridos. Nem se diga que se cuidava de questão apenas da intimidade familiar e não legitimada pelo direito. De fato, como se viu, era amplamente acolhida pela jurisprudência a tese da legítima defesa da honra, que em inúmeros casos assegurou a impunidade de homens que, sentindo-se aviltados, viram-se no direito de infligir sofrimento e até ceifar a vida de suas esposas.

Esse quadro de violência institucionalizada veio a ser reconhecido pelo legislador apenas no século XXI, com a edição da Lei n. 11.340/2006 que, com ineditismo, ainda que timidamente, passou a prever medidas de proteção especificamente destinadas a mulheres em situação de violência doméstica. Contudo, a timidez da lei, que deixou de prever especificamente qualquer tipo penal voltado à proteção exclusiva do gênero feminino, redundou na edição da chamada Lei do Feminicídio, que incluiu nova figura qualificada no tipo penal do homicídio.

Entretanto, diante da parca compreensão acerca das questões atinentes ao gênero, bem como do conservadorismo que é marca do Poder Legislativo nacional, passou-se a indagar acerca do alcance das mencionadas previsões legais. Nesse ponto, deve-se ter em mente a falta de reconhecimento da

transgeneridade, o que relega uma mulher *trans* no amparo do escopo protetivo dado à mulher no ordenamento jurídico. Aquele que tem o papel justamente de proteger e dar condições de uma vida digna, não deve ser aquele que edita leis pretensamente excludentes. A perfeita adequação e inserção de uma mulher *trans* ao universo feminino e sua condição de mulher por si só já justificam a sua proteção pela Lei do Feminicídio. Todavia, a manifestação da transfobia reclama uma atenção ainda maior, não devendo ser ânimo de exclusão.

Assim, resta ao intérprete lançar mão dos princípios hermenêuticos para, em última análise, dar às previsões legais o alcance que efetivamente têm. A multiplicidade das situações que se apresentam na realidade, contudo, exige, por vezes, o recurso a um ou outro tipo de interpretação para o correto enquadramento da conduta praticada.

De fato, para as vítimas mulheres transexuais que já tenham alterado seus prenomes e retificado o registro civil por força de provimento jurisdicional, basta uma interpretação gramatical para subsumir a conduta homicida contra elas praticada na figura qualificada do feminicídio. Por outro lado, relega-se a interpretação extensiva, tranquilamente admitida em Direito Penal, para aquelas vítimas que, embora com identidade de gênero e com expressão de gênero femininos, não tenham passado por cirurgia de redesignação de sexo ou buscado provimento jurisdicional para, juridicamente, serem consideradas do sexo feminino.

Em arremate, observa-se que há dívida histórica da sociedade para com o gênero feminino, em virtude de séculos marcados pela violência institucionalizada e pela negativa de direitos. Não se cogita, aqui, de ceifar direitos do agente criminoso ao enquadrar sua conduta homicida em uma figura qualificada, com pena mais elevada e marcada pela hediondez. Busca-se, ao reverso, trazer ao abrigo da lei pessoas que, para todos os efeitos sociais e jurídicos, pertencem ao gênero feminino e, por esse motivo, sofrem ainda mais como vítimas dessa cultura de violência de gênero pela proteção insuficiente e tratamento muitas vezes inadequado advindo do Estado.

## REFERÊNCIAS

BAKER, Milena Gordon. **A tutela da mulher no direito penal brasileiro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARSTED, Leila Linhares. **A Legislação civil sobre família no Brasil**. In: *As Mulheres e os Direitos Civis. Coletânea Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero*. Rio de Janeiro: Cepia, 1999.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960a.

\_\_\_\_\_. **O segundo sexo: a experiência vivida**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960b.

BECKER, Simone; MILIORINI, Michelly. **Contexto histórico e jurídico sobre os crimes passionais**. 2012.

BELLOQUE, Juliana; PANDJIARJIAN, Valéria; PIMENTAL, Silvia. **Legítima defesa da honra - ilegítima impunidade de assassinos - Um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina**. Disponível em [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/07/SILVIAPIMENTELetal\\_legitimadefesadahonra2006.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/07/SILVIAPIMENTELetal_legitimadefesadahonra2006.pdf) Acesso em 08 mar 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal – parte geral**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Direitos do homem em sociedade**. In *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 1998.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BRASIL. *Lei Nº 4.121, de 27 de agosto de 1961. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. Brasília, 1961. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm) Acesso em: 08 jun 2016.

COMPROMISSO E ATITUDE. **Dados Nacionais da Violência contra a Mulher**. Campanha Compromisso e Atitude. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contr-a-mulher/> Acesso em 01 out 2015.

DE MELLO, Marilia Montenegro Pessoa. **Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação penal brasileira**. In *Videre*, Dourados/MS, ano 2, n.3, p. 137-159, 2010. Disponível em <<http://docslide.com.br/documents/da-mulher-honesta-a-lei-com-nome-de-mu.html>> Acesso em 05 jun 2016.



DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. 2006. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/8985/violencia-domestica-e-as-uniões-homoafetivas>>. Acesso em 29 ago 2016.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus : casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves**. 3. ed. — São Paulo : Saraiva, 2007.

FLORES, Paulo R. M. Thompson. **Direito Civil - Parte Geral - das Pessoas, dos Bens e dos Fatos Jurídicos**. Brasília, Editora Gazeta Jurídica, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, v. I, 11. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, v. III, Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HUDLER, Daniel Jacomelli; TANNURI, Cláudia Aoun. **A aplicação da Lei Maria da Penha como forma de proteção as transexuais femininas: uma questão de gênero e dignidade**. In: Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, v. 12, Belo Horizonte. IBDFAM. 2015.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **Violência doméstica: fim da hierarquia familiar**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Brasília-DF. 2007. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2007/violencia-domestica-fim-da-hierarquia-familiar-promotor-de-justica-do-df-fausto-rodrigues-de-lima> Acesso em 04 set 2016.

LOPES, Fernanda *et al.* **Diversidades sexuais**. In: Adolescentes e Jovens para a Educação entre Pares - Saúde e prevenção nas Escolas. Ministério da Saúde. Brasília-DF. 2010. Disponível em: [http://unfpa.org.br/Arquivos/guia\\_diversidades.pdf](http://unfpa.org.br/Arquivos/guia_diversidades.pdf) Acesso em 04 set 2016

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 8.ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Aloisio Barbosa Calado. **Violência na família: Lei Maria da Penha**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10412](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10412)>. Acesso em 05 set 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**, 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gláucia Fontes de. **Violência de gênero e a lei Maria da Penha**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29209>>. Acesso em 04 set 2015.

PASINATO, Wânia. **Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil**. Cadernos Pagu nº 37, UNICAMP, 2011. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332011000200008&script=sci_arttext). Acesso em 04 set 2016.

PERES, Victoria A. F; FIOL, Esperanza B. **Violencia de género y misoginia: reflexiones psicosociales sobre un posible factor explicativo**. Departamento de Psicología de la Universitat de les Illes Balears. 2001. Disponível em <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=815> Acesso em 18 set 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil> Acesso em 04 set 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 1, 7. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf> Acesso em 04 set 2015.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

CUNHA, Rogério Sancher; BATISTA PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo**, 6. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCOTT, Joan. **Gender: a useful category of historical analyses**. In: Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989.