

BREVÍSSIMAS REFLEXÕES SOBRE A PREVISÃO TÍPICA DA FIGURA FUNDAMENTAL DO FEMINICÍDIO

*Bazilio de Alvarenga Coutinho Junior**

RESUMO

O feminicídio é uma das inúmeras qualificadoras do homicídio e foi inserido no Código Penal como mais uma ferramenta de combate na luta contra a violência à mulher. Antes da inovação legislativa, a previsão típica do homicídio contra a mulher motivado por razões de gênero já encontrava amparo na qualificadora do motivo torpe e até mesmo fútil. Após a especificação do feminicídio esta motivação torpe ganhou figura autônoma e passou a ser melhormente detalhada. Acrescentou-se o inciso VI ao §2º do art. 121 e o §2º-A ao Código Penal incluindo-se norma penal explicativa para interpretar o que deve ser entender por 'razões do sexo feminino', sendo esta a razão fundamental que deve estar presente para que se considere a conduta especificamente como feminicídio. Além da análise do tipo em si, existe a problemática em torno da definição de mulher de forma a se estabelecer se o alcance da norma chega a abarcar os transexuais ou não. Ao final conclui-se ser a figura qualificada uma importante aliada na proteção à vida e integridade física da mulher

Palavras-Chave: feminicídio, razões de gênero, condição do sexo feminino

**Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Professor e advogado*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto proceder a uma rápida análise sobre a figura do infanticídio em sua modalidade fundamental como uma derivação qualificada do tipo penal do homicídio.

O intuito é trazer ao leitor uma abordagem sobre os antecedentes dessa figura típica, bem como as inovações legislativas, e algumas características e discussões doutrinárias que circundam o tema.

Ressalta-se a importância do estudo do tema face ao crescente aumento de homicídios tendo mulheres como vítimas, bem como a intolerância de gênero que vem ganhando espaço e sendo retratada na mídia no combate à desigualdade de tratamento.

Há, neste trabalho, o escopo de trazer ao leitor uma análise técnica do instituto, sem qualquer pretensão de esgotamento, a fim de desmistificar certos pré conceitos que possam existir sobre o alcance da norma.

Dessa forma, busca-se apoio nas diferentes correntes de pensamento doutrinário a fim de que, após a sua leitura se possa extrair um juízo de convicção sobre o assunto.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO FEMINICÍDIO

A figura do feminicídio como derivação e nova qualificadora do homicídio faz parte de um conjunto de inovações legislativas que vêm marcando uma necessária tendência do legislador de conferir amparo à mulher de forma a propiciar um tratamento mais garantista e igualitário como resultado de uma verdadeira luta contra a desigualdade de tratamento.

Esse tem sido o elemento motor que fez importantes espécies normativas serem publicadas durante as últimas décadas, vindo desde a lei do divórcio; do tratamento legal conferido à união estável - que teve por foco o amparo de casais unidos fora do matrimônio, em que, na grande maioria das situações a mulher que mantinha tal relacionamento passou a contar com previsões legais relativas à partilha de bens e também participação na herança integrando a correta concepção de família - passando pelo verdadeiro marco na proteção da mulher vítima de violência doméstica, com a publicação da Lei Maria da

Penha e, mais recentemente com a alteração do Código Penal incluindo a figura típica em estudo possibilitando a punir mais gravemente o homicídio praticado nessa modalidade.

Dentre as normas voltadas às inovações mencionadas, não se pode deixar de destacar que a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, foi decisiva no intuito de dar um tratamento mais rigoroso àquele que pratica violência contra a mulher impondo penas mais graves e inflexíveis e ao mesmo tempo, conferindo maior proteção à vítima.

A promulgação da referida lei, veio em resposta ao um clamor social frente ao alto índice de agressões que, não raras vezes, levaram a óbito mulheres dentro do ambiente doméstico e passou, de fato, a somar como verdadeiro instrumento de coibição de tal prática.

Há que se ressaltar, porém, que não obstante a referida lei já esteja em vigor a quase 15 anos a mudança no quadro de violência contra a mulher vem ainda se dando de forma vagarosa, o que tem obrigado o Estado a implantar medidas e as políticas públicas de forma a efetivar a proteção contra a mulher.

Nesse passo, é importante reconhecer que esse movimento legislativo vem antes mesmo da Lei Maria da Penha, o legislador já vinha abrindo caminho com mudanças pontuais no Código Penal, como se infere da lei 10.886/04 que acresceu, naquele estatuto, os §9º e 10 do art. 129 trazendo figuras qualificadas e majoradas respectivamente às hipóteses em que a lesão corporal se dá quando o agente pratica a conduta ‘prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade’.

