

A MULHER TRANSEXUAL E A APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Lucas Sousa Araújo

Marcos Vinicius Souza Dias

Orientador: Cristian Kiefer da Silva

RESUMO: O feminicídio é um crime de gênero que se caracteriza pela morte de uma pessoa do sexo feminino em função de sua condição de mulher, envolvendo relações de poder e controle. No entanto, quando a vítima é uma mulher transgênero, surgem questões complexas relacionadas à aplicabilidade da qualificadora do feminicídio, devido às especificidades que envolvem a experiência dessa comunidade. Nesse prisma, e à luz de preceitos fundamentais e constitucionais, surgem divergências de entendimento acerca da aplicabilidade ou não da qualificadora do feminicídio quando a vítima é mulher trans. Muitas jurisdições não reconhecem de forma ampla a identidade de gênero de pessoas trans, o que pode dificultar a caracterização do crime como feminicídio. Isso se dá em tese, pela obediência à Legalidade em sentido stricto, bem como à condição de não mitigação do Princípio da Segurança Jurídica. De modo diverso e no outro polo desta celeuma, se encontra a condição do indivíduo como ser humano e que, portanto, detentor de direitos e merecedor da tutela jurisdicional do Estado. Esta corrente encontra lastro na Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar de um Estado democrático de Direito. Este artigo, pretende trazer à baila conceitos do universo jurídico e da doutrina médica/científica, com o intuito de se facilitar a melhor compreensão da (in)aplicabilidade da qualificado do feminicídio, quando a mulher trans é vítima do tipo penal.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Mulher Transgênero; Segurança Jurídica; Dignidade da Pessoa Humana; identidade de Gênero; Feminicídio.

ABSTRACT: From this perspective, and in light of fundamental constitutional principles, there are diverging interpretations regarding whether or not the femicide qualification should apply when the victim is a transgender woman. Many jurisdictions do not widely recognize the gender identity of transgender individuals, which can make it challenging to classify the crime as femicide. This, in theory, is due to a strict adherence to the principle of legality and the non-mitigation of legal certainty. On the other hand, there is an argument that emphasizes an individual's status as a human being and, therefore, deserving of rights and judicial protection by the state. This perspective finds support in the concept of Human Dignity. This article aims to bring legal and medical/scientific concepts to the forefront to facilitate a better understanding

of the (in)applicability of the femicide qualification when a transgender woman is the victim of this criminal offense.

Keywords: Human Rights; Transgender Woman; Legal Security; Dignity Of Human Person; Gender Identity; Femicide

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, antes do Contrato Social ao qual Jean Jacques Rousseau escrevera tanto, quando se tratava da tutela de um Direito, via de regra se utilizava a autotutela, onde o mais forte tinha a condição necessária para se impor frente a parte contrária, qual seja: A força.

Com o surgimento do Estado e de sua função jurisdicional, percebeu-se a necessidade que o Direito tinha de tutelar de forma igual e equânime o bem jurídico a que se propunha a tutelar. Assim, várias normas foram postas com tal finalidade. Nos dias de hoje, não raro, se vê normas que buscam, nas mais diversas áreas jurídicas, equilibrar a disparidade que imperava nos tempos da autotutela, seja na proteção ao idoso, seja na proteção à criança e ao adolescente, seja na proteção ao consumidor ou mesmo à própria mulher no âmbito familiar.

Assim, mesmo quando se trata de norma onde apenas o Estado detém o *ius puniendi*, como é o caso do Código Penal, obedecendo aos princípios constitucionais, a norma posta preza dentro dos limites legais, pelo binômio Igualdade/Equidade.

Dentro do espectro criminalista, tal proteção fundada na equidade, é ainda mais latente quando nos deparamos com o crime de feminicídio, ou seja, crime praticado contra a mulher em razão de ser do sexo feminino, seja motivado por menosprezo ou discriminação em razão de ser mulher.

De fato, é consagrado na literatura médica que o homem possui certos atributos biológicos que a mulher, em regra não possui, tais como força física ou mesmo velocidade. Desta feita, o Direito trouxe uma tutela a mais para os crimes de homicídio visando maior proteção à mulher.

Ocorre que com as discussões sobre Identidade de Gênero vieram também questionamentos à norma posta, justamente para delinear de forma adequada e justa, a quem ou a qual bem jurídico a norma deve tutelar quando se tratar de crimes ou violações de direitos em que figuram a mulher trans como sujeito de direito. Neste

viés, questiona-se, sobre a possibilidade da mulher trans ser sujeito passivo nos crimes de feminicídio, visto que a lei de feminicídio (lei nº 13.104/2015) não faz menção direta a mulher trans.

