

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

É DEVER DO ESTADO PUNIR, INDEPENDENTEMENTE DA "ORIENTAÇÃO SEXUAL": A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NA PROTEÇÃO DAS TRANSEXUAIS ¹

THE DUTY OF THE PUNISH STATE, REGARDLESS OF "SEXUAL ORIENTATION": THE APPLICABILITY OF THE LAW MARIA DA PENHA IN THE PROTECTION OF TRANSEXUALS

Juliana Oliveira Santos², Kaoanne Wolf Krawczak³, Ana Maria Foguesatto⁴

¹ Trabalho desenvolvido no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI. Pós-graduada em Metodologia e Didáticas pela CENSUPEG. Bacharel em Direito pela UNICRUZ. Email: julianaoliveirasantos@yahoo.com.br

³ Bolsista CAPES e Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI. Bacharel em Direito pela UNIJUI. Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Email: kaoanne.krawczak@gmail.com

⁴ Bolsista Taxa Escolar CAPES e Mestranda no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI. Bacharel em Direito pela UNIJUI. Email: anafoguesatto@hotmail.com

RESUMO

Com a promulgação da Lei 11.340/2006, foi criada uma das melhores legislações do mundo dentre aquelas que buscam coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher: a conhecida Lei Maria da Penha. Com isso, passou-se a dar oficialmente maior valor em relação a dignidade da mulher na sociedade. A versatilidade da Lei permite que o direito fundamental da mulher de dignidade, faça-se valer em meios à agressões dos mais diversos tipos. Diante disso, o objetivo do presente artigo é tentar entender como funciona a Lei Maria da Penha e se ela pode ser aplicada, ou não, para proteger às transexuais, e de que forma isso ocorre efetivamente.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Lei Maria da Penha; Transexuais; Violência Doméstica; Violência de Gênero.

ABSTRACT

With the promulgation of Law 11.340 / 2006, one of the best laws in the world was created, among those that seek to curb domestic and family violence against a woman: the well-known Maria da Penha Law. This will officially give greater value to the dignity of women in society. The versatility

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

of the Law allows the woman's fundamental right of dignity, be asserted in means at various prices. The purpose of this article is to understand how the Maria da Penha Law works and whether it can be applied, or not, to protect transsexuals, and how this happens effectively.

Keywords: Humans Rights; Maria da Penha Law; Transexuals ; Domestic Violence; Gender Violence;

INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) é fruto de uma luta histórica pela busca da efetividade do princípio da isonomia, de modo a conferir maior proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. A nova lei traz mecanismos mais céleres e efetivos na tutela dessas mulheres. De modo que a expressão “mulher”, como vítima de violência doméstica sujeito à tutela da nova legislação, possui alcance controvertido tanto em sede jurisprudencial, quanto em sede doutrinária.

Uma parte da doutrina entende que “mulher” são apenas as pessoas que possuem sexo biológico feminino ou que sejam registradas como do sexo feminino em seus assentos civis. De outro lado, os doutrinadores, de forma acertada, sustentam que a expressão “mulher” deve ser entendida como toda pessoa que se identifique como do sexo feminino, ainda que seu sexo biológico seja outro, mesmo sem a devida alteração registral.

Apesar não haver regulamentação legal para a embasar o entendimento mais acertado da doutrina, a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica e familiar envolvendo transexuais se justifica com a utilização de princípios gerais do Direito, em especial os princípios previstos na Constituição Federal e em Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos.

De modo que, deve-se fazer uma ponderação entre os princípios da estrita legalidade penal, com os princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação à proteção deficiente, conferindo a máxima efetividade aos preceitos constitucionais, como forma de justificar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nos casos em que os transexuais são vítimas de violência doméstica a familiar.