Aponta-se, igualmente a lei 10.455/02 que acrescentou o parágrafo único ao art. 69 da Lei 9099/95 em que se passou a prever o afastamento do agressor do lar conjugal como medida de cautela.

Não obstante a nítida preocupação do legislador com a proteção de mulheres vítimas de violência doméstica, o verdadeiro estopim para a criação da figura típica do feminicídio foi, ao que tudo indica, a conclusão dos trabalhos de uma Comissão Parlamentar de Inquérito criada em 08 de Fevereiro de 2012 que teve por objeto “investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”¹

No decorrer dos trabalhos da Comissão, vários elementos estatísticos foram colhidos perpassando por todos os Estados da Federação, oportunidade

1 <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>

em que se verificou que os índices de violência contra a mulher eram ainda alarmantes e que estavam enraizados na cultura retrógrada da sociedade em menosprezo à condição de pessoa do sexo feminino.

Sobre o aspecto cultural, cabe transcrever as palavras de Guilherme de Souza Nucci que, de maneira lúcida, ao abordar o feminicídio e os motivos de sua previsão, assim consignou:

Culturalmente, em várias partes do mundo, a mulher é inferiorizada sob diversos prismas. Pior, quando é violentada e até mesmo morta, em razão de costumes, tradições ou regras questionáveis sob a aura dos direitos humanos fundamentais. No Brasil, verificou-se (e ainda se constata) uma subjugação da mulher no nível cultural, que resvala em costumes e tradições (NUCCI, 2019, p. 125)

A referida Comissão Parlamentar, informou em seu relatório de conclusão que, de fato, ainda havia resistência e flexibilidade de interpretações de vários setores, inclusive no próprio poder judiciário na correta e profunda aplicação do arcabouço normativo já existente emitindo inúmeras ‘recomendações’ (op. cit).

Assim, nesse ambiente de irresignação, a lei 13.104/15 que incluiu o feminicídio como nova qualificadora do homicídio foi sancionada e será, no capítulo seguinte analisada em alguns de seus pontos.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A REDAÇÃO LEGAL DO FEMINICÍDIO

Para maior detalhamento do instituto do feminicídio, valem algumas reflexões sobre a estrutura no ordenamento as quais permitem conclusões quer sobre a sua natureza jurídica, quer sobre os sujeitos envolvidos e também sobre circunstâncias motivadoras.

Dessa forma, com a análise por tópicos facilita-se o direcionamento do raciocínio desenvolvido.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DE QUALIFICADORA DO HOMICÍDIO

O chamado feminicídio, encontra previsão no art. 121, §2º, VI do Código Penal estando enquadrado como hipótese de homicídio qualificado.

Esta a redação legal:

§ 2º Se o homicídio é cometido:

[...]

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

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Para que não reste dúvidas, convém pontuar que o chamado ‘infanticídio’ não é uma figura típica autônoma, mas sim uma das inúmeras formas qualificadas do homicídio com seu respectivo preceito secundário mais gravoso que a figura fundamental.

Nesse passo, importante a lição de Francisco Dirceu de Barros:

O feminicídio pode ser definido *como uma qualificadora do crime de homicídio* motivada pelo ódio contra as mulheres, caracterizado por circunstâncias específicas em que o pertencimento da mulher ao sexo feminino é central na prática do delito. Entre essas circunstâncias estão incluídos: os assassinatos em contexto de violência doméstica/familiar, e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Os crimes que caracterizam a qualificadora do feminicídio reportam, no campo simbólico, a destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher. (BARROS, 2015)

No mesmo sentido, Fernando Capez assim preleciona:

Feminicídio é o homicídio doloso praticado contra mulher por ‘razões da condição do sexo feminino, ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima por ser mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino. A lei pune mais gravemente aquele que mata mulher ‘por razões da condição do sexo feminino’ (por razões de gênero). Não basta a vítima ser mulher para que exista o crime de feminicídio, é preciso que a morte aconteça pelo simples fato de a vítima ter a condição do sexo feminino (CAPEZ, 2017, p. 88)

Não obstante tratar-se de inovação legislativa que passou a descrever de forma específica o feminicídio, é importante destacar que a modalidade, tal como descrita já possuía enquadramento típico dentre as qualificadoras então existentes de sorte que, apesar da importância de se tratar mais detalhadamente do tema, situações que hoje são tratadas como feminicídio já eram abordadas pelo legislador.

