

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

**DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADES E
RACIALIDADE**

Organizadores:
José Ribas Vieira
Cecília Caballero Lois
Marcela Braga Nery

**Direito, gênero,
sexualidade e racialidade:
VI congresso
internacional
constitucionalismo e
democracia: o novo
constitucionalismo latino-
americano**

1ª edição

Santa Catarina

2017



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADES E RACIALIDADE

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre DIREITO, GÊNERO, SEXUALIDADE E RACIALIDADE.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Gênero. Sexualidade. Racialidade. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Marcela Braga Nery – UFRJ

**SER OU NÃO SER, EIS A QUESTÃO – “SER MULHER” E A NECESSÁRIA
SUPERAÇÃO DO DETERMINISMO BIOLÓGICO PARA O CORRETO
ENTENDIMENTO DO FEMINICÍDIO ENQUANTO TIPO PENAL**

**TO BE OR NOT TO BE, THAT IS THE QUESTION – "BEING WOMAN" AND THE
NECESSARY OVERCOMING OF BIOLOGICAL DETERMINISM FOR THE
CORRECT UNDERSTANDING OF FEMINICIDE AS A CRIMINAL TYPE**

**Eduardo Francisco de Oliveira Junior ¹
Gabriel Senra E Pádua ²
Laira Carone Rachid Domith ³**

Resumo

A Lei 13.104/2015 prevê o feminicídio como homicídio qualificado e crime hediondo, consistindo em ação afirmativa em oposição à violência de gênero contra a mulher, já que para sua configuração é imprescindível que tenha sido praticado em razão da condição do gênero feminino da vítima. Este estudo, tendo como fundamento a Teoria Queer, busca elucidar o conceito de “mulher”, diferenciando sexo e identidade de gênero, para defender a aplicação daquela lei a todas as pessoas do gênero feminino, independentemente de seu sexo biológico. Portanto, defender-se-á que o conceito de feminicídio deve abarcar vítimas transexuais que apresentam gênero feminino, tenham ou não se submetido à cirurgia de redesignação de sexo ou à alteração do prenome e do gênero em seu registro civil. Não se trata de interpretação extensiva ou analogia in malam partem, mas da elucidação do verdadeiro alcance do “ser mulher” enquanto identidade de gênero e da efetivação da igualdade substancial entre as pessoas que elegeram para si e vivenciam o gênero feminino.

Palavras-chave: Feminicídio, Transexuais, Identidade de gênero, Teoria queer, Constitucionalismo humanista

Abstract/Resumen/Résumé

The Act 13.104/2015 foresees the femicide as a degree murder and heinous crime, being an affirmative action against gender violence addressed to the women, once, for its configuration, is indispensable that the crime has been performed because of the condition of victim's feminine gender. This study, by having its foundation in the Queer Theory, tries to elucidate the concept of "woman", differentiating sex and the gender identity, to defend the application of that Act for all the people of feminine gender, independent of biological sex.

¹ Acadêmico do curso de Graduação em Direito da Faculdade Doctum de Juiz de Fora.

² Mestre em Hermenêutica Jurídica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos; leciona Direito Penal e Processual Penal na Faculdade Doctum de Juiz de Fora e no Instituto Vianna Júnior.

³ Mestre em Direito Público e evolução social pela UNESA, Especialista em Direito da Saúde pela Suprema, Professora de Direito de Família da Faculdade Doctum de Juiz de Fora.

Therefore, this paper defends that the concept of femicide must cover transsexual victims which introduce themselves as being females, even if they haven't done the sex reassignment or changed their names or sex in the civil registry. This understanding is not an extensive interpretation or analogy in malam partem, but the elucidation of the real scope of "being woman", as a gender identity and as a substantial equality realization among people who choose for themselves and live with a feminine gender identity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Femicide, Transsexuals, Gender identity, Queer theory, Humanist constitutionalism

INTRODUÇÃO

Em março de 2015 entrou em vigor no Brasil a Lei 13.104, acrescentando ao §2º do art. 121 do Código Penal mais uma hipótese de homicídio qualificado, o feminicídio – cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” (inciso VI) – e incluindo tal conduta no rol dos crimes hediondos (art. 1º. da Lei 8072/1990). Pode-se afirmar que estas alterações, somadas à Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), constituem um marco contra a violência de gênero no país, que continua a existir em índices alarmantes.

O presente estudo tem como foco a defesa da aplicação da Lei 13.104/2015 quando, detectada a violência de gênero, a vítima do homicídio, consumado ou tentado, pertencer ao gênero feminino, mesmo que não seja biologicamente mulher. Diante da não especificação sobre a abrangência do termo “mulher”, sua fluidez faz com que surja um impasse ao operador do Direito, pois como a legislação penal e processual penal vedam a interpretação extensiva e a analogia *in malam partem*, muitos entendem que aqueles que nasceram biologicamente homens não podem ser considerados mulheres para se beneficiarem das garantias da lei em questão, mesmo que assim se considerem e se comportem perante a sociedade.

A partir da Teoria *Queer* – eleita como marco teórico do presente estudo – defender-se-á que o conceito de feminicídio deve abarcar vítimas transexuais que apresentem gênero feminino, tenham ou não se submetido à cirurgia de redesignação sexual ou à alteração do prenome e do gênero em seu registro civil. Não se trata de interpretação extensiva ou analogia, mas da elucidação do verdadeiro alcance do “ser mulher” enquanto identidade de gênero e de se buscar a efetivação da igualdade substancial (Princípio da Isonomia) entre as pessoas que vivenciam o gênero feminino, já que este é um elemento crucial para a verificação ou não do feminicídio.

Em razão dos moldes sociais historicamente postos, fulcrados no determinismo biológico para categorização do gênero e em seu modelo binário e inflexível, pode-se afirmar que a motivação da maior parte dos homicídios cometidos contra a população trans reside no preconceito que os ronda. De acordo com dados da Organização das Nações Unidas no Brasil, entre os anos de 2008 e 2014 o Brasil registrou 604 mortes de pessoas transgênero, sendo considerado o país onde mais se mata pessoas trans (18/04/2016).

Se quando da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, em 2006, esses dados não eram tão alarmantes, certamente aumentaram e continuarão aumentando em virtude da difusão do conhecimento sobre a condição da transexualidade e do empoderamento daqueles

que a vivenciam. Em prol da dignidade da pessoa humana, espera-se que cada vez mais transexuais assumam seu sexo psicológico e que possam adequar ao mesmo, caso queiram, sua genitália e características sexuais secundárias, bem como prenome e gênero apostos em seu registro nascimento.

