XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

MARCOS ALVES DA SILVA

SILVANA BELINE TAVARES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

G326
Gênero, sexualidades e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Marcos Alves Da Silva, Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-344-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Gênero. 3. Sexualidades. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

O Grupo temático "Gênero, direito e sexualidade I" ao iniciar suas atividades, celebra sua organização com esta publicação inaugural, veículo de divulgação dos trabalhos apresentados no XXV Congresso do CONPEDI em Curitiba de 07 a 10 de dezembro de 2016. Longos caminhos foram trilhados até sua concretização e, portanto cabe agradecimentos aos que sonharam juntos. Professora Cecilia Caballero e Professor Renato Duro estiveram juntos com a gente nesta trajetória – nossos sinceros agradecimentos com a certeza de que continuaremos na busca pelos direitos humanos das mulheres e de pessoas e grupos sexualmente discriminados.

Juntamente com o orgulho de se concretizar a primeira publicação deste Grupo temático está também o desafio de nos mantermos atentas e atentos com as discussões sobre Gênero e sexualidade, os temas que mobilizam os movimentos e a necessidade de se pensar as articulações com o Direito em tempos de extrema vulnerabilidade. Não se pode esquecer: há uma ameaça extremamente específica nas propostas políticas atuais – a perda de direitos das mulheres e da população LGBTTTI.

Os trabalhos apresentados trazem reflexões teóricas e dados apresentados sobre múltiplas questões que contemplam relações entre gênero, sexo e direito.

No trabalho "A sociedade da informação seus reflexos na objetificação da mulher" Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz e Robison Tramontina abordam a objetificação da mulher e sua relação com o desenvolvimento da sociedade da informação.

Anais Eulalio Brasileiro e Milena Barbosa De Melo em "Agressores na violência doméstica: um estudo do perfil sociojurídico" apresentam o perfil dos agressores de violência contra a mulher sob um aspecto sociojurídico, tendo como material de base os registros arquivados na Delegacia da Mulher de Campina Grande (PB).

Rossana Marina De Seta Fisciletti e Daniel Navarro Puerari em "Alteração do prenome: Direito de personalidade dos transexuais" discutem sobre a possibilidade de alteração do prenome permitida em diversas circunstâncias, mas sobretudo quando se trata do direito de transexuais, ressaltando o posicionamento de alguns tribunais que trazem a possibilidade da modificação do prenome, mesmo sem a cirurgia de redesignação sexual.

Em “Desafios da homoafetividade: uma breve aproximação da cultura LGBTTT com as garantias constitucionais e as formas de cidadania” Welington Oliveira de Souza Costa e Ynes Da Silva Félix discutem sobre a homoafetividade e seu reconhecimento em sociedade como família, não apenas com respaldo no ordenamento pátrio, mas pelo exercício da cidadania insurgente da população LGBTTT.

Marjorie Evelyn Maranhão Silva Matos em “Diálogo das fontes e racionalidade jurídica: um olhar a proteção horizontal dos direitos das mulheres” faz uma análise sobre a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes no Brasil e sua possibilidade de contribuir para a proteção dos direitos das mulheres.

O trabalho “Direito e categorias sexuais: a ratificação de uma dominação, à luz da teoria de Judith Butler” de Thiago Augusto Galeão De Azevedo traz reflexões sobre as possíveis contradições e insuficiências inerentes à luta política e tutela jurídica com base em categorias sexuais, à luz das considerações da Teoria Queer, a partir dos conceitos de performatividade e performance elaborados por Judith Butler.

Clarissa Ribeiro Vicente em “Direito e Gênero: críticas epistemológicas a partir da perspectiva feminista ao ideal da imparcialidade nas decisões judiciais” apresenta uma crítica, a partir da perspectiva feminista, sobre a imparcialidade que se espera dos juízes em suas decisões, apontando pressupostos epistemológicos que fundamentam a pretensão a partir de um ponto de vista universal e distanciado, bem como a relação das dicotomias mente /corpo, masculino/ feminino e público/privado com tais pressupostos.

Em “Medidas protetivas de urgência e violência contra a mulher: uma analise da aplicação da Lei Maria da Penha no juizado de violência domestica e familiar de Niterói” Rodrigo De Souza Costa e Marcia Nina Bernardes analisam as medidas protetivas de urgência referente a Lei 11.340/2006 e sua aplicação. Para tanto utilizaram dados estatísticos de 41 procedimentos do Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, processados entre os anos de 2013 e 2014.

Anne Caroline Primo Ávila e Erica Cristina Cintra em “Mulheres transexuais como vitimas de feminicídio: (In)aplicabilidade” discutem sobre a possibilidade de aplicação da qualificadora do feminicídio também às mulheres transexuais, partindo da conceituação de mulher, através da dicotomia sexo biológico e identidade de gênero.

No trabalho “O transexual e o direito de acesso ao mercado de trabalho: do preconceito à ausência de oportunidades”, Muriana Carrilho Bernardineli e Jossiani Augusta Honório Dias intencionam relacionar a diversidade sexual e de gênero, com ênfase ao transexual e seu acesso ao mercado de trabalho.