Para tanto, se faz absolutamente necessário, compreender de onde surge a identidade transexual; em qual contexto o indivíduo passa a entender que não se identifica mais enquanto cisgênero, passando a identificação transgênero. Haja vista que o conceito do transgênero está para além do conceito de sexo, adentrando-se a seara das relações interpessoais, ou seja, estando mais ligado a orientação sexual e a parte psicológica do ser/indivíduo. Pois só entendendo quem de fato é o indivíduo transgênero e que se consegue ofertar a tutela jurisdicional adequada e equânime.

Nas palavras de Genival Veloso de França, “as características clínicas do transexualismo se reforçam com a evidência de uma convicção de pertencer ao sexo oposto” (FRANÇA, 2017, p. 143).

Imperioso é ainda, entender como sexo biológico impacta nas relações sociojurídicas e por consequência, como o ordenamento jurídico recepciona, em suas variadas vertentes, o indivíduo transgênero.

Nesta celeuma, é que surge então a indagação ao Direito Posto: A Mulher trans, enquanto sujeito de Direito e ante a omissão legislativa do código penal faz jus a tutela jurisdicional quando se tratar do crime de homicídio qualificado pelo feminicídio?

1.1 DO HOMICÍDIO E DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

A lei nº 13.104/2015 começou a vigorar em 2016 e que introduziu o conceito de feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio, consoante ao que dispõe o artigo 121,VI, §2º, I e II, do Código Penal. Passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Femicídio [...]

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.
(NUCCI; 2022, p. 285)

O feminicídio é caracterizado quando uma mulher é assassinada em decorrência de sua condição de sexo feminino, em contextos de violência doméstica e familiar ou devido ao menosprezo ou discriminação à sua condição de mulher. Essa qualificadora representa uma adição ao crime de homicídio simples, tornando-o mais grave. Por certo, se trata de uma qualificadora de caráter subjetivo, pois se concentra nas razões subjacentes ao crime, ou seja, os motivos que levam o agressor a cometer o homicídio com base na condição de gênero da vítima.

Entretanto, a definição de feminicídio quando a vítima é mulher trans pode ser complexa, visto que a lei estabeleceu critérios específicos para sua caracterização: "violência doméstica e familiar" e "menosprezo ou discriminação à condição de mulher." Não mencionando diretamente a mulher transgênero.

Noutro giro, é imprescindível elucidar que o homicídio qualificado, incluindo o feminicídio, é considerado um crime hediondo no sistema legal brasileiro, o que afeta o regime de cumprimento de pena e agravos relacionados a esses crimes. Portanto, a Norma Posta trás severas sanções ao agente que pratica tal conduta. Isso demonstra o compromisso em combater a violência de gênero e reconhecer a seriedade dessas situações. Assim, o ponto crucial, e iniciador de toda a discussão acerca do assunto, não está na efetividade das sanções impostas ou ao nível de carga cogente da norma, ao contrário, o ponto preciso das divergências de posicionamento se encontra exatamente em delinear o alcance da norma positivada em um universo de mudança de paradigmas; de ideologia de gênero; dentre outros. Sem que se prejudique a Segurança Jurídica.

Ainda, é cristalino que o Estado Legislador foi e está sendo omisso em impor normas que visem tutelar a mulher transgênero no que diz respeito ao crime de homicídio qualificado pelo feminicídio.

É preciso pois, se debruçar sobre as indagações sociais, amparado pela ciência, e de forma positivada, estender a devida proteção à elas.

2- DA MULHER TRANSGÊNERO

A princípio, inevitavelmente, é preciso transcorrer sobre a Identidade de Gênero, afinal é necessário ter em mente o real conceito e condição fática de quem

é a mulher transgênero. É sabido que essa condição parte do embate entre o sexo biológico se contrapondo à psiquê do indivíduo.

Como assevera Fernanda Pereira Alexandre Cavadas:

É notório que o ser humano nasce com um sexo biológico definido, isto é, o órgão sexual externo, o qual é diferente entre homens e mulheres. A orientação sexual, por sua vez, se relaciona com a atração sexual, surgindo, assim, três classificações: homossexual (atração pelo indivíduo do mesmo sexo), heterossexual (atração por indivíduo de sexo diferente) e bissexual (atração por indivíduos de ambos os sexos). (CAVADAS, 2021).