Diante de tais constatações, para se conquistar uma ordem jurídica justa, tanto legisladores quanto operadores do Direito em geral precisam estar atentos à realidade social¹ e ao constitucionalismo humanista tido como fundamental na atualidade para a consecução do Estado Democrático de Direito.

Metodologicamente, a pesquisa realizada foi qualitativa, bibliográfica, documental, inter e multidisciplinar, desenvolvida a partir do diálogo entre Direito (Constitucional, Penal, Civil, Biodireito), Sociologia e Filosofia.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE LEI MARIA DA PENHA, LEI 13.104/2015 E FEMINICÍDIO

São notórios os elevados índices da violência de gênero no Brasil. Em resposta a este problema cultural decorrente de uma sociedade que se desenvolveu tendo como sustentáculo o patriarcalismo e a conseqüente submissão ao homem imposta à mulher, percebe-se um problema que só poderá ser resolvido através de reflexões inerentes à Criminologia crítica. Enquanto uma mudança copernicana daquele paradigma não se opera, assiste-se ao legislador pátrio criar algumas iniciativas no âmbito do ordenamento jurídico penal para tentar desestimular a prática da violência de gênero contra a mulher, bem como para tentar proteger as vítimas de alguma forma.

Neste sentido, a Lei Maria da Penha entrou em vigor no ano de 2006 sob a esperança da redução da violência de gênero – seja física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral – praticada no âmbito doméstico ou familiar contra a mulher, aumentando o rigor da punição a ser imposta em tais casos, afastando a aplicação de “penas de cesta básica” ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, conferindo maior agilidade ao processamento da respectiva ação penal e ofertando às vítimas uma maior e mais efetiva proteção.

O sujeito passivo da violência doméstica ou familiar que mereceu tutela expressa da Lei Maria da Penha foi apenas a mulher, independentemente de classe, raça, etnia,

¹ Conforme explicam Grinover, Dinamarco e Watanabe, o acesso a uma ordem jurídica justa tem como um de seus pressupostos o direito à organização de pesquisa permanente por parte de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país (1988, p. 135).

orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião (art. 2º). O entendimento do significado da violência de gênero é crucial para a análise de quando a Lei Maria da Penha poderá ser evocada, bem como para justificar sua constitucionalidade face ao argumento da violação do Princípio da Igualdade, já que protege apenas as mulheres.

Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Por isso se fazem necessárias equalizações por meio de discriminações positivas, medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, conseqüências de um passado discriminatório. (...) o tratamento favorável à mulher está legitimado e justificado por um critério de valoração, para conferir equilíbrio existencial, social etc ao gênero feminino (DIAS, 2007, p. 56).

Em outras palavras, tais discriminações positivas buscam proteger segmentos vulnerabilizados diante de um processo histórico de marginalização social. Contudo, mesmo diante das tantas inovações explicitadas, o Brasil ocupa a quinta colocação nos quadros dos países em que mais morrem pessoas em razão da violência de gênero. Conforme dados da Organização Mundial da Saúde, a taxa de feminicídios é de 4,8 para 100 mil mulheres, sendo que houve um aumento de 54% nos homicídios de mulheres negras, especificamente, no período entre 2003 e 2013 (ONU BRASIL, 12/04/2016). Nesse sentido, Waiselfisz (2015, p. 11) explica que:

Pelos registros do SIM, entre 1980 e 2013, num ritmo crescente ao longo do tempo, tanto em número quanto em taxas, morreu um total de 106.093 mulheres, vítimas de homicídio. Efetivamente, o número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980, para 4.762 em 2013, um aumento de 252%. A taxa, que em 1980 era de 2,3 vítimas por 100 mil, passa para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%.

Diante deste cenário a Lei 13.104/2015 entrou em vigor trazendo inovações que, ao menos em tese, desestimulam a prática da violência de gênero contra a mulher², dentro e fora dos âmbitos doméstico e familiar. A primeira novidade foi prever o feminicídio – homicídio praticado contra a mulher por razões inerentes à “condição do sexo feminino” – como homicídio qualificado, através da inclusão do inciso VI no §2º do art. 121 do Código Penal. Além disso, também foi acrescentado o §2º-A no referido inciso VI, o qual explicita

² Frise-se que tanto a Lei do Feminicídio quanto a Lei Maria da Penha são desdobramentos da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), datada de 1994. Esta convenção, ratificada pelo Brasil, incorporou-se ao ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 1973/96, sendo que, segundo o entendimento corrente do Pretório Excelso, tem natureza *supralegal*, vez que é anterior à Emenda Constitucional Nº 45/04.

que “considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime (I) envolve violência doméstica e familiar; (II) menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. Por sua vez, o §7º do art. 121 foi inserido para prever hipóteses em que haverá aumento de pena de um terço até a metade, quais sejam: caso o feminicídio seja praticado (I) durante a gestação ou nos três meses subsequentes ao parto; (II) contra menor de quatorze anos, maior de sessenta ou deficiente; ou (III) na presença de descendente ou ascendente da vítima.

Referida lei ainda incluiu o feminicídio no rol dos crimes hediondos, inserindo-o na redação do inciso I do art. 1º da Lei 8072/1990. Isso significa que o agente que o cometer este crime não fará jus à graça, ao indulto e à anistia, além de ter que cumprir mais tempo da pena em regime fechado para conseguir progressão de regime.

Conforme explicam Russel e Hermes (2006, p. 58), o feminicídio pauta-se na misoginia, termo derivado do grego e empregado para designar o ódio às mulheres, sendo tal crime, portanto, um crime de ódio, cometido com o propósito de:

(...) refundar e perpetuar os padrões que culturalmente foram atribuídos ao significado de ser mulher: subordinação, fragilidade, sensibilidade, delicadeza, feminilidade etc.(...) Tais elementos culturais e seu sistema de crenças o levam a crer que tem suficiente poder para determinar a vida e o corpo das mulheres, para castigá-las ou puni-las, e em última instância, matá-las, para preservar ordens sociais de inferioridade e opressão (ONU MULHERES, 2016, p. 40).

De acordo com Vásquez (2009, p. 30), o feminicídio pode ser classificado como íntimo, não-íntimo e por conexão. Este autor explica que no feminicídio íntimo, o crime é cometido contra mulher com a qual o sujeito ativo mantém ou manteve “*relações íntimas, familiares, ou de convivência*”, sendo que o feminicídio não-íntimo é aquele em que não há qualquer laço prévio entre a vítima e o autor do delito, sendo muitas vezes relatados ataques sexuais, anteriores à execução, razão pela qual “*também é denominado femicídio sexual*”. Por fim, para o autor, o feminicídio por conexão é aquele em que há erro na execução, quando autor do delito, pretendendo atingir determinada mulher, erra e acaba por atingir outra.