Thiago de Almeida Sousa e Ana Flávia Costa Eccard em “O uso do nome social na academia” fazem uma análise sobre o uso do nome social das pessoas transexuais no ambiente acadêmico, ressaltando o referido como patrimônio afeto à dignidade humana. Elaboram a análise da problemática a partir dos tribunais superiores e do projeto de lei de autoria dos Deputados Jean Wylys e Erika Konkay.

Em “Ocupações por gênero no mercado de trabalho brasileiro: observações nas principais tendências sinalizadas pelo ministério do trabalho e emprego” Rubia Silene Alegre Ferreira e Marklea da Cunha Ferst Identificaram a demanda por empregos da população feminina acompanhando a evolução da masculina em diversos setores como comércio e serviços. A partir de um enfoque econômico fazem uma análise da evolução do emprego formal no Brasil nos últimos anos, a partir dos dados do Ministério do Trabalho e Emprego, no período 1995 a 2014.

Thiago Lima Carneiro em seu trabalho “Paradigmas da união homoafetiva no Brasil: entre o reconhecimento de direitos e a reafirmação da discriminação” faz uma análise sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar no Brasil, a fim de demonstrar a existência de uma possível institucionalização da discriminação no país, tendo por fundamento principalmente as lições de Michel Foucault e Pierre Bourdieu.

“Reconstrução da heteronormatividade e o direito à identidade de gênero” trabalho de Tatiana Fortes Litwinski traz para a análise a necessidade da (des)construção dos discursos heteronormativos, tendo como alvo o rompimento da construção binária homem-mulher, com o fito de proporcionar a efetivação do direito à identidade de gênero tendo como aporte teórico os fundamentos contidos nos escritos de Judith Butler, bem como Michel Foucault.

Juliana Vital Rosendo e Grasielle Borges Vieira De Carvalho em “Reflexões sobre a rede de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil: quais desafios persistem?” analisam de que forma foi estruturada a rede de enfrentamento à violência contra a mulher desde a promulgação da Lei Maria da Penha, em 2006 e ressaltam a importância e necessidade do mapeamento da referida rede, no Brasil e, em especial, no estado de Sergipe.

A partir do trabalho “Retificação de registro civil de transexual sob o viés da aplicação da teoria de Alexy” Mariana Tamara de Lima Oliveira e Letícia da Silva Almeida têm por objetivo analisar o direito ao nome e suas possibilidades de alteração, bem como avaliar o tratamento legal dispensado ao transsexual e a possibilidade da alteração do nome no Registro Civil de Pessoas Naturais, e o princípio da imutabilidade. Com base em Alexy e nos princípios constitucionais discutiram a justificação concessiva, em atenção aos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

E, finalmente, Brunna Rabelo Santiago e Mauricio Gonçalves Saliba em “Trabalho duplicado, direitos divididos: a infringência aos direitos humanos das mulheres na divisão sexual do trabalho” procuram analisar a relação existente entre o empoderamento feminino e as possibilidades de efetividade dos direitos humanos das mulheres, bem como analisar os entraves contemporâneos à efetividade desse empoderamento a partir das obras de Sarlet e Cisne.

Prof. Dr. Marcos Alves Da Silva - UNICURITIBA

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares - UFG

MULHERES TRANSEXUAIS COMO VÍTIMAS DE FEMINICÍDIO: (IN) APLICABILIDADE

DONNE TRANSESSUALI COME VITTIME DI FEMMINICIDIO: (IN) APPLICABILITÀ

Anne Caroline Primo Avila [1]
Erica Cristina Cintra [2]

Resumo

Cuida o presente trabalho da possibilidade de aplicação da qualificadora do feminicídio também às mulheres transexuais, uma vez que, embora nascidas com o sexo biológico masculino, assim não se identificam. Para tanto, a análise, partirá da conceituação de mulher, através da dicotomia sexo biológico e identidade de gênero, bem como se apresenta a mulher transexual. Em seguida, serão abordadas as definições de feminicídio e a abrangência que o Código Penal estabelece, e suas consequências jurídicas. Nesse mesmo contexto, serão estabelecidos os vínculos entre o feminicídio e a aplicação ou não às mulheres transexuais, de acordo com o Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Identidade de gênero, Transexualidade, Feminicídio

Abstract/Resumen/Résumé

Prendersi parlare in questo studio dela possibilità di applicare il femminicidio anche agli transessuali, come se nato con il sesso biologico maschile, in modo da non identificare con lo stesso. Pertanto, l'analisi partirà dalla concettualizzazione della donna (il sesso biologico e l'identità di genere), così com'è una donna transessuale . Poi le definizioni femminicidio e la portata saranno affrontati che il codice penale prevede, e le sue conseguenze legali. Nello stesso contesto, i legami tra femminicidio e l'applicazione o meno di transessuali donne , secondo la legge brasiliana sarà stabilito.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Identità di genere, Transessualità, Femminicidio

[1] Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Advogada militante.

[2] Pós graduada em Direito da Comunicação Digital pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Oficial de Promotoria no Ministério Público do Estado de São Paulo.

1 Introdução

Desde o início dos tempos a mulher sofre opressão e tem seus direitos reduzidos e violados por não ser reconhecida a sua condição de sujeito de direito. Inúmeras foram as passagens históricas em que a mesma se via em condição de submissão e inferioridade, tendo até mesmo sua capacidade subjugada e sendo impedida de assumir a responsabilidade por sua própria vida e escolhas. Com o passar dos anos inúmeras lutas foram sendo travadas e através dos movimentos sociais, de cunho emancipatório, as mulheres foram conquistando o seu espaço e seus direitos.