A partir disso, o objetivo desse artigo é trazer todos os avanços conquistados pela Lei Maria da Penha, principalmente no que toca à tutela da dignidade humana, concluindo pela aplicabilidade da referida lei nos casos em que os transexuais sejam vítimas de violência doméstica e familiar, com fundamento em regras, postulados e princípios que permeiam todo o atual ordenamento jurídico.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA BREVE ABORDAGEM

Embora a Constituição Federal de 1988, previsse igualdade de gênero dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos, não protege especificamente os direitos das mulheres. O artigo 1º, inciso III: “a dignidade da pessoa humana”, aparece como fundamento da República Federativa do Brasil. No artigo 4º, inciso II, o Brasil assume em suas relações internacionais a “prevalência dos direitos humanos”. E no artigo 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”; e inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Nesta linha, discorre Maria Berenice Dias (2012, p. 26-27):

Apesar de a Constituição Federal assegurar a igualdade (arts. 5º e 226, §5º) e impor ao Estado o dever de assegurar assistência à família e criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, olvidou-se de ressaltar a violência doméstica ao reconhecer alguns crimes como de pequeno potencial ofensivo, a serem julgados de maneira sumária por juizados especiais, sendo admitida a transação penal e a aplicação de medidas despenalizadoras. (...) No conceito de delito de menor lesividade, não se comporta a violência sofrida pela mulher no ambiente doméstico. A possibilidade de aplicação da pena mesmo antes do oferecimento da denúncia, sem discussão da culpabilidade, claro que desafogou a Justiça, que ganhou celeridade, emprestando maior credibilidade ao Poder Judiciário. Mas o preço foi caro para as mulheres.

A implementação de políticas públicas para prevenir e combater a violência representa um aliado muito forte na mudança desse fenômeno sociocultural de violência doméstica, até porque representa a tentativa de coibir a violência, que é um dos objetivos que a República Federativa do Brasil assumiu com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

É fundamental nesse estudo destacar as características que configuram tal violência. Dessa forma, rege o artigo 5º da Lei 11.340/2006:

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

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

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

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

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

O preconceito de gênero enraizado no país arrastou a violência pra dentro dos lares, tornando a mulher uma vítima do próprio companheiro. O estilo universal da família dos séculos passados no ocidente, que consolidou-se no mundo inteiro e dura até hoje em alguns países asiáticos, africanos e no Oriente Médio, ainda resiste indiretamente nas famílias brasileiras.

Até a primeira metade do ano de 2006, não existia no Brasil legislação pertinente à proteção da mulher sujeita a violência doméstica e familiar. Ocorre que pelo apelo internacional de uma das milhões de vítimas de violência doméstica, Maria da Penha Maia Fernandes, em 7 de agosto de 2006 entrou em vigor a Lei Maria da Penha.

Dentre alguns dos aspectos da Lei 11.340/2006, o mais relevante foi tornar a violência doméstica e familiar contra a mulher crime e definindo-a. A Lei também tornou impossível o pagamento de cestas básicas ou de multa como pena, e estabeleceu as formas da violência doméstica contra a mulher, sendo física, psicológica, moral, patrimonial e sexual. Ademais, os denominados JECrim, - Lei 9.099/1995-, tornaram-se incompetentes para julgar os crimes de violência doméstica, seja qual for a quantidade máxima da pena privativa de liberdade cominada.

Neste diapasão, as medidas protetivas de urgência, surgiram como forma direta de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. O objetivo norte das medidas protetivas é, indubitavelmente, segundo Maria Berenice Dias, “garantir à mulher o direito a uma vida sem violência” (2012, p. 145). A citada autora infere também que “deter o agressor bem como garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole agora não é encargo somente da polícia. Passou a ser também do juiz e do Ministério Público” (2012, p. 145).

As medidas de proteção estão elencadas nos artigos 22 e 23 da Lei Maria da Penha:

Artigo 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Artigo 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

As medidas de proteção supra elencadas possuem caráter cautelar, independentemente da situação do homem-agressor, a mulher-vítima é resguardada da forma mais breve e eficaz possível. A partir do momento em que é noticiada a prática da violência doméstica e familiar ao juiz, este pode e, conforme o caso, deve aplicar as medidas, tudo no prazo de 48 horas.