A *conditio sine qua non* do feminicídio é que a vítima seja mulher, entretanto, o que é “ser mulher”? Neste sentido diverge a doutrina penal contemporânea. Conforme Brito e Pinho (2016, p. 83), num sentido mais conservador:

A qualificadora do feminicídio somente é aplicável no caso de vítima mulher (sujeito passivo), quando presente o elemento normativo relativo à motivação de sua condição de sexo feminino (questão de gênero), não se podendo, portanto, fazer analogia *in malam partem* contra o réu, para alcançar também a vítima

homem. Da mesma forma, nas relações homoafetivas masculinas não haverá a aplicação da qualificadora. Estamos de acordo com Gamil Foppel e Rudá Figueiredo quando ressaltam que se a condição de mulher do sujeito passivo é circunstância elementar objetiva do tipo, não podem ser enquadrados na qualificadora os crimes praticados contra travestis, transexuais e transgêneros.

Seguindo a mesma diretriz, Barros entende que sempre deverá ser levando em conta o critério biológico que, segundo ele:

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

Flexibilizando este entendimento, Cunha (2016, p. 64-66) explica que enquanto parte da doutrina entende que a novel legislação só será aplicada se a vítima pertencer biologicamente ao sexo feminino, outra parcela doutrinária admite uma extensão maior de sua utilização, considerando a norma como aplicável caso a vítima seja transexual, desde que tal condição tenha sido reconhecida por sentença transitada em julgado alterando o registro civil, isto é, desde que o Estado tenha previamente reconhecido o gênero do indivíduo como feminino (critério jurídico, cível ou registral).

Adepto deste último pensamento, Greco entende que:

O único critério que nos traduz, com a segurança necessária exigida pelo direito, e em especial o direito penal, é o critério que podemos denominar de jurídico. Assim, 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. Aqui, pode ocorrer que a vítima tenha nascido com o sexo masculino, sendo tal fato constatado expressamente de seu registro de nascimento. No entanto, posteriormente, ingressando com uma ação judicial, vê sua pretensão de mudança de sexo atendida, razão pela qual, por conta de uma determinação do Poder Judiciário, seu registro original vem a ser modificado, passando a constar, agora, como pessoa do sexo feminino. Somente a partir desse momento é que poderá, segundo nossa posição, ser considerada como sujeito passivo do feminicídio. (...) não podemos estender tal conceito a outros critérios que não o jurídico, uma vez que, *in casu*, estamos diante de uma norma penal incriminadora, que deve ser interpretada o mais restritamente possível, evitando-se uma indevida ampliação do seu conteúdo que ofenderia, frontalmente, o princípio da legalidade, em sua vertente *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*.

Frise-se que a jurisprudência³ mais moderna tem se formado no sentido de que a alteração do prenome e do gênero no registro civil não depende de prévia cirurgia de redesignação de sexo (neocolpovulvoplastia).

Embora se filie à corrente biológica, Barros traz em sua doutrina a existência de um terceiro critério que soma-se aos anteriormente expostos: o psicológico, segundo o qual deve ser considerada mulher toda pessoa em que o aspecto comportamental e psíquico é feminino, desconsiderando-se o critério cromossomial e sendo irrelevante a cirurgia de redesignação de sexo. Segundo Barros:

O grande problema de usarmos o critério psicológico para conceituar “mulher” é que o mesmo é formado pela convicção íntima da pessoa que entende pertencer ao sexo feminino, critério que pode ser, diante do caso concreto subjetivo, algo que não é compatível com o direito penal moderno.

O critério jurídico cível, *data venia*, também não pode ser aplicado, pois as instâncias cível e penal são independentes, assim a mudança jurídica no cível representaria algo que seria usado em prejuízo do réu, afrontando o princípio da proibição da analogia *in malam partem*, o corolário da legalidade proíbe a adequação típica “por semelhança” entre fatos.

Ademais, o legislador, mesmo sabendo que existem outros gêneros sexuais, não incluiu os transexuais, homossexuais e travestis, sendo peremptório ao afirmar: Considera-se que a há razões de gênero quando o crime envolve: “*menosprezo ou discriminação à condição de mulher*”.

Diante deste quadro, Vásquez (2009, p. 34) aponta a necessidade de uma reflexão acerca das teorias feministas e da “noção essencial de mulher”, pois as camadas LGBTTT têm trazido ao centro do debate “os efeitos prejudiciais” destes moldes em que a “essencialização de características biológicas”, referindo-se ao sexo biológico, incidem sobre a “determinação dos direitos”. Ainda explica este autor que:

En este sentido, se considera que las leyes relativas a la violencia contra las mujeres oculta aquella que sufren, por razones de género, otros colectivos discriminados, a quienes frecuentemente se les niega el reconocimiento de su identidad de mujeres sobre bases biologicistas, como ocurre especialmente con personas transgénero, transexuales o intersex.

Indo ao encontro desta expectativa, a ONU Mulheres, traçando as diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres, previu expressamente a existência do feminicídio transfóbico, que consiste em “morte de

³ Os Tribunais tem caminhado no sentido dos Enunciados nº 42 e 43, da 1ª Jornada de Direito da Saúde, promovida pelo CNJ. Nesse sentido, as seguintes decisões: Agravo de Instrumento nº 70060459930 RS. Relator: Rui Portanova. Julgamento: 21/082014. 8ª Câmara Cível. Publicação: 26/08/2014; Ainda: Apelação Cível nº 10521130104792001 MG. Relator: Edilson Fernandes. Julgamento: 22/04/2014. 6ª Câmara Cível. Publicação: 07/05/2014. Tramita no STF o RE 670422, a respeito da temática, ainda inconcluso.

uma mulher transgênero ou transexual, na qual o(s) agressor(es) a matam por sua condição ou identidade de gênero transexual, por ódio ou rejeição” (2016, p. 22).

2 ALÉM DO DETERMINISMO BIOLÓGICO – IDENTIDADE TRANS E IDENTIDADE DE GÊNERO

No curso da edificação histórica da existência humana, o simplismo maniqueísta⁴, binário, atrelou a determinação biológica dos aparelhos genitais – definidos pela presença dos pares de cromossomas XX ou XY⁵ –, a certos papéis sociais, na dualidade entre o masculino e o feminino (WEREBE, 1998, p. 25).