Para Maria Amélia de Almeida Teles (1993, p.), falar da mulher é "assumir a postura incômoda de se indignar com o fenômeno histórico em que metade da humanidade se viu milenarmente excluída nas diferentes sociedades, no decorrer dos tempos". Assim, a mulher que por muitos anos foi excluída não só dos espaços de poder, como também da sua condição de ser humano e cidadã, tem em sua trajetória uma marca milenar de exploração e violação de direitos.

Dentro do contexto dos movimentos sociais, que como citado, foram os grandes responsáveis pelas principais modificações na redefinição do papel da mulher como indivíduo e como ser social, é preciso destacar que a violência de gênero foi uma das pautas de maior destaque. Na década de 1980, mulheres foram às ruas para exigir o direito de viver sem violência. Àquela época, diversos foram os casos de homicídios de mulheres em que os companheiros se viam impunes pela postergação dos processos através de recursos, pela inexistência de uma lei específica que tratasse da violência doméstica contra a mulher e principalmente pela maneira que a mulher ainda era vista.

As demais agressões domésticas também não ganhavam visibilidade, visto que as mulheres vítimas não denunciavam ou quando o faziam, sofriam a hoje chamada violência institucional, pelo tratamento que recebiam nas delegacias. Em muitos dos casos, os homicídios de mulheres terminavam em absolvição, sob argumento de legítima defesa da honra. A mulher que já havia sido vitimizada pelo seu companheiro, passava a ser vitimizada também pelo resto da sociedade e seu agressor ficava impune.

Temos no Brasil, o caso emblemático de Maria da Penha Fernandes, que após sofrer inúmeras agressões do seu cônjuge, inclusive uma tentativa de homicídio que a deixou

paraplégica, acompanhando a impunidade do seu agressor, decidiu denunciar o Brasil. O Caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e resultou em recomendações admitindo a responsabilidade do Brasil na impunidade do agressor de Maria da Penha, derivou a Lei n. 11.340 de 2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Apesar de a Lei ser um grande avanço e ter reduzido consideravelmente os números da violência contra a mulher no ambiente doméstico, os números de vítimas ainda são consideráveis, como podemos notar:

> A cada dois minutos, cinco mulheres são espancadas no País, de acordo com pesquisa realizada em 25 estados, em 2010. No levantamento, constatou-se que 11,5 milhões de mulheres já sofreram tapas e empurrões e 9,3 milhões sofreram ameaças de surra. No entanto, as agressões diminuíram entre 2001 e 2010. Anteriormente, oito mulheres eram agredidas a cada dois minutos. Um dos motivos para essa diminuição foi a elaboração da Lei Maria da Penha (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004, que garante proteção legal e policial às vitimas de agressão doméstica. Qualquer pessoa pode comunicar a agressão sofrida por uma mulher à polícia, a despeito da vontade da mulher em fazê-lo. (BRASILEIRAS LUTAM...).

Após a Promulgação da Lei Maria da Penha, outro importante avanço foi a inclusão do inciso VI ao artigo 121 do Código Penal, que trata do feminicídio, que é o homicídio praticado contra mulheres pelo fato de serem mulheres. O crime de feminicidio nada mais é do que o homicídio qualificado, passando a apresentar uma pena mais grave (doze a trinta anos).

No entanto, a grande problemática aqui trazida é a possibilidade ou não da aplicação do crime de feminicídio se estender às mulheres transexuais. O entendido acerca da transexualidade concerne na não identificação do indivíduo com seu sexo biológico, mas com o sexo oposto. Existe ampla divergência no que tange a definição da transexualidade no que diz respeito à definição, em suma é a não identificação com o sexo de nascimento, sendo percebida pela medicina como uma patologia, uma doença mental e em contrapartida, é vista pelos estudiosos das ciências sociais como uma construção identitária particular, que faz com que o indivíduo se veja como ser social do outro gênero.

Para a análise, será abordada a letra da Lei (art. 121, Código Penal) em consonância com a doutrina Brasileira. Serão corroboradas as possíveis intenções do legislador e em que situações o tipo penal pode ser visto como aberto e se há a possibilidade de analogia como ocorreram em muitos casos com a aplicação da Lei Maria da Penha. Muito enriqueceria a pesquisa a utilização da jurisprudência, no entanto, por ser tema recente, ainda não existem

jurisprudências sobre a temática que gerou tanto debate quando da promulgação da lei do feminicídio.

Desse modo, os objetivos gerais da presente pesquisa são expressamente dialogar brevemente com algumas teorias feministas para compreender o conceito de mulher e dentro desse debate poder localizar a mulher transexual e como a mesma se enxerga como ser social, ressaltando ainda a estigmatização que acompanha o gênero feminino e a duplicação dessa estigmatização quando aborda-se a questão da transexualidade.

Como objetivo específico têm-se a análise específica da qualificadora do feminicídio às vítimas transexuais, destacando a aplicação ou não da qualificadora nos casos em que as vítimas não possuem o sexo biológico feminino, mas se identificam com o gênero. Quais as implicações que o entendimento doutrinário acarretam na redução e repressão à violência de gênero.