Sabe-se que as inquietudes do indivíduo o fazem se insurgir contra sua própria natureza biológica, trazendo à tona as indagações acerca da Identidade de Gênero. Tais indagações provocam reflexões e mudanças de comportamento dos mais variados aspectos da vida em sociedade, por consequência, e sobretudo, no campo do Direito. As indagações supracitadas surgem então, da não aceitação do sexo biológico, ou seja, inevitavelmente a identidade de gênero, por óbvio, parte do fator psicológico. Nas palavras de Genival Veloso de França, “as características clínicas do transexualismo se reforçam com a evidência de uma convicção de pertencer ao sexo oposto” (FRANÇA. 2017, p. 143).

É necessário, ainda, elucidar os ensinamentos de Simone de Beauvoir, “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher” (BEAUVOIR. 1967, p. 09). Em sentido outro, contudo conexo, é imperioso deixar cristalino que o indivíduo trans, se difere do indivíduo travesti; do homossexual; do hermafrodita; dentre outros. É justamente o raciocínio de Rogerio Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

[...] Transexual não pode ser confundido com homossexual, bissexual, intersexual (também conhecido como hermafrodita) ou mesmo com o travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo o sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica. (CUNHA; PINTO, 2015, p. 69).

Portanto, O gênero está ligado a uma construção social. Masculino e feminino têm estabelecidos diferenças de padrões passados ao longo das diversas gerações o aprendizado de comportamento, hábitos, formas de agir. (SAFFIOTI, 2015). Assim, por ser uma construção social, baseada em padrões diferentes entre homens e mulheres, masculino e feminino, como consequência surge também diferenças das

relações de poder. Adequando as pessoas em estereótipos binários sociais. (ESCOURA; LINS; MACHADO, 2016)

O sexo, em suma, é um fato delineado pela natureza, surge antes mesmo do nascimento, pois na concepção já se tem traçado o DNA, e, portanto, o sexo, a partir de então, biologicamente, permanece imutável. Está relacionado com os órgãos genitais e com o conceito de macho e fêmea. (ARÁN, 2006). Desta feita, considerando a teoria existencialista, o sexo delimita as pessoas além de constituir caráter inalterável (CASTRO, 2017). Em síntese, o sexo está umbilicalmente ligado às características do ponto de vista biológico, enquanto o gênero as questões sociais determinadas aos homens e mulheres.

O que se percebe é que a questão da transexualidade, está para além das características físicas, biológicas. A ciência tem apontado a psiquê do indivíduo como sendo fundamental para essa discrepância entre o sexo biológico e a identidade de gênero que o indivíduo assume.

2.1 DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER TRANSGÊNERO

A grosso modo, a violência implica na capacidade de se impor a própria vontade, sem considerar a anuência da outra parte, portanto, claramente uma questão de poder/força. (RIBEIRO, 2013).

Não raro, a violência pode decorrer das causas ligadas ao gênero. Neste sentido, em muitos casos, por conta de todo o preconceito destinado às pessoas transgênero, a violência em suas variadas formas, acaba sendo o primeiro contato das pessoas trans com a sociedade (ANTRA, 2018).

Ainda, segundo o Dossiê Assassinatos e Violências contra Travestis e Transexuais Brasileiras, desenvolvido pela Associação Nacional de Travestis e

Transexuais (ANTRA), em 2022, foram assassinadas 131 pessoas transgênero e ou travestis no Brasil, ainda segundo este relatório isso representa que no Brasil uma pessoa transgênero tem 38 vezes mais chances de serem assassinadas se comparado as pessoas cisgênero. Esse mesmo relatório aponta que o Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo pelo 14º ano consecutivo.

Ainda, segundo a ONG Internacional Transgender Europe e a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), no Brasil, há considerável aumento nos índices de pessoas transexuais vítimas de homicídio.

Dados da ANTRA demonstram que, ocorreram 912 assassinatos de pessoas trans no Brasil entre os anos de 2017 – 2022. Isso representa uma média anual de 152. Importa mencionar que a Associação acima citada começou a se responsabilizar pelo levantamento anual de mortes a partir de 2017. (ANTRA, Associação Nacional de Travestis e Transexuais. Dossiê assassinatos e violências contra pessoas trans, 2023, p.28)

3 A COMPLEXIDADE DA (IN)APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO À VÍTIMAS TRANSGÊNERO.

As diferenças entre "sexo" e "gênero" e a importância de tais conceitos sob o ponto de vista da aplicabilidade do feminicídio quando a vítima é mulher transgênero são imprescindíveis para nortear eventual resolução da problemática que se emerge nesta seara.