Corroborando com tal entendimento, a proposição de Beauvoir (1970, p. 16) que, ao lume de tal binariedade, aponta que “legisladores, sacerdotes, filósofos, escritores e sábios”, no gozo de suas posições sociais, com grande afinco, empederniram a ideologia de a mulher subordinada, como coisa que era “desejada no céu e proveitosa à terra”, respaldando-se lancinantemente nos dogmas religiosos, com o acinte de validar tais ideologias.

Assim, erigiu-se no imaginário coletivo a percepção do outro incidindo sobre o ser, determinando-o, designando-lhe papéis sociais, de acordo, unicamente, com os fatores biológicos, sendo o esforço de tais figuras capaz de idealizar e propagar uma posição de subjuogo de todas as representações femininas.

No cintilo do século XX, as questões já suscitadas nos séculos anteriores, por figuras como Flora Tristan, cuja obra “Peregrinações de uma pária” relatava o sexismo e opressão do gênero feminino, começaram a tomar outras formas. No início daquele século as falas de Zetkin e Lenin (1934, p. 11-14) pugnavam pela defesa mais revolucionária de uma nova posição para a figura feminina na sociedade. Neste sentido, Luxemburgo (1975, p. 563-580) apontava o fulcro social da construção dos papéis sociais de gênero, ao exemplificar:

(...) em muitas tribos primitivas, por exemplo, entre os índios brasileiros, apenas as mulheres cortam madeira na floresta, cavam raízes e colhem frutas, enquanto que entre os povos pastores de África e Ásia, os homens não apenas cuidam do gado, mas também ordenham. Além disso, ainda é possível ver, na Dalmácia, mulheres transportando cargas em suas costas, enquanto o hercúleo marido a acompanha tranquilamente montado em seu burro, fumando seu cachimbo. Essa “divisão de trabalho” parece-lhe, então, tão natural quanto parece óbvio aos nossos agricultores que o homem corte a madeira e a mulher ordene a vaca. (tradução dos autores)

⁴ O maniqueísmo, ideologia religiosa, fundada pelo persa Mani, ou Manes, regia-se pelo entendimento binário e extremado da existência de “*bem e mal como formas absolutas*” (COYLE, 2009, p. XVII).

⁵ O cromossoma XX, para a fêmea da espécie e o XY, para o macho (KIERSZENBAUMP; TRES, 2012, p. 54).

Análises das teorias de outrora sobre o gênero feminino muito dizem acerca da questão da identidade de gênero como um todo, vez que, conforme Tamsin (1999, p. 7), as mulheres, nos movimentos feministas, foram pioneiras ao tratar da temática e, posteriormente, gays, lésbicas e demais excluídos das padronizações sociais em termos de gênero, classificadas pela autora como “normas de heterossexualidade”, aprofundaram a questão. Foucault (1999, p. 98-99) evidencia os mecanismos de domínio sobre o corpo alheio enquanto ferramentas de controle, com o discurso da patologização das questões de gênero balizadas no ideário de uma inversão. Sobre a questão do corpo, Sartre (2005, p. 387) destacou que:

Conhecemos a questão colocada pelos fisiologistas: “Como podemos endireitar os objetos que se desenham invertidos sobre nossa retina?” Também conhecemos a resposta dos filósofos: “Não há problema. Um objeto está apurcado ou invertido com relação ao resto do universo. Perceber o universo inteiro invertido nada significa, pois seria necessário que estivesse invertido em relação a algo”. Mas o que interessa particularmente é a origem desse falso problema: o fato de querer-se vincular minha consciência dos objetos com o corpo do outro.

Assim, as ideologias de patologização e de inversão se dão em função da construção histórica de um ponto de vista de limitação a certos papéis sociais, volvendo-se à dualidade simplista. Werebe (1998, p. 25) elucida que as diferenças “sexuais, sociais e psicológicas” não se subordinam exclusivamente ao fator biológico, “nem os hormônios, nem os cromossomas”. Para este autor, “a anatomia e a fisiologia dos órgãos genitais definem os dois tipos de sexo: macho e fêmea. Porém, a identidade de gênero, que define a masculinidade e a feminilidade, é função de vários fatores e não apenas do sexo biológico”.

O mesmo autor entende, ainda, que a diferença essencial reside nas “relações sociais”, sendo que a terminologia “gênero” é a mais adequada para a definição dos “papéis sexuais, ligados a fatores econômicos, sociais e culturais” (1998, p. 25). Nesta esteira, Beauvoir elucidou que “ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto (...)” (1967, p. 9).

Com tais proposições, faz-se mister destacar que, restringindo-se o entendimento ao determinismo biológico, definindo-se a identidade masculina ou feminina em virtude da genitália, uma mulher que não possuísse seu órgão genital em razão de fatores como a

Síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser⁶ (GUTSCHE, 2011), não seria uma mulher. Tal entendimento apresenta-se demasiadamente descabido, haja vista que sua inserção social no tocante ao gênero não repousa unicamente nos quesitos fisiológicos.

Tal correlação binária e estrita, revela à consciência o fenômeno do ser, aquele que, de inopino, mostra-se ao campo do perceber e que, contudo, não alcança o ser, sendo a projeção de sua aparência, determinada pela leitura de uma consciência sobre o outro, tantas vezes, equivocada, em razão de se notar parte e não o todo (SARTRE, 2005, p. 35-36).

Surge, assim, a questão da identidade de gênero, terminologia que, conforme explicitam Appleby e Anastas (*apud* OLIVEIRA, 2010, p. 20), deve ser entendida no "sentido subjetivo do *self* em indivíduos como sendo masculino ou feminino".

A identidade trans, por seu turno, conforme esclarece Suess (2010, p. 29 *apud* ÁVILA; GROSSI, 2010, p. 2):

(...) refere-se a todas as pessoas que elegeram uma identidade ou expressão de gênero diferente da atribuída ao nascer, incluindo pessoas transexuais, transgêneros, travestis, cross dressers, não gêneros, multigêneros, de gênero fluido, gênero queer e outras autodenominações relacionadas.

Com relação à transexualidade, foco do presente estudo, trata-se de manifestação extrema de inversão psicosssexual⁷, em que o indivíduo rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero (genitália e caracteres secundários), identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. "Trata-se de um drama jurídico-existencial, por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica" (DINIZ, 2009, p. 281), fazendo com que a pessoa tenha a sensação de que nasceu no corpo errado. Assim, o transexual vive um duplo conflito:

(...) de um lado, o conflito interno, que consiste em um permanente desgosto, senão em revolta, em relação aos seus órgãos genitais e aos atributos secundários de um sexo que o indivíduo sente não ser o seu; do outro, o conflito externo, oriundo de sua vida de relação. O ambiente social onde vive lhe é hostil (SZANIAWSKI, 1998, p. 49-50).