A presente pesquisa será desenvolvida através do instrumento metodológico de revisão bibliográfica, utilizando-se também o método Dedutivo, com o qual partindo de conteúdos gerais será possível chegar a uma compreensão particular, ou seja, através da análise da legislação específica vigente (Código Penal e Lei Maria da Penha), será observada a possibilidade de aplicar o dispositivo do feminicídio à situação específica, que é o caso dos homicídios de mulheres transexuais.

Em conjunto, faremos uso também do método Dialético, o qual através do diálogo entre os conceitos e posições possibilitará compreender qual a melhor teoria a ser aplicada ao tema em questão, sem ferir princípios básicos do direito penal e objetivando alcançar com mais proximidade os objetivos do legislador. O diálogo permitirá a análise cuidadosa do tema, na observância dos prós e contras, bem como as implicações da interpretação extensiva da legislação no contexto da situação-problema.

2 Mulher: sexo biológico *versus* identidade de gênero

O conceito de mulher é extremamente abrangente, pois além de sua definição não ser unívoca, a análise dependerá de inúmeros fatores e referenciais, sejam eles temporais ou até

mesmo sociais. Na presente pesquisa, há a necessidade de se discutir primariamente o conceito de mulher, assim como o conceito de transexualidade, para então compreender a quais vítimas o crime de feminicídio alcança no Direito Brasileiro.

Baseando-se em estudos de Gayle Rubin e Joan Scott sobre o feminismo e gênero, Marlise Matos afirma:

> É certo e já estabelecido que gênero, como um conceito, surgiu em meados dos anos 70 e disseminou-se instantaneamente nas ciências a partir dos anos 80. Tal reformulação surgiu com o intuito de distinguir e separar o sexo – categoria analítica marcada pela biologia e por uma abordagem essencializante da natureza ancorada no biológico – do gênero, dimensão esta que enfatiza traços de construção histórica, social e sobretudo política que implicaria análise racional. (MATOS, 2008, p. 336).

Os estudos de gênero iniciaram com o objetivo de distinguir inicialmente os conceitos de sexo e gênero que até então eram entendidos como sinônimos. Assim, para que um indivíduo fosse mulher, necessário era ter nascido com a genitália feminina e apresentar características femininas, mas sendo determinante para a condição de mulher, ter nascido com vagina (determinismo pelo sexo biológico). Com o passar dos anos e os novos estudos, outros padrões foram sendo criados e os antigos questionados, desse modo as categorias de homem-masculino, bem como de mulher-feminino, foram sendo reformuladas e desconstruídas. (MATOS, 2008, p. 337). Essa desconstrução passou a admitir que nem sempre o feminino seria vinculado à uma mulher (pelo conceito biológico), mas que mulher poderia estar vinculado à essência do ser feminina, à construção propriamente dita do gênero feminino.

A filósofa Judith Butler (2008. p. 17-18), em seu livro *Problemas de gênero*, ao tratar da mulher como sujeito do feminismo, expõe:

> Em sua essência, a teoria feminista tem presumido que existe uma identidade definida, compreendida pela categoria de mulheres, que não só deflagra os interesses e objetivos feministas no interior de seu próprio discurso, mas constitui o sujeito mesmo em nome de quem a representação política é almejada.

Para Butler, o feminismo em si ao abranger a categoria das mulheres, as coloca como sujeito político e social capaz de promover mudanças no seu campo de atuação. Em complementação, Ingrid Cyfer, citando a filósofa afirma que na mesma obra em que abrange o problema teórico do conceito de mulher na teoria e nos movimentos feministas, a autora diz que o feminismo problematizou pouco esse conceito, colocando-o em uma zona de universalidade (BUTLER apud CYFER, 2015. p. 44).

Nesse sentido, nota-se que a conceituação do termo mulher realmente é algo de difícil definição e de ampla divergência, pois por mais que se falasse na condição da mulher e

nas violações de direitos que sofria, o campo de pesquisa se tornava amplo e universal, sem realmente estabelecer quem era o objeto de análise, ou seja, quem se enquadraria no conceito de mulher.

Contextualizando, a filósofa francesa Simone de Beauvoir defendia incialmente teorias que abraçavam o determinismo biológico, afirmando que o corpo aprisionava a mulher em suas funções biológicas. Nesse sentido, talvez se reforce que à mulher, se atribuiria a condição biológica, definindo como mulher, somente quem nasce com o sexo feminino. Contraditoriamente, ficou reconhecida também pela frase “não se nasce mulher, torna-se mulher” (CYFER, 2015. p. 61), o que coloca a definição de mulher, não derivada das suas condições biológicas, mas sociais, culturais, etc.

Se para algumas autoras o conceito de mulher se localiza no campo do sexo biológico e para outras no campo da construção da identidade social (de gênero), a mulher transexual, se encaixaria primariamente na construção social da identidade de gênero. Igualmente conflituoso conceito de mulher, se faz o reconhecimento da transexual, pois inúmeras são as abordagens de quem seria o transexual e como explicar a transexualidade.

Para o Conselho Federal de Medicina, transexual é o “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA). A questão da transexualidade é tratada no Brasil como uma patologia, em que a previsão se dá através da Resolução CFM nº 1.955 /2010. A referida Resolução, em seu artigo 3°, estabelece como critérios de definição do transexual o desconforto com o sexo natural, desejo em eliminar as genitálias e adotar características do sexo oposto, permanência desses “distúrbios” por pelo menos dois anos e ausência de “outros transtornos mentais” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA).