No entanto, em que pese tal distinção seja imperiosa na construção de respostas satisfativas e eficazes à problemática instaurada, também se faz mister trazer ao bojo desta discussão assuntos de grande relevância para o tema do universo jurídico. Ou seja, é preciso entender o raciocínio por trás da norma posta, sua hermenêutica e interpretações possíveis;

Conforme leciona Raimundo Bezerra Falcão, a Hermenêutica está intrinsecamente ligada às bases e ao funcionamento da interpretação:

se a atividade ou o simples ato de captação do sentido é a interpretação, as regras pelas quais ela se opera e o entendimento de suas estruturas e do seu funcionamento, enfim, o entendimento dos seus labirintos é a Hermenêutica. (...) se trata de conceito em que a Hermenêutica será focalizada como sendo um sistema de diretrizes voltadas à orientação da atividade interpretativa, a fim de que esta não se deixe levar de roldão pelo sentido, dada a inesgotabilidade deste, que é capaz de provocar desvios na função social da interpretação – princípio este, a que outorgamos especial relevo. (...) A escolha entre as diversas alternativas de interpretação há de estar voltada para o alcance social que a aplicação do sentido, assim captado, possa ter (FALCAO, 1997, p.84).

entender a finalidade do positivismo coadunado com o Princípio da Legalidade, haja vista que o Estado, ainda que detenha o *Ius puniendi*, não está autorizado a fazer,

senão aquilo que a lei o autorize a fazer. E mais, para além, entender o real impacto do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na situação problema que surge com as discussões sobre identidade de Gênero.

Neste sentido, Jorge Miranda, constitucionalista português da Universidade de Lisboa, ressalta os postulados fundamentais e as projeções da dignidade da pessoa humana:

a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) O primado da pessoa é o ser, não o ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; e) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; f) A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas; [...] h) A dignidade da pessoa exige condições adequadas de vida material; i) O primado da pessoa é o ser, não o ter prevalece sobre a propriedade; j) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; l) A dignidade de cada pessoa é um *prius* em relação à vontade popular. (MIRANDA, 2004, p. 199-200.)

Há posicionamentos que versam no sentido de que não se pode admitir uma abertura tão abrangente apenas para se garantir a Dignidade Humana individual, vez que há o interesse e o impacto coletivo desta abertura, asseguram que a Dignidade da Pessoa Humana não deve ser considerada isoladamente nesta seara. É de igual modo imperioso assegurar outro princípio importante ao Estado Democrático de Direito, a saber: Segurança Jurídica. Consoante ao ensinamento de José Afonso da Silva,

a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída (SILVA, J., 2006, p. 133)

Ainda, é cristalino que o Estado Legislador foi e está sendo omissivo em impor normas que visem tutelar a mulher transgênero no que diz respeito ao crime de homicídio qualificado pelo feminicídio. Sendo imperioso que o Estado Legiferante saia da condição de omissivo e se debruçar sobre as indagações sociais nesta seara.

Ao considerar que o direito é fato, valor e norma (Miguel Reale), sendo o Fato um aspecto voltado ao social e histórico; o Valor sendo um aspecto axiológico, ou seja, os valores de Justiça almejados pela sociedade, e sendo a Norma, a norma jurídica, observando a relação do aspecto Fato com o aspecto Valor para se impor, se tem exatamente a dimensão da complexidade que envolve a aplicabilidade ou não da referida qualificadora. Não sendo possível uma solução justa, equânime e legal sem entender a hermenêutica e as correntes jurídicas por trás da Norma Posta.

4 DA HERMENÊUTICA JURÍDICA.

Consoante ao brocardo “*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”, naturalmente onde há o Homem há também a Sociedade, via de regra, com todas as suas ebulições e indagações. Por consequência, inseparavelmente, há o Direito, que está nesta relação tripartite justamente para regular a vida em sociedade.

Logo, quando a inquietude social tem a força de impactar nas relações jurídicas interpessoais, O direito posto, pactuado desde o Contrato Social de Jean Jacque Rousseau, é chamado a intervir:

[...] Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. Ora, como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo. Essa soma de forças só pode nascer do concurso de diversos; contudo, sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como as empregará ele, sem se prejudicar, sem negligenciar os cuidados que se deve? Esta dificuldade, reconduzida ao meu assunto, pode ser enunciada nos seguintes termos. “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente.” Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo Do Contrato Social. (Rousseau, Jean-Jacques. O contrato Social. Tradução Rolando Roque da Silva 2002; p. 09).

Nesta discussão, no que tange a aplicabilidade da qualificadora do homicídio quando o sujeito passivo é mulher transgênero, o Direito Posto ainda encontra em si

conflitos de posicionamentos. Isso se dá, em certo ponto à Hermenêutica Jurídica, visto que ela traz possibilidades variadas de interpretações da norma jurídica somado a situação fática da omissão legislativa no que tange a esta [im]possibilidade da qualificadora em questão.