A evidência médica sugere não se tratar a transexualidade de doença, sendo os transexuais pessoas normais, sob todos os aspectos, sendo sua identidade de gênero bem

⁶ "A síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser é uma condição incomum (...), uma forma de agenesia mülleriana caracterizada por atresia vaginal, anomalias uterinas e tubárias, que podem incluir ausência ou hipoplasia" (GUTSCHE, 2011).

⁷ "O sexo psicossocial seria, então, o resultado de uma combinação de fatores e interações genéticas, fisiológicas e psicológicas que acontecem e se formam dentro do meio onde o indivíduo se desenvolve" (PEREIRA, 2008, p. 18)

definida e normal (FARINA *apud* SZANIAWSLI, 1998, p. 63). Contudo, impende destacar que sobre estas pessoas pairam discursos patologizantes, o que acaba contribuindo, de alguma forma, para reforçar o preconceito por elas sofrido. Contudo, nota-se que:

Em alguns países, grupos de defesa da pessoa transgênero têm lutado para excluir a identidade transexual das classificações patológicas. O desafio, porém, é manter e ampliar o acesso público e humanizado aos cuidados em um sistema de saúde que, para se obter tratamento médico, é necessário a existência de um diagnóstico. A proposta CID-11 para incongruência de gênero e a nova conceituação do DSM-5 para disforia de gênero⁸ refletem os esforços da OMS e da APA em manter a classificação diagnóstica sem patologizar comportamentos e identidades de gênero variantes (SOLL, 2016, p. 24).

Essa despatologização que leva a discussão acerca da transexualidade para além do aspecto biológico e dualista, encontra esteio na denominada Teoria *Queer* – ou *Queer Theory* –, tendo por baluarte figuras como a filósofa Judith Butler e como característica principal a possibilidade da construção da identidade de gênero.

Miskolci explica o contexto em que se deu a origem do termo “Teoria *Queer*”:

Em paralelo com as manifestações políticas queer⁹, emergia uma vertente teórica que se distanciou criticamente dos movimentos gay e feminista tradicionais e foi “batizada” por Tereza de Lauretis como Teoria Queer, em 1991, durante um evento na Universidade da Califórnia em Santa Cruz. Segundo o sociólogo Steven Seidman, a linha queer buscou mudar o foco dos estudos sobre homossexualidade ou sobre homossexuais para questões suscitadas pelo binarismo hetero/homo, sublinhando sua centralidade como princípio que organiza a sociedade contemporânea. Além disso, a Teoria Queer propôs uma atenção mais crítica a uma política do conhecimento e da diferença (2011, p. 52).

Tamsin (1999, p. 8-9) expõe que a Teoria *Queer* não se trata de uma “sistemática conceitual ou de uma estrutura metodológica”, mas uma questão de “engajamentos intelectuais” no que diz respeito às “relações de sexo, gênero e desejo”. Destarte, o termo descreve um largo espectro que fluem desde as “leituras das representações do desejo pelo mesmo sexo” nas artes, em geral, até as análises e críticas do contexto político-social do tema, bem como, o sistema de imposição do sexo ao gênero. Assim, conduz para além do binarismo entre o feminino e o masculino, o XX e o XY.

Nesse prisma, Butler (2003, p. 24), começa a traçar um panorama de dissociação de tal compulsoriedade de sexo-gênero-desejo enquanto coisa una:

⁸ Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **CID-10. F64.0.** Disponível em: <<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en>>. Acesso em 05 out. 2016.

⁹ “A expressão “*queer*” constitui uma apropriação radical de um termo que tinha sido usado anteriormente para ofender e insultar” (SALIH, 2012, p. 19), significando “estranho”, “oblíquo”, “fora do centro”.

Se o gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra, de um sexo desta ou daquela maneira. Levado a seu limite lógico, a distinção sexo-gênero sugere uma descontinuidade radical entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos.

Assim, a regulação descrita por Foucault (1999, p. 98-99) é tratada por Butler (2003, p. 38-39), no sentido de uma ausência de coerência, ou necessidade de correlação entre os aspectos de sexo, gênero e desejo, sendo fundada nos preceitos que:

A heterossexualização do desejo requer e institui a produção de oposições discriminadas e assimétricas entre "feminino" e "masculino", em que estes são compreendidos como atributos expressivos de "macho" e de "fêmea". A matriz cultural por intermédio da qual a identidade de gênero se torna ininteligível exige que certos tipos de "identidade" não possam "existir" - isto é, aquelas em que o gênero não decorre do sexo e aquelas que as práticas do desejo não "decorrem" nem do "sexo" nem do "gênero".

Partindo-se de tais fundamentos auferíveis na obra de Butler, entende-se por sexo o aparelho biológico, os órgãos genitais que, por si, dizem pouco sobre um indivíduo e não guardam relação com a identidade de gênero, esta entendida como expressão do ser no mundo. Seu desejo e a forma de manifestá-lo em nada interferem nas questões anteriores, sendo, apenas, a expressão da consciência do ser para com o objeto de desejo fundado no outro. Deste modo, a partir da Teoria *Queer* entende-se, hoje, que um feto portador de um pênis não está condicionado a “ser homem”, ou heterossexual, vez que tais elementos constitutivos da personalidade são autônomos. Com vistas em tais ensinamentos, abre-se uma gama para além da binariedade extremada, dos pólos feminino e masculino, com incontáveis matizes entre um e o outro. Harrington (2016, seção 10, e-book), explica que "se o gênero fosse um espectro linear de A a Z, com A sendo mulher e Z sendo homem, há pessoas que têm combinações como AZ, AZG, FW, ou uma sequência de cada letra do alfabeto e além" (tradução dos autores).

Conforme elucida Bauman, “a identidade só nos é revelada como algo a ser inventado, e não descoberto” (2005, p. 21). “A fragilidade e a condição eternamente provisória da identidade não podem mais ser ocultadas. O segredo foi revelado. Mas esse é um fato novo, muito recente” (2005, p. 22). “A ideia de identidade nasceu da crise do pertencimento e do esforço que esta desencadeou no sentido de transpor a brecha entre o “deve” e o “é”” (2005, p. 26). “A ideia de que o sujeito não é uma entidade preexistente, essencial, e que nossas identidades são construídas significa que as identidades podem ser *reconstruídas* sob formas que desafiem e subvertam as estruturas de poder existentes” (SALIH, 2012, p. 23).