A doutrina civilista também trata do assunto, no que faz referência a condição do transexual e os direitos da personalidade. Maria Helena Diniz (2006, p. 966) afirma que “o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou autoextermínio”. Sendo o transexual aquele que não se identifica com o sexo biológico, passa a assumir uma identidade de gênero diferente do seu sexo biológico.

Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 38), aduz:

> O século tem sido marcado por um problema que envolve comportamento sexual, indagações jurídicas, moralidade pública, tolerância ou aceitação pelos meios sociais, participação da mídia, e discussão científica. Trata-se dos denominados "desvios sexuais", cuja apreciação tem cabimento aqui, por atingir os direitos da personalidade. Há um desencontro entre o sexo biológico e o sexo registral, gerando três tipos de comportamentos: homossexualismo, bissexualismo e transexualismo.

Nesse sentido, observamos que esta é uma questão atual e não pode ficar à margem da lei, por dissociar de condições biológicas, pois o direito abrange as mutações sociais e as necessidades que vão surgindo com o tempo. Há, contudo, muito debate acerca da conceituação de transexualidade, tendo em vista que a inclusão do transexual no rol das patologias fere a identidade do indivíduo e é bastante criticada por outros ramos do conhecimento, como é o caso da ciências sociais, por exemplo.

Berenice Bento (2012, p.18) ao tratar da transexualidade afirma que essa é uma experiência de identidade, em que ocorre o conflito com relação às normas de gênero. A mesma autora, baseando-se nos estudos de Judith Butler (apud BENTO, 2012, p.20) afirma:

> As/os travestis, os transgêneros, as *drag queens*, os *drag kings* são exemplos que desfazem a relação simplicista vagina-feminino e pênis-masculino. Transexualidade, travestilidade, transgênero são expressões identitárias que revelam divergências com as normas de gênero uma vez que estas são fundadas no dimorfismo, na heterossexualidade e nas idealizações. As normas de gênero definirão o considerado "real", delimitando o campo no qual se pode conferir humanidade aos corpos.

Assim, a transexualidade nada mais é do que a construção de uma nova identidade, rompendo com os conceitos pré-estabelecidos de homem-mulher e masculino-feminino, adotando para cada ser humano uma identidade particular, que melhor lhe define. Essa ideia se contrapõe diretamente com os conceitos anteriores apresentados e estabelecidos pelo Conselho de Medicina.

Por entender que a identidade de gênero se baseia na construção social e particular do indivíduo, optar-se-á nesse trabalho pela adoção do termo mulher com base na construção do gênero e não pelo sexo biológico, assim como o termo transexual será adota também no sentido da construção identitária, excluindo-se para análise do objeto principal a visão do mesmo como patológico.

3 Feminicídio no Direito Brasileiro

Seguindo os notórios avanços trazidos pela Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) no tocante às circunstâncias de violência doméstica e familiar contra a mulher, trata-se o feminicídio de nova qualificadora do crime de homicídio e ressalta a importância do destaque conferido à questão, inclusive com novas causas de aumento previstas e sua inclusão no rol dos crimes hediondos trazidos pela Lei n° 8.072/90.

Rogério Sanches da Cunha, sobre a inovação, aponta:

> A Lei n° 13.104/15 inseriu o inciso VI para incluir no art. 121 o feminicídio, entendido como a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (leia-se, violência de gênero quanto ao sexo). A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. (CUNHA, 2016a, p. 349)

Imperiosa, assim, a análise da Lei 13.104/15, mormente seu projeto inicial e alterações posteriores que levaram à sua promulgação tal qual vige atualmente. Dessa forma, após a publicação da mencionada lei, aos 10 de março de 2015, passou o crime de homicídio a contar com a nova circunstância qualificadora, prevista no inciso VI do art. 121, CP, em que o homicídio praticado contra mulher *por razões do sexo feminino*, passaria a receber pena de reclusão entre doze e trinta anos. (BRASIL, 2015).

A lei n° 13.104/15 contou ainda com a previsão de novas causas de aumento ligadas à qualificadora do feminicídio, em que a pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado durante a gestação ou nos três meses após o parto; contra pessoa menor de quatorze, maior de sessenta anos ou com deficiência; ou ainda na presença de ascendente ou descendente da vítima. As causas de aumento trazidas pela lei são também passíveis de complementação, buscando-se conceitos em leis esparsas, bem como interpretando-se com base no próprio Código Penal, com relação às causas de aumento preexistentes. Fica expressa a preocupação do legislador em proteger a mulher, sobretudo em condições que lhe coloquem em situação de vulnerabilidade.

Em referência ao termo *por razões do sexo feminino*, no que diz respeito às mulheres transexuais, adentra-se, inicialmente, em pensamento consolidado nos dizeres de Ela Wiecko Castilho (2015, p. 4-5):

> Na Câmara dos Deputados a cláusula definidora do feminicídio: “razões de gênero” foi substituída por “razões de condição de sexo feminino”. A substituição foi qualificada como emenda de redação, para justificar a não devolução do projeto à Câmara. Mas bem sabemos que não se trata de mera emenda de redação, pois visou restringir a aplicabilidade do feminicídio a transexuais mulheres. Ademais, a palavra

> gênero é perigosa, pois subverte a ordem, dita da natureza, do binarismo sexual de machos e fêmeas.