Das medidas impostas ao agressor, há preocupação em desarmá-lo, podendo o Magistrado restringir o porte ou suspender a posse de arma. Se o agressor possui porte de arma devidamente registrado na Polícia Federal, a suspensão ou restrição só pode se dar caso a vítima solicite tal medida. Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2012, p. 151):

Dispondo o agressor da posse regular e autorização de uso, o desarmamento só pode ocorrer mediante solicitação da vítima, como medida protetiva a ser apreciada em juízo. No entanto, caso o uso ou o porte sejam ilegais, as providências podem ser tomadas pela autoridade policial, quando configurada a prática de algum dos delitos previstos na lei. Sendo legal a posse e o uso da arma de fogo pelo agressor, denunciando a vítima à autoridade policial a violência e justificando a necessidade de desarmá-lo, por temer pela própria vida, é instalado expediente a ser remetido ao Juízo.

Ainda, através da Lei, o homem-agressor pode ficar impedido de se aproximar da vítima e seus familiares e testemunhas ou de contatar com algum deles por qualquer meio de comunicação. É a medida mais corriqueira nesses casos e também a mais descumprida. A proibição de frequentar determinados lugares precisa ser solicitado pela vítima no boletim de ocorrência com a indicação do local e justificativa.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

No tocante ao inciso IV, as medidas protetivas devem ser deferidas quando o risco de dano está diretamente direcionado aos menores. Os casos mais comuns são os de crimes contra a liberdade sexual e contra a vida. Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti (2012, p. 238) preleciona que “esta medida extrema deve ser tomada com cautela pelo juiz, ouvido sempre o Ministério Público, como custos legis, visando sempre o melhor interesse das crianças e adolescentes, bem como da vítima, ouvida a equipe multidisciplinar”.

O já citado artigo 23 da Lei Maria da Penha, somado ao artigo 24 da referida lei, descrevem as medidas protetivas para a vítima.

Artigo 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Para haver o cumprimento do inciso I do artigo 23, é necessário que o município tenha programa de atendimento especializado, o que não acontece na maioria das comarcas brasileiras. Nesses programas, deve haver uma equipe multidisciplinar para atendimento às vítimas e segurança, visto que estão, ao menos em tese, em situação de perigo constante.

A Autoridade Policial normalmente é quem reconduz a vítima ao seu domicílio, caso haja a necessidade e a possibilidade. Se a vítima não for acolhida por algum programa de proteção e se o homem-agressor não estiver na residência, a vítima será reconduzida para sua moradia.

Outro ponto importantíssimo relacionado às medidas de proteção é o que reza o artigo 19 da Lei 11.340/2006:

Artigo 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Nota-se que as medidas poderão ser aplicadas cumulativa ou isoladamente, não se excluindo a hipótese de aplicação de quaisquer outras medidas que não estejam previstas, caso o juiz julgue necessário.

Não se pode querer que o agressor cumpra a medida se a vítima não cumpre a lei e a sua própria moral. Ademais, a efetividade das medidas protetivas está intimamente ligada à segurança pública. Ao tempo de resposta da autoridade policial em responder aos chamados das vítimas ou testemunhas.

Sabe-se também que o Brasil não está preparado, especificamente quanto à infraestrutura, para uma lei teoricamente inteligente e eficaz. Não há programas de atendimento à mulher vítima de violência doméstica suficientes; não há casas de acolhimento para essa mulher, caso necessite; há falta de entendimento por parte da mulher-vítima dos reais objetivos das medidas protetivas... Enfim. Não se pode afirmar que as medidas protetivas não são eficazes para com a erradicação da violência doméstica, porém os fatores supra referidos interferem para que elas sejam ou não eficazes.

2 A LEI MARIA DA PENHA E A PROTEÇÃO ÀS TRANSEXUAIS

A partir dessa breve explanação sobre a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), pretende-se nesse momento, abordar a questão da aplicabilidade da já referida lei em relação às transexuais, discorrendo sobre a possibilidade ou impossibilidade de tal aplicação e como esse os nossos tribunais tem se posicionado em relação a tal temática.