É, assim, auferível que tais ainda novéis teorias, muito tem a dizer sobre a fática realidade que se descortina com cada vez mais vigor, nas sociedades contemporâneas, vez que a existência em si não se comprime em tal dicotomia, ou ainda, rememorando Heráclito de Éfeso (1999, p. 85), há o constante devir do ser e, sendo que o Direito, igualmente, não pertence ao campo das coisas estáticas, deve acompanhar a evolução da sociedade.

3 A LEI 13.104/2015 AO LUME DA TEORIA *QUEER* COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA DIGNIDADE HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Assiste-se a uma tendência global para o reconhecimento e aprimoramento das ações do Estado em relação às pessoas com identidade trans. Nesse sentido, o Conselho da Europa (2015, p. 7) explica que a Corte Europeia de Direitos Humanos tem realizado julgamentos no sentido do reconhecimento da identidade de gênero, compreendendo que a negação dos Estados após o reposicionamento cirúrgico do gênero consiste em violação do art. 8 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

Na atualidade o debate verte-se para além desse reconhecimento da identidade de gênero condicionado à cirurgia de redesignação de sexo, já que tal obrigação perpetua a indesejável binariedade homem-mulher e a ligação sexo-identidade de gênero-prática sexual-desejo, reforçando a percepção social de normalidade/anormalidade (BUTLER, 2003, p. 38).

No Brasil, com o advento da Lei 13.104/15, eclodem inúmeras alterações sobre os meios adequados de sua aplicação. Uma vez sabendo que o feminicídio, ao lado da Lei Maria da Penha, tem o fito de minorar os dantescos índices de violência e morte de mulheres no país, sendo verdadeiros desdobramentos da Convenção de Belém do Pará, convém observar que tais instrumentos tem o condão de reforçar direitos fundamentais básicos, como o direito à segurança, preceito tão basilar que o constituinte originário fez constar no “*caput*” dos artigos 5º e 6º da Carta Magna.

Contudo, como seria uma correta aplicação de tais preceitos, à luz da Teoria *Queer* – cujo entendimento urge em pleno século XXI –, para além do determinismo do sexo biológico? Considerando o brocardo “*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*” (onde há a mesma razão deve-se aplicar a mesma disposição legal), insta destacar que os Tribunais pátrios, há algum tempo, manifestam-se pela aplicação da Lei Maria da Penha para fins de

proteção de pessoas transexuais, conforme a sentença proferida nos autos do processo nº 201103873908, que tramitou na 1º Vara Criminal de Anápolis, Goiás, na qual destaca-se que

22. É necessário ressaltar que a violência contra a mulher é uma forma específica, praticada por qualquer indivíduo, seja homem ou mulher, e dirigida à mulher. Acontece que, o termo “mulher” pode se referir tanto ao sexo feminino, quanto ao gênero feminino. Destarte, não teria sentido sancionar uma lei que tivesse como objetivo a proteção apenas de um determinado sexo biológico. 23. Assim, diz-se que aquele sistema normativo é baseado no gênero, pelo fato dessa violência se referir às características sociais, culturais e políticas impostas a homens e mulheres e não às diferenças biológicas entre homens e mulheres. Desse modo, a violência de gênero não ocorre apenas de homem contra mulher, mas pode ser perpetrada também de homem contra homem ou de mulher contra mulher (fls. 6).¹⁰

Ainda neste sentido, Dias (2010, p. 58), afirma que os indivíduos que se reconhecem enquanto pertencentes ao gênero feminino estão protegidos por esta lei.

Nessa esteira, conforme explica Cunha (2016, p. 65), existem duas correntes, sendo que uma, conservadora, inadmitte a aplicação de tais normas para transexuais. Tais doutrinadores se apegam ao argumento de incidência da analogia *in malam partem*, caracterizando rompimento com o princípio da legalidade.

A doutrina penal enumera quatro funções para o princípio da legalidade. A primeira é proibir a retroatividade da lei penal; a segunda é vedar a criação de crimes e penas pelos costumes; a terceira é proibir o uso da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e, por derradeiro, vedar incriminações vagas e indeterminadas (GRECO, 2015, p.146). Desta forma, atrelando o princípio da legalidade aos sub-princípios da reserva legal, da taxatividade e da anterioridade da lei, entendem que é vedado qualquer recurso que possa criar hipóteses que, de alguma forma, venham a prejudicar o agente.

Acerca da temática, Masson (2011, p. 108), explica que a analogia *in malam partem* se dá quando, “omissa” a norma, o julgador aplica lei semelhante, com “*hipótese não mencionada no dispositivo legal*”.

Nesta esteira, uma vez que a norma não declara unicamente sua aplicação em função de sexo biológico, mas da “condição de mulher”, entendendo que existem pessoas

¹⁰ Ainda neste sentido, destaca-se: TJSP. Mandado de Segurança nº 22097361-61.2015.8.26.0000-SP. Rel. Des. Ely Amioka. Data de publicação: 15/10/2015. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2016/03/TJSP_AcordaoMS_0810210LMPtrans.pdf. Acesso em 23 out. 2016; e TJSC. Conflito de Jurisdição n. 2009.006461-6. Relator: Roberto Lucas Pacheco. Data de Publicação: 14/08/2009. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000DH4U0000&nuSeqProcessoMv=null&tIpoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1680120&pdf=true>. Acesso em 23 out. 2016.

que vivem sob a condição de mulher, independentemente do sexo biológico, sendo que, conforme o alinhamento com as cognições da Teoria *Queer*, a referência destas pessoas ao sexo biológico configura um verdadeiro ultraje às suas identidades, há, quando se nega suas identidades e liberdade pessoal, uma nítida violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil conforme previsão constitucional.

Assim, a compleição de tal interpretação não se trata de analogia *in malam partem*, mas de uma “hermenêutica construtiva”, pautada em todo arcabouço dos princípios fundamentais, historicamente conquistados, deixando de lado os preconceitos existentes no senso comum, em prol da prevalência de direitos como a dignidade da pessoa humana, autodeterminação, não discriminação e busca pela felicidade.

Outrossim, ao negar a natureza feminina de uma mulher transexual, ainda que não submetida à cirurgia de redesignação de sexo, estar-se-á diante de violência contra sua natureza, efetivamente, feminina, contra sua “condição de mulher”. Deste modo, razão assiste à Bauman (2008, p. 67) ao declarar que “no ambiente líquido-moderno”, questões privadas, cada vez mais alcançam a esfera pública, porque os agentes sociais são assim “estimulados” ou compelidos a pensar, a projetar e “executar” os preceitos postos. Daí decorre o que denomina como “tribunais individuais de justiça”, em que os papéis de “acusado, júri e juiz” se fundem no mesmo ser, que passa a se reger autonomamente, explicando assim as disparidades nas aplicações normativas:

O que é considerado justo em um tribunal individual pode ser rejeitado por outro como uma grotesca imitação de justiça, enquanto as premissas comuns entre as cortes são muito instáveis e voláteis, e a comunicação muito superficial e contingente, para que se possam resolver suas discordâncias e chegar a uma decisão verdadeiramente satisfatória para ambos (2008, p. 67).