Como se vê, a lei em comento foi sancionada com a expressão “razões de condição de sexo feminino”, embora originalmente o projeto contasse com a expressão “razões de gênero”, que veio a ser substituída no Congresso. Ainda sobre a expressão “razões de condição de sexo feminino”, verifica-se que a própria lei enumera as situações que se encaixam em tal conceito, em seu § 2°: “I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (BRASIL, 2015).

Explicando tais conceitos, Rogério Sanches aponta:

> O conceito de violência doméstica e familiar (inciso I) é obtido no art. 5° da Lei 11.340/06, isto é, assim se considera qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause a morte da mulher: a) no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; b) 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; c) em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Trata-se, portanto, de norma penal em branco imprópria heterovitelina.
> No inciso II, que trata do menosprezo e da discriminação à condição de mulher, o tipo se torna aberto, pois compete ao julgador estabelecer, diante do caso concreto, se o homicídio teve como móvel a diminuição da condição feminina. Ao contrário do inciso I, não há nada, senão as circunstâncias do fato, em que seja possível se escorar para verificar se a qualificadora se caracterizou. (CUNHA, 2016b. p. 64)

Cabe aqui ressaltar que o texto da Lei Maria da Penha não prevê crimes, mas situações que agravam a pena dos crimes cometidos contra a mulher em circunstâncias de violência doméstica e familiar. Nestes casos, é irrelevante o sexo, identidade de gênero ou opção sexual do sujeito ativo dos crimes contra a mulher. No tocante ao sujeito passivo, em que pese a lei se destinar notoriamente à mulher e, tecnicamente, à mulher em sentido estritamente biológico, as decisões dos tribunais têm se adequado a uma realidade onde a mulher transexual é também destinatária da norma, sem distinções, havendo inclusive decisões no sentido de que a lei se aplicaria também ao homem em situação de vulnerabilidade.

Exemplificativamente, cita-se a Lei Maria da Penha que foi objeto da Ação Direta de Constitucionalidade n° 19, ajuizada pela Presidência da República e teve reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal a sua validade em virtude da garantia de igualdade às mulheres, como podemos notar:

> VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI N° 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1° da Lei n° 11.340/06

> surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. (ADC, 2014).

Os Tribunais vêm entendendo pela aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de vítimas transexuais. Recentemente, pela 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento de Mandado de Segurança (2015) impetrado por mulher transexual, garantindo-se a aplicação de medidas protetivas da Lei em interpretação extensiva da norma.

No entanto, a discussão foco desta pesquisa, que consiste na possibilidade de aplicação da qualificadora de feminicídio às mulheres transexuais, é possível observar que a doutrina vem entendendo de duas maneiras. O "feminicídio" que não apenas se relaciona ao homicídio praticado contra pessoa do sexo feminino, mas também envolve necessariamente situação violência doméstica ou de menosprezo à condição do sexo feminino, caracteriza-se pelo ideário de que a baixeza e subserviência da pessoa são inerentes à sua condição de gênero feminino, sendo por isso a figura feminina submetida a constantes situações de violência em razão do gênero feminino.

O primeiro entendimento, qual seja, mais conservador, entende que pela transexual não ser mulher biologicamente, não pode ser abrangida pelo crime de feminicídio. O segundo, entretanto, proveniente de uma corrente mais moderna, entende que desde que as pessoas transexuais tenham sido submetidas à cirurgia e modificação de registros civis, será abarcada pela lei do feminicídio. (CUNHA, 2016b, p. 65).

No entendimento de Rogério Sanches Cunha (2016b, p. 65-66), a mulher que a qualificadora aborda é aquela reconhecida juridicamente. Nesse sentido expressa:

> A nosso ver, a *mulher* de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher. A proteção especial não se estende, todavia, ao travesti, que não pode ser identificado como pessoa do gênero feminino. Se a Lei Maria da Penha tem sido interpretada extensivamente para que sua rede de proteção se estenda à pessoa que, embora não seja juridicamente reconhecida como mulher, assim se identifique, devemos lembrar que a norma em estudo tem natureza penal, e a extração de seu significado deve ser balizada pela regra de que é vedada a analogia *in malam partem.* E, ao contrário do que ocorre com outras qualificadoras do homicídio em que se admite a interpretação analógica, neste caso não se utiliza a mesma fórmula, nem há espaço para interpretação extensiva, pois não é o caso de ampliar o significado de uma expressão para que se alcance o real significado da norma. *Mulher,* portanto, para os efeitos

> penais desta qualificadora, é o ser humano do gênero feminino. A simples identidade de gênero não tem relevância para que se caracterize a qualificadora. [1]

O autor entende que nos casos em que a transexual não for legalmente mulher não seria possível aplicar a qualificadora, pois a interpretação extensiva seria em *in malam partem*, ferindo princípio do processo penal em que não é admissível interpretação prejudicial à condição do réu. Portanto, nos casos em que a vítima não é mulher pela concepção biológica, não recebe a proteção da Lei, ficando mais uma vez em condição de vulnerabilidade.