Vale ressaltar, ainda no que se refere as interpretações da Norma Posta, dentro da Hermenêutica Jurídica, há um vasto leque de métodos que auxiliam na referida interpretação da norma positivada, dentre eles, elenca-se neste artigo três métodos que contribuem de forma significativa na formação de um posicionamento acerca da aplicabilidade da qualificadora do feminicídio quando a vítima é mulher transgênero, a saber: Método Gramatical; Método Sistemático e o Teleológico-axiológico.

O Método Gramatical, é característico por se buscar o real significado no dispositivo em si, o entendendo como o sendo um fim em si mesmo. Como leciona Rubens Limongi França, “é aquela que, hoje em dia, tem como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal” (FRANÇA, 1997, p. 08).

Há neste método, a busca pelo entendimento da real carga de coercitividade embutida em cada palavra disposta no preceito legal em discussão. Há quem aponte os pontos frágeis desse método, consoante ao que adverte André Franco Montoro: “é, sem dúvida, o primeiro passo a dar na interpretação de um texto. Mas, por si só é insuficiente, porque não considera a unidade que constitui o ordenamento jurídico e sua adequação à realidade social” (MONTORO, 2011, P. 425).

Ainda, há, como fonte de interpretação da norma, o Método Sistemático. Este, tem exatamente o condão de pretender estabelecer uma correlação entre uma norma e outra, seja dentro do mesmo espectro jurídico ou de natureza diversa. Com isso busca-se uma validação da norma, em outras palavras, busca-se superar o alcance individual da norma, ampliando seu horizonte de afetação com o auxílio de outra norma. Segundo Carlos Maximiliano o método sistemático é:

[...] Consiste em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de Leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto, confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexa entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. (MAXIMILIANO, 2002, p. 104/105).

Este método tem por essência considerar as nuances em que se insere o texto legal, abrindo espaço para a comunicação e vinculação dos vários elementos que circundam a própria lei ou campo do direito, ou mesmo do ordenamento jurídico como um todo. O que se tem a partir disso é justamente a análise do Direito como sendo uno, harmonioso e interdependente, fazendo de si um método que não é um fim em si mesmo, ao contrário, não se submete a uma análise jurídica isolada.

Também, de igual importância, é necessário se debruçar ao que é trazido pelo Método de interpretação Teleológico-axiológico, no sentido de se buscar valorar a norma levando em consideração a finalidade a que se propunha. Neste sentido assevera Tércio Sampaio Ferraz Junior:

[...] A interpretação teleológica-axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo, inversamente da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das consequências avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de mover suas próprias previsões, pois, as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências. Assim, entende-se que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermeneuta, sempre um objetivo que tem para controlar até as consequências da previsão legal (a lei sempre visa os fins sociais do direito às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que elas não estejam sendo atendidas) (FERRAZ. 2008, p. 266/267)

Este método tem o intuito de atingir a finalidade a que se dispôs a norma jurídica, adequando-as às nuances factuais do caso concreto, para além, tal método estará sempre atuando sob a ótica do fim/resultado que lei deve atingir em sua aplicação prática. Assim, este método rompe com a hermenêutica tradicional, visto tem como objetivo um elemento estranho e superior a norma posta, que justamente a finalidade a que ela se propõe. Nele, se deverá observar a finalidade da lei, sendo tais finalidades indicadas pelas exigências sociais, compreendendo que o fim prático da norma coincide com o fim apontado pelas exigências sociais (fim social), objetivando o bem comum. Como adverte Carlos Maximiliano:

O fim da norma jurídica não é constante, eterno, único. Valerá como justificativa deste asserto o fato, referido por vezes, de corresponder o sistema de hermenêutica às ideias vitoriosas a respeito da concepção do próprio Direito. Este é normativo; acha-se no seu conteúdo, previstos, definidos, assegurados, os fins da vida do homem na sociedade. Realizá-los é um bem, juridicamente protegido (MAXIMILIANO, 2002, P. 125)

5 DOS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Neste diapasão, e tendo como plano de fundo a Constituição da República e todos os seus princípios, mas sobretudo, os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Segurança Jurídica, objetos de análise do impacto e da ratificação ou não da aplicabilidade da qualificadora do feminicídio quando a vítima se tratar de mulher transgênero, bem como a exegese jurídica, é possível apontar três posicionamento em torno da aplicabilidade da qualificadora suscitada neste artigo, e nos moldes em que fora suscitada.