Contudo, antes de abordarmos a questão central, faz-se importante apresentar um conceito a respeito do que é um transexual, nesse sentido, quanto a conceituação de transexualismo, não existem divergências doutrinárias. De modo que, Diniz, citada por, L. Araújo (2000, p.28), define o transexual como

1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto [...] sendo, portanto, um hermafrodita psíquico [...]
2. Aquele que, apesar de apresentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo [...]
3. [...] é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los [...]

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

Já na conceituação de Vieira (2000),

o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia.

Ainda, Klabin (apud ARAÚJO, L., 2000, p. 29), concebe o transexual como

um indivíduo, anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao 'verdadeiro' sexo, isto é, ao seu sexo psicológico.

A partir destas conceituações pode-se observar que estes sujeitos que apresentam uma "incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica" (SUTEER apud ARAÚJO, 2000, p. 29), ao apresentarem estas duas características juntas, é que são definidos pela sociedade como pertencedores do transexualismo. Assim, tem-se que

o componente psicológico do transexual caracterizado pela convicção íntima do indivíduo de pertencer a um determinado sexo se encontra em completa discordância com os demais componentes, de ordem física, que designaram seu sexo no momento do nascimento (VIEIRA, 2000).

Temos também que, essa falta de identificação acaba causando nos indivíduos um "processo angustioso, conflitivo e delicado" (ARAÚJO, L., 2010, p. 32), o gera um sofrimento intenso, pois os transexuais vivem "o conflito de possuir uma genitália estranha às suas sensações, desejos e fantasias" (ARAÚJO, L., 2010, p. 55). E tudo isso, simplesmente, porque eles desejam pertencer a outro gênero, que possa melhor lhes representar e porque toda essa fase de escolha não é bem compreendida pela sociedade que os rodeia.

Quanto à questão da escolha por um gênero mais adequado, explica Butler (2009) que,

embora se possa dizer que isso é uma escolha [...] de caráter dramático e profundo [...] pode incluir um ou vários dos seguintes aspectos: a escolha de viver como outro gênero, passar por um tratamento hormonal, achar e declarar um novo nome, assegurar um novo estatuto jurídico para o seu gênero e submeter-se à cirurgia.

Pois bem, voltando a temática central de nosso artigo, passemos a analisar a questão da aplicabilidade ou não da Lei Maria da Penha às transexuais quando estas forem vítimas de violência doméstica ou familiar e o posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito do assunto.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

Em primeiro lugar é importante que tratemos da extensão que a expressão “mulher”, utilizada no texto da lei, representa no mundo jurídico. Ao passo que o alcance desse termo possui duas vertentes controvertidas, uma delas defende que “mulher” são apenas os sujeitos que nasceram com o sexo biológico feminino ou que foram registradas como sendo do gênero feminino, enquanto que de outro lado estão aqueles que sustentam, de modo acertado, que “mulher” é toda aquela pessoa que se identifique como sendo do sexo feminino, mesmo que possua outro sexo biológico ou que seja registrado como sujeito do sexo masculino.

A partir disso, e do entendimento mais acertado, temos que às transexuais podem sim ser tuteladas e protegidas pela Lei Maria da Penha, pois se identificam como mulher tanto psicologicamente, quanto socialmente, apesar de nem sempre possuírem o sexo biológico feminino - dependendo se optaram por realizar ou não a cirurgia de redesignação sexual - ou alteração em seu registro civil. Pois é exatamente com relação a esses sujeitos - não operados e com gênero masculino no registro civil - que paira a dúvida quanto a aplicabilidade ou não de tal instituto.