Rogério Greco, citando Jeferson Botelho Pereira, expõe que "Diante das recentes decisões da Lei nº 11.40/2006, em relação à Lei Maria da Penha, em especial o TJGO, acredito que o transexual pode figurar como autor ou vítima do delito de feminicídio". O mesmo autor citando Francisco Dirceu Barros, afirma que no entendimento daquele não é possível a aplicação do feminicídio mesmo à transexual submetida à cirurgia de mudança de sexo, pois não há alteração da concepção genética ou cromossômica.

Já no entendimento de Rogério Greco, o único critério que pode ser o definidor na aplicabilidade ou não da qualificadora é o critério jurídico: "somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio". Esse é o mesmo entendimento de Rogério Sanches já elencado anteriormente. Assim, a vítima que nascida com o sexo masculino, tenha iniciado processo de mudança de sexo com deferimento e posterior alteração no registro civil, pode ser abarcada pelo alteração legislativa em foco.

Assim, conforme todo o exposto, predominantemente caberá a aplicação da qualificadora de feminicídio nos casos em que a vítima for mulher transexual na acepção legal, ou seja, aquela que após ingressar com ação judicial, obteve autorização e realizou a alteração do seu registro civil, tendo sido também submetida à cirurgia de mudança de sexo. Não há que se falar de jurisprudência pacificada sobre a questão, pois por ser ainda um tema recente não existem decisões nesse sentido.

[1] Cunha (2016b, p. 65-66) explica: "A doutrina aponta alguns critérios para definir o que se pode considerar mulher para os efeitos desta qualificadora: a) psicológico: o indivíduo nasce do sexo masculino, mas, psicologicamente, não aceita esta condição e se identifica com o sexo oposto. É o que move os transexuais a buscar a o procedimento de reversão genital; b) biológico: identifica-se a mulher por sua constituição genética e suas implicações físicas externas; c) jurídico: para este critério, é mulher quem é assim reconhecido juridicamente, ou seja, quem exibe em seu registro civil identidade do gênero feminino, ainda que não tenha nascido nesta condição, nem exiba as características próprias do sexo feminino. É o que normalmente ocorre com os transexuais, que, após a reversão, buscam também alterar seu registro civil".

4 Conclusão

O direito é produto das relações sociais que estão sempre em constante movimento, ou seja, primeiro se tem o fato e em seguida vem o direito regulamentar. Pelo movimento que acompanha as relações sociais, pouco a pouco o direito vai tentando acompanhá-lo. É por isso que a sua aplicação não pode ficar vinculada exclusivamente ao texto legal, para tanto são utilizadas inúmeras outras fontes, como é o caso da analogia, jurisprudência, doutrina, entre outros.

Por ser o direito produção legal baseada nos fatos sociais que carecem de regulamentação e uma ação do Estado, é possível afirmar que no que diz respeito ao combate da violência de gênero, inúmeras foram as conquistas, sendo todas resultados das reivindicações apresentadas por movimentos sociais, a partir dos fatos concretos. Assim, foram necessários vários anos de lutas por esses movimentos sociais, para que só assim, essa proteção alcançasse ao menos o patamar legal. A efetividade ainda enfrenta diversos obstáculos, mas a legislação – Lei Maria da Penha – tem contribuído para os avanços nesse sentido, mesmo que aos poucos.

Por ser o feminicídio uma forma de violência contra a mulher, não abarcada pela Lei Maria da Penha, mas inserida como qualificadora do tipo penal de homicídio no Código Penal, com a finalidade de coibir a violência contra mulheres por serem mulheres. Dada a estigmatização que acompanha a mulher (gênero feminino) por toda a história, seu reconhecimento como sujeito de direito só ganhou visibilidade a partir das pautas levantadas pelos movimentos citados.

No entanto, a violência ainda é latente e a reprodução de conceitos machistas e patriarcais são os grandes responsáveis pela perpetuação dessa violência. A mulher que pode ser definida por alguns autores como aquela que nasce com o sexo biológico como predeterminado, e para outros como aquela que construiu sua identidade a partir do seu individualismo e sua identificação subjetiva, ou seja, aquela que se identifica mulher através do gênero.

Quando se fala de mulheres transexuais, a estigmatização é ainda maior, pois além de ser acompanhada pelo gênero feminino que já possui o estigma de inferioridade, a questão de não se identificar com o sexo biológico a insere em uma posição de dupla violação de direitos,

pelo desrespeito à sua condição por parte dos reprodutores de conceitos machistas e misóginos. A violência de gênero atinge diretamente a mulher transexual, atingindo a sua liberdade de escolha, de identidade e dignidade. É nesse sentido que entendeu-se pela necessidade do estudo do tema transexualidade e feminicídio.

No entanto, ao estudar o tipo penal, foi possível detectar que quando o inciso VI do artigo 121, CP traz a qualificadora, ao fazer menção do homicídio contra as mulheres por serem mulheres, utilizou o termo "por razões da condição do sexo feminino", o que leva à ideia da aplicação somente à mulheres assim definidas pelo sexo biológico, excluindo portanto as mulheres transexuais. O Código Penal que deveria então proteger todas aquelas mulheres que se veem em condição de vulnerabilidade, como bem faz a Lei Maria da Penha, excluiria do seu rol, as mulheres transexuais.