Há uma parte da doutrina, de caráter mais conservador, que entende não ser possível tal aplicabilidade, visto que se estaria atingindo o princípio da Legalidade em sentido stricto, bem como se abdicando ou pelo menos mitigando a Segurança Jurídica. É o viés de raciocínio de Fernando Capez, para ele, o sujeito passivo é a mulher e, por força do Princípio da Legalidade Estrita, não se protege a transexual, pois o ordenamento jurídico brasileiro não admite a analogia “*in malam partem*”, isto é, para prejudicar o réu (CAPEZ, 2017).

É um posicionamento que leva em consideração a literalidade da norma posta, e aponta que a lacuna deixada pela lei deve ser suprida com uma atualização da norma positivada pelo poder legiferante. O raciocínio é que o Estado está autorizado a fazer somente o que a lei determinar que se faça e vez que não se permite a analogia “*in malam partem*”, cabe ao legislador introduzir no preceito legal, o termo “mulher transgênero” para que então, o Estado resguardado pelo princípio da Legalidade Estricto Sensu, possa tutelar também essa camada da sociedade de forma legal.

Nessa linha mais conservadora, pode-se citar ainda César Dario Mariano da Silva e Francisco Dirceu Barros. Uma vez que adotam o critério biológico (SILVA, 2015). Para estes juristas, apenas e tão somente as mulheres que nasceram com as genitálias femininas são vítimas do feminicídio. Assim identificam a mulher em concepção genética/cromossômica. Importa salientar que, para eles, ainda que a mulher trans realize a cirurgia de redesignação sexual, não poderia ser tida como

mulher, já que estaria se alterando a estética e não a genética feminina, e, portanto, não faria jus a tutela da aplicabilidade da qualificadora em questão.

Estará assim, assegurando o Princípio da Segurança Jurídica. No entanto, há parte da doutrina que faz severas críticas acerca da dessa teoria do Garantismo Penal. Para a teoria do garantismo penal, o princípio da Legalidade Stricto Sensu, ganha especial relevo, o tornando como absoluto dentro do espectro de atuação do Estado. Este é um apontamento de Ferrajoli, senão vejamos: “– nullum crimen sine lege (não há crime sem lei) –, constituindo assim, um modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, fundamentado no art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Constitucional”. (FERRAJOLI, 2010, p.91).

Entendimento diverso, se extrai, daqueles que embasados pelos princípios constitucionais supracitados, encontrando-se em um eixo mais moderado, entendem que é possível a aplicabilidade do feminicídio, mas encontram uma forma de não mitigar a segurança jurídica, pois entendem que o Direito Penal, usado em Última Ratio, não deve ignorar o entendimento de outros ramos do Direito quando analisam os temas que envolvem a mulher trans, é portanto em suma, um condicionamento a aplicabilidade de tal qualificadora.

Importa salientar neste ponto que, é possível que as pessoas transgêneros troquem o nome e o gênero em sua documentação, sem que precisem recorrer aos trâmites judiciais, bastando somente ir a um cartório e solicitar. Não sendo necessário, inclusive, ter realizado a cirurgia de redesignação sexual. Essa disposição passou a valer em 2018, quando da publicação do Provimento nº 73/2018 pela d Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Assim dispõe o Documento: “os interessados podem solicitar as alterações nos cartórios de todo o país sem a presença de advogados ou de defensores públicos. As alterações poderão ser feitas sem a obrigatoriedade da comprovação da cirurgia de mudança de sexo ou de decisão judicial. O pedido de troca poderá ser feito nos cartórios de registro de nascimento ou em qualquer outro cartório com o requerimento encaminhado ao cartório de origem”.

Sendo, pois, retificado por entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que ao analisar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade reconheceu, “aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de

transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil”.

Nesses moldes, parte da doutrina entende ser perfeitamente capaz a aplicabilidade da qualificadora do feminicídio quando a vítima é mulher trans, lastreado pelo reconhecimento da mulher trans por outros ramos do Direito Pátrio. Assim dispõe André Estafam;

[...] Em se tratando de uma mulher transexual, ela é considerada juridicamente como uma mulher pelo Direito Civil. Logo, o Direito Penal não lhe pode conferir um tratamento diferente, motivo pelo qual, em respeito ao Princípio da Igualdade, deve ser considerada como sujeito passivo do crime de feminicídio. (ESTEFAM. 2016).

Esse entendimento baseado pelo critério jurídico cível é defendido por outros doutrinadores tais como: Celso Delmanto (2017), Rogério Greco (2016), vez que entendem ser possível que mulheres transgênero sejam vítimas de feminicídio, desde que alterado o sexo e o nome no registro civil. Assim, a definição de mulher parte de um conceito de natureza jurídica.