“Essa crise ocorre porque o velho modelo de Direito (de feição liberal-individualista-normativista) não morreu e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda. Deixar vir o novo à presença: esse é o desafio” (STRECK, 2003, p. 140), que possui o condão de romper os arcaísmos da reprodução de verdades pré-fabricadas e impostas, para além do nada biológico externo que pouco declara sobre o ser que o habita. Vaitsman explica que:

A fragmentação e a heterogeneidade das sociedades contemporâneas fazem com que suas práticas não possam mais ser legitimadas por metanarrativas abrangentes e pretendendo totalizar o conjunto da experiência humana. O pós moderno é pensado então como “incredulidade em relação às metanarrativas”, e produz-se enquanto uma crise que atinge os discursos e as expressões artísticas e culturais

que se pretendem universais, unificadoras do conjunto da experiência de uma humanidade em geral. [...] a crise das “metanarrativas de legitimação” eclodiu como parte da emergência da problemática do outro, ou seja, dos movimentos de afirmação de identidades raciais, étnicas, sexuais, locais, etc que identificam nos discursos derivados da concepção iluminista de razão universal a dominação empírica de uma razão branca, masculina, burguesa e ocidental (1994, p. 21). Ao valorizar as experiências particulares de grupos e indivíduos, as tendências pós-modernas rejeitam qualquer idéia de totalidade, desde a concepção de uma história universal da humanidade até o domínio de um único estilo ou solução técnica. Quando se fala em pós-moderno (...) está se falando da aceitação da coexistência e da mistura de códigos e de mundos, do reconhecimento da heterogeneidade que existe na sociedade contemporânea; mas sobretudo de uma heterogeneidade que agora se quer reconhecida como legítima (1994, p. 43).

Neste contexto, cada pessoa deve se perceber como um microcosmo “a exhibir na lapela da própria alma o bóton de uma originalidade que ao Direito só compete reconhecer até para se impor como expressão de vida comum civilizada (BRITTO, 2012, p. 27). Este Direito pressupõe o “pensar outramente” decorrente do constitucionalismo humanista e da democracia fraternal enquanto consagrações do pluralismo e do não-preconceito, “servido por políticas públicas de ações afirmativas que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupamentos sociais” (BRITTO, 2012, p. 35). Partindo de tais premissas, o operador do Direito deve tê-lo enquanto meio e o humanismo enquanto fim. “É como dizer: o humanismo, alçado à condição de valor jurídico, é de ser realizado mediante figuras de Direito. Que são os institutos e as instituições em que ele, Direito Positivo, se decompõe e pelos quais opera” (BRITTO, 2012, p. 37).

Explicando a tarefa do intérprete da lei para humanizá-la quando de sua aplicação ao caso concreto, Britto dispõe que:

A lei “não passa de justiça como discurso legislado ou valor simbólico, insista-se. Por isso mesmo que distante, fria, orgulhosa de sua imperturbável objetividade (...). Justiça meramente pensada, por conseguinte, e não propriamente vivida. (...) Inafastável ponto de partida para a resolução de casos concretos (...). Não, porém, como necessário ponto de chegada (2012, p. 56). Noutro modo quiçá mais ilustrativo de colocar a ideia: ante o texto legislado e a decisão judicial navega o sentido. Ali, algo significante. Aqui algo significado. Mas algo significado que pode ser o fruto de idas e vindas do intérprete entre o texto referente e o caso referido, se a relação entre ambos caracterizar-se por uma tão mútua quanto irresistível influência. É quando o dever-ser do Direito se concilia com o ser da vida e aí já não há descompasso entre a justiça como formulação e meramente objetiva e a justiça material do caso entre partes (2012, p. 60).

Conforme explica Foucault, “não se trata do posterior encontro entre uma experiência já formada e uma ignorância a informar: trata-se de uma nova disposição dos objetos do saber: um domínio onde a verdade se ensina por si mesma” (1977, p. 77).

“Insiste-se na necessidade de ligar o saber particular a um sistema geral de conhecimentos” (1977, p. 81). “Não se trata mais de uma diferença no objeto, ou no modo como ele se manifesta, mas de uma diferença de níveis na experiência do sujeito que conhece” (1977, p. 92). “Nem a norma, nem a regra, nem o sistema são dados à experiência cotidiana: atravessam-na, dão lugar a consciências parciais, mas não poder ser inteiramente aclarados senão por um saber reflexivo” (2002, p. 502).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto a Lei Maria da Penha quanto a Lei 13.104/2015 não exprimem a diferença entre sexo e identidade de gênero, deficiência esta também verificada na maior parte da doutrina penal.

O presente estudo, fomentando o amadurecimento social e jurídico trazido pelas discussões de gênero, defende a aplicação do feminicídio quando praticado contra transexuais que, embora tenham nascido com genitália masculina, consideram-se e comportam-se como mulheres, ainda que seu corpo contradiga esta verdade psicológica e emocional. Pode-se afirmar que estas mulheres são ainda mais vulneráveis à violência de gênero em virtude do estigma social ainda inerente à transexualidade, merecendo, portanto, um tratamento adequado pelo Direito no sentido de garantir a efetividade dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana entre todos aqueles que se autodeclaram do gênero feminino.

Mulheres não podem ser tratadas de formas distintas, a depender da coerência entre sua genitália e sua identidade de gênero. Mesmo porque, o conceito de feminicídio prevê que para sua verificação é necessário que o homicídio ou sua tentativa tenham ocorrido em razão da *condição de sexo feminino*, restando configurado quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à *condição de mulher*”.

A correta aplicação da referida lei ao caso concreto depende da correta leitura do que é ser mulher e do que é pertencer ao gênero feminino, tal como explicitado pela Teoria *Queer*, que se mostra imprescindível à hermenêutica jurídica moderna, comprometida com o constitucionalismo humanista e solidário na luta contra o controle social sobre o corpo do outro (FOUCAULT, 1999, p. 31-32; BUTLER, 2014, p. 251).