De fato, não se pode negar que a prática homicida contra mulher, *motivada por razões de gênero* como é o caso do menosprezo ou discriminação à condição de pessoa do sexo feminino, sempre encontrou amparo quer na figura qualificada do motivo torpe, constante do inciso II do §2º do art. 121, ou também no próprio motivo fútil previsto no inciso I do mesmo parágrafo conforme exigia o caso concreto.

Diga-se também que a pena do feminicídio, em sua figura fundamental, é rigorosamente a mesma da pena do homicídio com as qualificadoras supra mencionadas, qual seja, a reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Assim, analisando-se tecnicamente, apesar da inovação do instituto, o que se verifica, em sua figura fundamental, é que se criou apenas e tão somente mais uma hipótese, agora autônoma, de motivo torpe (ou fútil a depender do caso): a motivação de gênero para o homicídio.

Nesse sentido, Fernando Capez faz o apontamento:

Antes da lei 13.104/2015, não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra mulher por razões da condição do sexo feminino. Matar uma mulher pelo fato de ela ser mulher caracterizava homicídio qualificado por motivo fútil ou torpe, a depender do caso concreto. Após a lei n. 13.104/2015, tal motivação acarreta a adequação típica do fato ao art. 121, §2º, VI do CP. (CAPEZ, 2017, p. 89)

Assim, conclui-se, em um primeiro momento que o chamado feminicídio é, na verdade uma nova e específica modalidade da qualificadora do antigo motivo torpe o qual, como de regular conhecimento, é a razão repugnante, vil, abjeta que embala o agente à prática homicida ou até mesmo fútil, ou seja, complementemente desproporcional a uma conduta homicida.

3.2 DA EXPRESSÃO “RAZÕES DA CONDIÇÃO DO SEXO FEMININO”

Quanto da inovação trazida pela lei 13.104/2015, procurou o legislador traçar parâmetros interpretativos do quê deveria ser considerada as chamada ‘razão da condição do sexo feminino’ descrita na nova qualificadora do homicídio.

Para tanto, acrescentou-se ao artigo 121 do Código Penal, o §2º-A que, de forma necessária, trouxe uma norma penal explicativa, mas que como veremos, tem gerado interpretações diversas na doutrina.

Assim, no intuito de esclarecer o conteúdo da figura descrita no inciso VI do §2º do art. 121, o legislador assim transcreveu:

§ 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.

Esse o verdadeiro ponto de identificação da figura do homicídio, o qual foi considerado pela maioria da doutrina como uma qualificadora de ordem subjetiva, isto é, que não se identifica apenas no fato de, objetivamente, a vítima do homicídio ser mulher.

Vai além, exigindo-se uma motivação do agente, a especial intenção homicida movida pelo aspecto psíquico de matar exatamente face ao menosprezo ou discriminação de a vítima ser mulher.

Tratando, por primeiro da expressão ‘condição do sexo feminino’, importantes reflexões podem ser extraídas da doutrina.

Nesse sentido, Fernando Capez reflete e conclui:

Importante destacar que a qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente (‘razões de condição do sexo feminino’). Não pode ser considerada como objetiva, pois não tem relação com o modo ou meio de execução da morte da vítima. Dessa classificação podemos extrair duas conclusões: a) trata-se de circunstância de caráter pessoal, logo, não se comunica com eventual coautor do crime (art. 30 do CP); b) não existirá feminicídio privilegiado, pois só se admite crime de homicídio qualificado-privilegiado quando a qualificadora for de natureza objetiva” (CAPEZ, 2017, p. 89)

Seguindo essa mesma linha de pensamento, Cezar Roberto Bitencourt em artigo publicado no site ‘Consultor Jurídico’ assim assevera:

Em outros termos, nem todos os crimes de homicídio em que figure uma mulher como vítima configuram esta qualificadora, pois somente a tipificará quando a ação do agente for motivada pelo menosprezo ou pela discriminação à condição de mulher da vítima. Com efeito, a tipicidade estrita exige que esteja presente, alternativamente, a situação caracterizadora de (i) violência doméstica e familiar, ou a motivação de (ii) menosprezo ou discriminação à condição de mulher (§ 2º-A do artigo 121, CP). Assim, por exemplo, se alguém (homem ou mulher), que é credor de uma mulher, cobra-lhe o valor devido e esta se nega a pagá-lo, enraivecido o cobrador desfere-lhe um tiro e a mata. Nessa hipótese, não se trata de um crime de gênero, isto é, o homicídio não foi praticado em razão da condição de mulher, mas sim de devedora, e tampouco foi decorrente de violência doméstica e familiar; logo, não incidirá a qualificadora do feminicídio, embora possa incidir a qualificadora do motivo fútil, por exemplo” (BITENCOURT, 2017, artigo digital)