Por fim, e não menos importante, há o posicionamento, pautado na dignidade da pessoa humana, que alude ser totalmente passível e necessário a aplicabilidade na referida qualificadora. Isso justamente para assegurar ao indivíduo, enquanto, sujeito de direito, direitos constitucionais, tais como a Liberdade, a Dignidade, a Honra, a Intimidade, a Igualdade, dentre outros. Assim entende Cezar Roberto Bittencourt:

[...] Pode ser vítima do crime de feminicídio qualquer pessoa do sexo feminino, desde que o crime tenha sido cometido por razões de sua condição de gênero, e o substantivo “mulher” abrange transexuais e travestis que se identifiquem como pertencentes ao sexo feminino” (BITTENCOURT. 2017).

No mesmo espectro de raciocínio, surgem Luiz Flavio Gomes e Alice Bianchini, *verbis*:

[...] Na qualificadora do feminicídio, o sujeito passivo é a mulher. Aqui não se admite analogia contra o réu. Mulher se traduz num dado objetivo da natureza. Sua comprovação é empírica e sensorial. De acordo com o art. 5º, parágrafo único, a Lei 11.340/2006 deve ser aplicada, independentemente de orientação sexual. Na relação entre mulheres hetero ou transexual (sexo biológico não correspondente à identidade de gênero; sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, pode caracterizar feminicídio. (GOMES; BIANCHINI. 2015).

Este posicionamento adota o critério psicológico, compreendendo que a identificação de mulher é um aspecto psíquico ou comportamental feminino. Caso a pessoa compreenda-se como uma mulher, independente de cirurgia de redesignação sexual ou modificação no registro civil, deve ser aplicada a qualificadora de feminicídio, desde que seja vítima de homicídio e a motivação do crime seja “por razões da condição de sexo feminino” (MELLO, 2015). Esse entendimento respeita a identidade de gênero e baseia a definição de mulher a partir dela.

Sob esse mesmo raciocínio, pautado única e exclusivamente no Princípio basilar que é a Dignidade da Pessoa Humana, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE-SC) baseado apenas na identidade de Gênero, entendeu e determinou que o tempo de aposentadoria deve ser calculado de acordo com o gênero com o qual os servidores transexuais se identificarem.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

É notório que a sociedade transmuta ao longo dos anos, é notório ainda, que novas nuances factuais são adicionadas ao bojo do convívio social e que isso inevitavelmente reverbera no poder judiciário com um todo. Também é fato que o judiciário, resguardada todas as proporções devidas, julga com fulcro no que o poder legiferante definiu como norma positivada e que por sua vez, assim o definiu com base nos anseios da sociedade, uma vez que são representantes diretos do povo, afinal, todo poder emana do povo, assim o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil determina.

Logo, o direito como sendo Fato, Valor e Norma se impõe. Levando tais constatações em consideração, emerge-se como uma saída coerente para a problemática em questão o posicionamento mais moderado. Vez que este posicionamento reflete a importância de adotar abordagens equilibradas e fundamentadas para lidar com questões complexas. Permite ainda, a consideração de diversos pontos de vista, a análise de evidências e a busca por soluções que foquem no bem comum. Em um mundo cada vez mais polarizado, a moderação se torna um princípio valioso para promover o entendimento mútuo e a construção de sociedades mais coesas e resilientes.

Portanto, em se tratando da aplicabilidade da qualificadora do feminicídio quando da vítima mulher transgênero, levando em consideração todos os aspectos sociais; econômicos; históricos; científicos e jurídicos, conclui-se que o ordenamento jurídico tem o poder-dever de tutelar a vítima trans. Assim pautado da Dignidade da Pessoa Humana.

Contudo, não se pode olvidar, que em um Estado Democrático de Direito, não se deve excluir da exegese jurídica, em um claro embate de preceitos e fundamentos constitucionais, um dos lados desse embate, a saber: a Segurança Jurídica. Sendo assim, entende-se por uma conclusão que apoia a aplicabilidade, sem abandonar a Segurança Jurídica, enfatiza a importância de encontrar um equilíbrio entre a flexibilidade necessária para lidar com situações práticas e a necessidade de manter a coerência e a previsibilidade do sistema legal.

Isso implica que se deve sanar a lacuna legislativa em torno da mulher transgênero no que se refere ao crime feminicídio, sem comprometer a integridade do ordenamento jurídico, com vistas em promover a eficácia das normas atendendo às demandas de uma sociedade em constante evolução.