É sabido que os textos legais carecem da hermenêutica, devendo esta atender às exegeses de seu tempo e, no caso da aplicação de tal proteção às mulheres transexuais, o que se tem é uma verdadeira interpretação construída a partir da visibilidade de tal temática, que

cruzou agrestes escarpados até atingir a maturidade que cá nos alcança. Seria descabido desconsiderar uma existência plena e contínua na “condição de mulher” no instante em que mais urge o resguardo, no momento exato em que suas vozes doridas bradam pela dignidade de ser aquilo que são, determinadas por si, além do campo perceptivo de outros, que tantas vezes lhes açoitam com a negação de suas vidas inteiras, vilipendiando-lhes, além do crime tipificado, no direito de existirem enquanto mulheres.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Simone; GROSSI, Miriam Pillar. *Transsexualidade e movimento transgênero na perspectiva da diáspora queer*. V Congresso da Associação Brasileira de Estudos da Homocultura, Novembro de 2010. Disponível em: <<http://nigs.ufsc.br/files/2012/01/TRANSEXUALIDADE-E-MOVIMENTO-TRANSG%8ANERO-NA-PERSPECTIVA-DA-DI%81SPORA-QUEER-Simone-%81vila-e-Miriam-Pillar-Grossi.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio e neocolpovuloplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais*. Disponível em: <http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovuloplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>. Acessado em 14 de março de 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo. I Fatos e mitos*. São Paulo: Difusão Européia, 1970.

_____. *O segundo sexo. II A experiência vivida*. São Paulo: Difusão Européia, 1967.

BRASIL. _____. *Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm> Acesso em 24 out. 2016.

_____. *Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm> Acesso em 24 out. 2016.

_____. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em 24 out. 2016.

BRITO, Michelle Barbosa; PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Crimes contra a vida. In: QUEIROZ, Paulo (Coord.). *Direito Penal: parte especial*. 3ª Ed. rev., ampl. E atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

_____. *Regulações de gênero*. cadernos pagu (42), janeiro-junho de 2014:249-274. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n42/0104-8333-cpa-42-00249.pdf>>. Acesso em 06 out. 2016.

CONSELHO DA EUROPA. *Protecting Human Rights of Transgender Persons: A short guide to legal gender recognition*. Conselho da Europa, 2015. Disponível em <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680492119>>. Acesso em 26 out. 2016.

COYLE, J. Kevin. *Manichaeism and its legacy*. Leiden, Boston: Brill, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. Editora São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª. Ed. rev., aum e atual. São Paulo: Saraiva: 2009.

ÉFESO, Heráclito de. *Pré-Socráticos: Fragmentos, Doxografia e Comentários*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. 8ª. Ed. Tradução de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. *O nascimento da clínica*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1977.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, vol. 1*. 17 ed. Niterói: Impetus, 2015.

_____. *Feminicídio; comentários sobre a lei 13.104, de 9 de março de 2015*. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>>. Acesso em 02 Out. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GUTSCHE, Rodrigo Manfroi. *et al. Síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser: relato de caso e revisão da literatura*. Revista Radiologia Brasileira, vol. 44, n.3, São Paulo, Maio/Junho, 2011.

HARRINGTON, Lee. *Traversing Gender: Understanding Transgender Realities*. Anchorage, AK: Mystic Production Press, 2016, Seção 10. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?lr=&hl=ptBR&id=PBMHDAAAQBAJ&q=AZ#v=snip_pet&q=AZ&f=false> Acesso em 06 out. 2016.

KIERSZENBAUMP, Abraham L.; TRES, Laura L. *Histologia e Biologia Molecular*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 54.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático - Parte Geral*. São Paulo: Método, 2011.

MISKOLCI, Richard. Não ao sexo rei: da estética da existência foucaultiana à política queer. In: SOUZA, L. Antônio F. de; SABATINE; Thiago T.; MAGALHÃES, Boris R. de. (org.). *Michel Foucault: sexualidade, corpo e direito*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011, p. 47-68.

OLIVEIRA, João M. de. *Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero - CIG, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *CID-10. F64.0*. Disponível em: <<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en>>. Acesso em 05 out. 2016.

ONU MULHERES. *Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília, abril, 2016. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf. Acesso em: 05 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução* (12/04/2016). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. *Violência contra pessoas trans é 'extremamente alta' nas Américas, apontam ONU e parceiros* (18/04/2016). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/violencia-contra-pessoas-trans-e-extremamente-alta-nas-americas-apontam-onu-e-parceiros/>>. Acesso em 06 out. 2016.

PEREIRA, Rafael D'Ávila Barros. *Alteração do registro civil em face da cirurgia de redesignação sexual*. Juiz de Fora: Templo, 2008.

LUXEMBURGO, Rosa. *Einführung in die Nationalökonomie*. Berlin: Instituto de Marxismo-Leninismo do Comité Central do SED, 1975. Disponível em: <http://www.mlwerke.de/lu/lu05/lu05_563.htm>. Acesso em 5 out. 2016.

RUSSELL, Diana E. H.; HERMES, Roberta A. *Femicídio: una perspectiva global*. Coyoacán, México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2006.

SALIH, Sara. *Judith Butler e a teoria queer*. Tradução e notas de Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

SOLL, Bianca Machado Borba. *Incongruência de gênero: um estudo comparativo entre os critérios diagnósticos CID-10, CID-11 e DSM-5*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Medicina, Programa de Pós-graduação em Ciências Médicas: Psiquiatria, Porto Alegre, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O senso comum Teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasilis*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v.4, n. 16, jan.fev.mar/2003. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003, p. 139-161.

SZANIAWSLI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

TAMSIN, Spargo. *Foucault and Queer Theory*. Nova Iorque: Icon Books, 1999.

TRISTAN, Flora. *Peregrinaciones de una paria*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, UNMSM, Fondo Editorial, 2003. Disponível em: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/literatura/pereg_paria/contenido.htm>. Acesso em 5 out. 2016.

VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e plurais – identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. *Feminicidio*. Cidade do México: Oficina no México do Alto Comissionado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2009. Disponível em: <<http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2015/09/P.-Toledo-Libro-Feminicidio.compressed.pdf>>. Acesso em 24 out. 2016.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: ONU, 2015. Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em 24 out. 2016.

WARNER, Michael. *Fear of a queer planet: queer politics and social theory*. Minneapolis, MN: University of Minnesota Press, 2004.

WEREBE, Maria José Garcia. *Sexualidade, política e educação*. Campinas: Autores Associados, 1998.

ZETKIN, Klara; LENIN, Vladimir Il'ich. *Lenin on the woman question*. Nova Iorque: International Publishers, 1934.