Em sentido oposto, Guilherme de Souza Nucci (2019), ainda que de forma minoritária defende que a circunstância da qualificadora é de ordem objetiva ao ponderar que:

Ingressa pela porta do § 2º-A do art. 121 uma norma penal explicativa, dizendo respeito à condição de sexo feminino. A sua inserção parece indicar tratar-se de uma nova motivação para matar, razão pela qual a qualificadora introduzida no inciso VI seria subjetiva. Assim sendo, não conviveria com as qualificadoras dos incisos I, II e V. Porém, tratar-se-ia de equivocada interpretação. Essa expressão diz respeito ao fundamento de criação do feminicídio. Seria simples demais colocar no inciso VI apenas contra a mulher. Afinal, o caput (matar alguém) já previa isso. O termo “alguém” envolve o homem e a mulher, em suma, o ser humano, pouco importando a sua condição sexual, idade, posição social etc. Viu-se o legislador conduzido a fundamentar a opção normativa de uma nova qualificadora na esteira nítida de conferir maior proteção à mulher, por ser do sexo feminino, vale dizer, a pessoa que, em virtude de sua inferioridade de força física, de sua subjugação cultural, de sua dependência econômica, de sua redução à condição de serviçal do homem (seja marido, companheiro, namorado), é a parte fraca do relacionamento doméstico ou familiar.

Com efeito, ao que parece o melhor entendimento é o de que se trata de uma qualificadora de ordem subjetiva, haja vista que o texto é claro ao referir-se à “razões” que motivaram o agente à prática homicida.

De o fato, quisesse o legislador fazer constar apenas o fato objetivamente considerado de a vítima ser mulher, não haveria sentido em incluir a expressão 'razões' da condição de sexo feminino bastando incluir a circunstância da vítima ser mulher.

Porém, caso se aceitasse tal interpretação, outros óbices surgiriam, quer pelo fato da figura fundamental do homicídio (art. 121 *caput*) já abordar como vítima tanto o homem quanto a mulher, quer pelo fato de que, ao agravar a pena apenas pelo fato da vítima ser do sexo feminino sem incluir qualquer motivação (ordem subjetiva), estaria criando traria uma espécie de imputação penal objetiva, haja vista que agravaria a pena do agente mesmo que não houvesse motivação discriminatória de gênero – como ocorre em qualquer homicídio simples - mas com tratamento distinto só pelo fato de a vítima ser mulher.

Já a norma explicativa do inciso I que considera como razão do sexo feminino o fato de o crime ocorrer em um contexto de violência doméstica, a maioria da doutrina, de igual forma, exige que tal se dê por razão de gênero sob pena de se desnaturar a motivação que justifica a qualificadora.

Nesse contexto, Rogério Sanches Cunha ao publicar artigo analisando o instituto assim pondera:

Feminicídio, comportamento objeto da Lei em comento, pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher. É imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima. A previsão deste (infeliz) parágrafo, além de repisar pressuposto inerente ao delito, fomenta a confusão entre feminicídio e feticídio. Matar mulher, na unidade doméstica e familiar (ou em qualquer ambiente ou relação), sem menosprezo ou discriminação à condição de mulher é FEMICÍDIO. Se a conduta do agente é movida pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, aí sim temos FEMINICÍDIO. (CUNHA, 2015, artigo digital)

De fato, sob pena de se desnaturar a qualificadora, é indispensável para o feminicídio que haja a motivação de gênero, tanto no ambiente familiar como em qualquer outro lugar, haja vista ser a qualificadora de ordem subjetiva como já mencionado.

3.3 DO SUJEITO ATIVO E DO PASSIVO DO CRIME DE FEMINICÍDIO

Não obstante tenha a mencionada figura típica sido inserida como qualificadora do homicídio em razão da constatada violência praticada contra a mulher, em sua esmagadora maioria por pessoas do sexo masculino, ao fazer a leitura da figura em estudo, infere-se que não há qualquer alusão a condição especial de quem pratica o crime.