Não se deve permitir aberturas de interpretações da norma posta, para atender unicamente a Dignidade da Pessoa Humana, ao ponto de se considerar como mulher transgênero todo homem que apenas se declare ou se identifique como tal, uma abertura desta envergadura coloca os interesses individuais em supremacia ao interesse coletivo, quando se sabe que o Poder Público age pautado na Supremacia do Interesse Público. Ademais, uma vez que o indivíduo se entende como mulher, o próprio ordenamento já permite a mudança de nome e prenome, bem como de gênero em sua documentação civil. Esta é um importante tutela jurídica que pode e deve refletir nos outros ramos do direito.

Cuida-se, portanto, que a aplicabilidade do feminicídio deve ser estendida a toda mulher transgênero, uma vez que a mesma tenha ao menos mudado seu nome e gênero na documentação civil, condicionalidade esta que visa coibir que a simples autodeclaração abra caminho para indivíduos mal intencionados passem a usar a lacuna legislativa para a prática de eventuais infrações. Ora, com uma abertura desta magnitude se estaria, no jargão popular, “vestindo um santo e desnudando outro”. O ponto é, justamente, se equilibrar, usando a ponderação entre a Dignidade da Pessoa

Humana e a Segurança Jurídica, pois desta forma, em tese, se estaria atendendo aos anseios sociais, além de assegurar o senso de justiça a todos.

REFERÊNCIAS

ANTRA, Associação Nacional de Travestis e Transexuais. Dossiê assassinatos e violências contra pessoas trans. Disponível em:

<<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2023/01/dossieantra2023.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BEAUVOIR. Simone De O Segundo Sexo, vol. II. A experiência vivida.1967.

Disponível em:

< <https://www.afoiceemartelo.com.br/posfsa/Autores/Beauvoir,%20Simone%20de/O%20Segundo%20Sexo%20-%20II.pdf> > Acesso em: 12 jun. 2023.

BIANCHINI, Alice. **GOMES**, Luis Flavio. Femicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. 2015. Disponível em:

< <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidasda-lei-13104-2015/173139525> > Acesso em 12 jun. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual. 15/11/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov15/cezar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em 12 jun. 2023.

BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – parte especial – vol. 2. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, 07/12/1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 07 abril 2023.

BRASIL. Lei nº 10.741, 01/10/2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF, 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 07 abril 2023.

BRASIL. Lei nº 11.340, 07/08/2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...] dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o

Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 2006
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006>. Acesso em: 07 abril 2023.

BRASIL. Lei nº 13.104, 09/03/2015. 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, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF, 2015.

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 07 abril 2023.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – parte especial. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/93684/feminicidio-etransexualidade>> Acesso em: 12 jun. 2023.

CAVADAS. Fernanda Pereira Alexandre. Feminicídio e Transexualidade. Jus.com.br. 02/10/2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/93684/feminicidio-etransexualidade>> Acesso em: 07 abril 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; **PINTO**, Rogério Batista. Violência Doméstica. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/feminicidio/882306019>> Acesso em 12 jun. 2023.

DELMANTO. Celso. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

ESTEFAM, André. Direito penal, vol. 2. Parte especial. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/93684/feminicidio-etransexualidade>> Acesso em: 12 jun. 2023.

FALCÃO, Raimundo Bezerra - Hermenêutica, 1997, Malheiros Editores, p. 281.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 6ª ed. - São Paulo: Atlas, 2008. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/metodos-de-interpretacao-do-direitoaspectos-gerais/516517364>> Acesso em 12 jun. 2023.

FRANÇA, Genival Lacerda Veloso de. Fundamentos da medicina legal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/93684/feminicidio-e-transexualidade>> Acesso em: 12 jun. de 2023.

FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica Jurídica. 6ª ed. rev. e aum. – São Paulo: Saraiva, 1997. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/metodos-deinterpretacao-do-direito-aspectos-gerais/516517364>> Acesso em: 12 jun. 2023.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial – Vol. 2. 13. ed.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica E Aplicação Do Direito. 19ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV: Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MONTORO, André Franco. Introdução À Ciência Do Direito. 29ª ed. rev. e atual. - São Paulo: RT, 2011.

NUCCI; Guilherme De Souza, 2022, p. 285

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5ª ed., Editora Saraiva, 2003.

ROUSSEAU. Jean-Jacques, DO CONTRATO SOCIAL. **Livros Grátis.com.br**.

Tradução Rolando Roque da Silva 2002, p.09. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores Disponível em: <

http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_rousseau_contrato_social.pdf >.

Acesso em: 07 abril 2023.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006.