No entanto, como retro mencionado, a lei por si só não é capaz de produzir o direito, sendo necessárias outras fontes, como é o caso da doutrina que foi exaustivamente utilizada nessa interpretação legal na construção da presente pesquisa. Nota-se que a doutrina brasileira diverge bastante no que diz respeito à aplicação do feminicídio aos casos que vitimam mulheres transexuais. Inicialmente, a doutrina penalista destaca posições em que situam a mulher em três critérios, quais sejam, biológico, psicológico e jurídico.

Dessa forma, entendemos que é perfeitamente aplicável o feminicídio às mulheres transexuais mortas em razão da condição do sexo feminino.

Vimos também, que à luz da Constituição Federal e seus princípios norteadores, como igualdade, legalidade e dignidade da pessoa humana reforçam essa adequação, possibilitando à mulher transexual um amparo legal que garanta justiça à sua condição e ao seu gênero feminino.

Alguns penalistas entendem que não cabe em hipótese alguma a aplicação do feminicídio às mulheres transexuais por não serem mulheres biologicamente, mesmo aquelas que foram submetidas à cirurgia de mudança de sexo, pois afirmam que ainda são biologicamente homens. Entende-se aqui que essa seria uma interpretação literal do texto legal, como a hipótese mencionada anteriormente, mas que não se atenta para o objetivo principal do tipo penal que é proteger mulheres em situação de vulnerabilidade.

O critério psicológico aduz à aplicação do feminicídio às mulheres transexuais, independente de cirurgia. A própria construção da identidade de gênero bastaria para a mulher

transexual se situar como vítima do crime de feminicídio. No entanto, essa abordagem não é bem vista pelos penalistas brasileiros, pois por não ser considerada juridicamente mulher, a transexual, seria necessária uma analogia *in malam partem*, que é vedada pelo direito brasileiro.

Já o critério jurídico entende que quando a mulher transexual for juridicamente mulher, ou seja, submeteu-se à cirurgia de mudança de sexo e realizou a alteração do registro civil, é possível ser vítima de feminicídio. Nesse caso a abordagem é feita sem a necessidade da analogia, pois seria somente o reconhecimento de uma situação fática já existente. Dos critérios apresentados é o que é mais bem visto pela doutrina.

No entanto, necessárias se fazem algumas observações gerais com relação à finalidade do feminicídio que visa ampliar a proteção da Lei Maria da Penha. As mulheres transexuais (biologicamente homens), apesar de sua condição biológica, não há dúvidas de que socialmente identificam-se com o sexo oposto, apresentando características físicas e psíquicas relativas à condição de mulher. Ora, se o objetivo da alteração legislativa é mesmo a criminalização do desprezo à condição de gênero, em tese, não haveria porque restringir sua aplicação às mulheres em um sentido exclusivamente biológico.

A Lei Maria da Penha, ao tratar da violência doméstica contra a mulher, tem sido aplicada extensivamente às mulheres transexuais, através da analogia. Inúmeras são as decisões já proferidas nesses casos, inclusive incluindo a concessão de medidas protetivas. O que é levado em conta é a condição de vulnerabilidade da vítima da violência. No entanto, importante destacar que a Lei não traz tipos penais, e só faz referência aos tipos do Código Penal, adequando os procedimentos.

Nada impede, no plano da realidade, que a transexual seja submetida tanto a situação de violência doméstica quanto a situação de menosprezo ou discriminação, descabendo à lei estipular requisitos para que se tornem acessíveis direitos que são inerentes à pessoa. Inteiramente justificável que a proteção penal destinada à mulher, enquanto tratamos de violência de gênero, seja destinada também às mulheres transexuais.

Desse modo, entendendo que a objeção à interpretação extensiva do tipo penal em prejuízo do réu é um obstáculo para a aplicação do crime de feminicidio aos casos em que as vítimas são transexuais. Em contrapartida, o real objetivo da lei não pode ser alcançado por esbarrar em princípios primordiais para o desenvolvimento do processo penal. A doutrina

resolve em partes a questão, mas não alcança as vítimas como um todo, como deveria alcançar.

Referências Bibliográficas:

ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014.

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

Brasileiras lutam pela igualdade de direitos. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/02/brasileiras-lutam-pela-igualdade-de-direitos>. Acesso em: 19 jun. 2015.

BRASIL. **Lei n. 13.104**, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1>. Acesso em: 18 maio 2016.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Sobre o Feminicídio. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 23, n. 270, p. 4-5, mai. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer CFM nº 20/10, aprovado em 12 de agosto de 2010. **Resolução CFM nº 1.955/2010**. Brasília-DF. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Manual de Direito Penal**: parte especial. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CYFER, Ingrid. Afinal, o que é uma mulher? Simone de Beauvoir e "a questão do sujeito" na Teoria Crítica Feminista. **Lua Nova**, São Paulo, 94, 2015.

DINIZ, Maria Helena**. O estado atual do** biodireito**.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Rogério. **Feminicídio:** Comentários sobre a Lei n° 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>. Acesso em 17 set. 2016.

Mandado de segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000 – São Paulo – VOTO N° 718/6/6 (Relator(a): Ely Amioka; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 08/10/2015; Data de registro: 16/10/2015)

MATOS, Marlise. Teorias de gênero ou teorias gênero? Se e como os estudos de gênero e feministas se transformaram em um campo novo para as ciências. **Estudos Feministas**, Florianópolis-SC, 16, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: Alguns Aspectos de sua Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve História do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1993.