Portanto, conclui-se que tratar-se o feminicídio de um crime comum, podendo ter como autor tanto o homem quanto a mulher.

Sobre esse assunto, não há dúvidas quer na doutrina, quer na jurisprudência de nossos tribunais.

Contudo, ao se debruçar sobre o sujeito passivo desse crime, aparentemente poder-se-ia afirmar se tratar de um delito cuja vítima seja a mulher o que outrora não geraria qualquer controvérsia interpretativa.

Tal assertiva se extrai da própria redação da qualificadora “contra a mulher por razões da condição do sexo feminino”.

A problemática, porém gira em torno da definição de mulher para fins penais.

Assim, cabe indagar: quem seria a pessoa que ostenta a condição do sexo feminino? Estariam incluídos na condição do sexo feminino os homossexuais? Os transexuais? Apenas a mulher assim considerada biologicamente?

Sobre o assunto, Francisco Dirceu de Barros, em artigo publicado, afirma existirem definições diferentes para definição de ‘condição do sexo feminino’.

Segundo o referido autor, existe entre os doutrinadores a defesa de três critérios possíveis: o psicológico, o jurídico-cível, e o biológico.

O critério psicológico tem por base o fato de o indivíduo se considerar uma pessoa do sexo feminino, por razões de ordem psíquica, como é o caso dos homossexuais do sexo masculino que se entendem como mulheres e dos transexuais que se submeteram a procedimento cirúrgico de mudança para o sexo feminino.

Sobre o critério psicológico, o mencionado autor assim pontua:

Haverá defesa no sentido de que deve-se desconsiderar o critério cromossômico, para identificar como mulher toda aquela em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino. Adotando-se esse critério, matar alguém que fez o procedimento de neocolpovulvoplastia ou que psicologicamente acredita ser uma mulher, será aplicado a qualificadora do

femicídio. (...). 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.(BARROS, 2015, artigo digital).

Com base no critério psicológico, Cezar Roberto Bitencourt, admite a possibilidade o transexual feminino como vítima de feminicídio ao assim refletir:

No entanto, uma questão, outrora irrelevante, na atualidade mostra-se fundamental, e precisa ser respondida: quem pode ser considerada mulher para efeitos da tipificação da presente qualificadora? Seria somente aquela nascida com a anatomia de mulher, ou também quem foi transformado cirurgicamente em mulher, ou algo similar? E aqueles que, por opção sexual, acabam exercendo na relação homoafetiva masculina a “função de mulher”? (...) pelo critério de natureza psicológica, isto é, alguém mesmo sendo do sexo masculino acredita pertencer ao sexo feminino, ou, em outros termos, mesmo tendo nascido biologicamente como homem, acredita, psicologicamente, ser do sexo feminino, como, sabidamente, acontece com os denominados transexuais. Há, na realidade, uma espécie de negação ao sexo de origem, levando o indivíduo a perseguir uma reversão genital, para assumir o gênero desejado. De um modo geral, não apresentam deficiência ou deformação em seu órgão genital de origem, apenas, psicologicamente, não se aceitam, não se conformando enquanto não conseguem, cirurgicamente, a transformação sexual, isto é, transformando-se em mulher. Segundo Genival Veloso de França, “As características clínicas do transexualismo se reforçam com a evidência de uma convicção de pertencer ao sexo oposto, o que lhe faz contestar e valer essa determinação até de forma violenta e desesperada”. Por essa razão, consideramos perfeitamente possível admitir o transexual, desde que transformado cirurgicamente em mulher, como vítima da violência sexual de gênero caracterizadora da qualificadora do feminicídio” (BITENCOURT, op. cit)

Não obstante tal posicionamento, este não tem sido adotado pela jurisprudência de nossos tribunais haja vista ser o critério psicológico de cunho subjetivo, interno do indivíduo, algo que não se coaduna com a objetividade do direito penal, perdendo-se assim segurança jurídica.

De outra parte, ao abordar o critério jurídico cível, Francisco Dirceu de Barros extraindo a posição de Rogério Greco ao comentar sobre o estupro explica que tal critério seria o de que a determinação legal do sexo da pessoa deva ser aquela constante no registro civil respectivo:

O amigo Rogério Greco, comentando o crime de estupro, defende que deve ser considerado o sexo que consta no registro civil, *in verbis*: Entendemos que, nesse caso, se a modificação se der tão-somente no documento de identidade, com a simples retificação do nome, aquela pessoa ainda deverá ser considerada pertencente ao gênero masculino, não sendo, pois, passível de ser considerada vítima do delito de estupro. No entanto, se houver determinação judicial para a modificação do registro de nascimento, alterando-se o sexo do peticionário, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural, orgânico, passando, agora, a um conceito de natureza jurídica, determinado pelos julgadores.
(BARROS, op, cit)

Contudo, o mesmo autor, discorda da opinião de Rogério Greco ao assim afirmar:

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*”.”.
(BARROS, op. cit)

De fato, por se tratarem de esferas distintas, apesar da possibilidade atualmente de mudança de gênero nos registros cíveis, não há como tal modificação influir na esfera criminal, pois o próprio regramento penal, pela legalidade estrita é incompatível a analogias. Assim, quisesse o legislador incluir outros gêneros no tipo o teria feito, mas não incluiu, de tal sorte que apenas a mulher está ali incluída.

Por fim, o critério biológico, que parte da própria noção cromossômica, fisiológica da mulher para a sua definição.

Neste sentido, Francisco Dirceu de Barros destaca:

O critério biológico identifica homem ou mulher pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino: a) sexomorfológico 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. (BARROS, op. cit)

De se ressaltar que este é o critério atualmente aceito pela doutrina e jurisprudência amplamente majoritária.

Apesar de respeitáveis posicionamentos contrários, parece que o critério mais acertado deva ser o biológico, haja vista que, a mulher, lado mais frágil de um relacionamento, inclusive fisicamente, deve ser identificada em sua concepção genética, sob pena de graves distorções quanto da aplicação da norma, quer por se tratar de casos em que a vítima apenas por se entender como mulher teria de forma subjetiva maior proteção, quer pelo fato de que, apesar de um registro civil constar o gênero feminino, a realidade física de força e resistência deste indivíduo ainda seriam o de uma pessoa do sexo masculino.

Nesse ponto, o melhor critério ainda seria considerar a mulher em sua concepção genética ou cromossômica, pois ainda que houvesse alteração estética através de cirurgia de mudança para o sexo feminino, não se aplicaria a qualificadora pelos motivos já expostos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após essas breves conclusões, é possível inferir que o feminicídio é uma qualificadora autônoma do homicídio que foi incluída pela lei nº 13.104/205 como fruto de um esforço contínuo do legislador em busca da igualdade de tratamento e direitos entre homem e mulher.

Para que haja enquadramento típico na figura do feminicídio, é amplo o entendimento de que, além da vítima ser mulher, o crime se dê impellido por razões de ordem subjetiva que constituem o menosprezo ou discriminação pela própria condição de pessoa do sexo feminino.

Por se tratar de uma derivação típica da figura fundamental do homicídio, o crime é comum, podendo ter como autores homem ou mulher, não se exigindo qualquer qualidade especial do agente.

Relativamente ao sujeito passivo, existem critérios delineados pela doutrina que procuram estabelecer quem ostenta a condição de pessoa do sexo feminino, extraindo-se basicamente três correntes de pensamento: critérios biológico, psicológico e jurídico cível.

Apesar de divergências interpretativas prevalece atualmente o entendimento de que a mulher, vítima do feminicídio deva ser assim considerada através de um critério puramente biológico, isto é, definida sob o prisma cromossômico, genético, pouco importando sua aparência feminina ou identidade psíquica ou jurídica com a condição de mulher.

Ressalta-se, por fim tratar-se de qualificadora que, apesar de já contar com mais de seis anos de existência em nosso ordenamento, ainda é fruto de divergências interpretativas naturalmente existentes ante o avanço social experimentado nas últimas décadas.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. Estudo Completo do Feminicídio, editora Impetus, publicado em 13 de abril de 2015. Disponível em www.impetus.com.br/artigo/876/estudocompleto-do-femicidio. Acesso em 30/10/15.

BARROS, Francisco Dirceu. “Femicídio e neocolpovulvoplastia: As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais”. Jusbrasil, publicado em 2015. Disponível em <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/femicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>

BITENCOURT, Cezar Roberto: “Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada ao transexual”, site Consultor Jurídico (conjur), disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>

CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal, vol. 2, 17ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2017

CUNHA, Rogério Sanches. Lei do Femicídio; breves comentários, disponível em <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>

NUCCI, Guilherme de Souza, Curso de Direito Penal, Vol. 2, 3ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2019

SENADO FEDERAL <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-aviolencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contras-mulheres>