Nesse sentido, nossos tribunais, a pesar de ainda não existir um posicionamento dominante a respeito da matéria, tem se posicionado no sentido de admitir que às transexuais sejam abrangidas e protegidas pela Lei nº 11.340/06. De modo que, conforme Ferreira (2014, ps. 11 e 12), os tribunais chegam a tal conclusão a partir da utilização dos princípios gerais do direito, especialmente aqueles previstos na Constituição Federal e nos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao passo que,

no que concerne à violência de gênero, a jurisprudência tem firmado alguns parâmetros como forma de possibilitar a aplicação ou não da Lei Maria da Penha ao caso concreto. É de se notar que esses parâmetros não são impositivos, mas revelam uma forte tendência jurisprudencial (FERREIRA, 2014, p. 11).

Assim, para confirmar o que foi exposto até aqui se faz necessário citar algumas decisões. De modo que “o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 181.246/RS, por exemplo, explicita que a aplicabilidade da Lei Maria da Penha ao caso de violência de gênero está condicionada à convivência íntima e à situação de vulnerabilidade da mulher” (FERREIRA, 2014, p. 12).

Em relação a vítimas transexuais, é possível encontrar algumas decisões de Tribunais estaduais, seja tratando especificamente sobre o caso, seja explicitando quais as potenciais vítimas de violência doméstica capaz de atrair a competência para processo e julgamento dos Juizados Especiais de Violência Doméstica (FERREIRA, 2014, p. 12).

Passemos então aos julgados dos tribunais estaduais brasileiros. Em especial dos tribunais de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Acre e Mato Grosso do Sul. Assim tem que:

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

A 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou que medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha sejam aplicadas em favor de uma transexual ameaçada pelo ex companheiro. As informações foram divulgadas nesta segunda feira, 19, pelo site do TJ/SP. A vítima, que não fez cirurgia para alteração de sexo, afirmou no processo que manteve relacionamento amoroso por cerca de um ano com o homem. Após o fim do namoro, ele passou a lhe ofender e ameaçar [...] pediu em juízo a aplicação das medidas protetivas. O pedido foi negado pelo juízo de primeiro grau, sob fundamento de que a vítima pertence biologicamente ao sexo masculino [...] No entanto, em julgamento de mandado de segurança impetrado no Tribunal de Justiça, a magistrada Ely Amioka, relatora do caso, afirmou que a lei deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (MACEDO, 2015).

O juiz de Direito Alberto Fraga, do 1º Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Nilópolis/RJ, concedeu a um transexual o direito a medidas protetivas garantidas pela lei Maria da Penha. A vítima declarou conviver com o companheiro há 11 anos e disse que já tinha sido agredida diversas vezes. De acordo com os autos, eles estavam em um bar quando o réu teria cobrado uma dívida financeira. Ao chegar em casa, houve discussão e foi feita uma ameaça com uma garrafa quebrada. A situação só foi contornada com a chegada da polícia (MIGALHAS, 2016).

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em julgamento de Habeas Corpus, o Desembargador Júlio Cezar Guittierrez destacou, com acerto, o entendimento no sentido de que o sujeito passivo alcançado pela Lei Maria da Penha seria mulher, assim entendida como lésbicas, transgêneros, transexuais e travestis que tenham identidade com o sexo feminino (FERREIRA, 2014).

A Justiça [...] do Acre já tinham tomado decisões no mesmo sentido. Na mais recente delas, o juiz Danniell Bomfim, de Rio Branco, entendeu que *“o sexo biológico de nascimento (masculino) não impede que a vítima, cuja identidade sexual é feminina, seja reconhecida como mulher, sendo assim sujeita à proteção da Lei Maria da Penha”* (HYPNEES, 2016, grifo do autor).

Em Mato Grosso do Sul, o Tribunal de Justiça local traz entendimento diverso. O Desembargador José Augusto de Souza, no julgamento de Conflito de Competência, expressamente em seu voto afasta a incidência da Lei Maria da Penha quando a vítima for transexual que não tenha alterado seu registro civil. Em resumo, o relator entende que mulher é apenas quem assim nasce, ou quem tenha em seu registro civil o sexo feminino.¹¹ Desconsidera, portanto, a situação fática, dando relevo à

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

situação jurídica, vale dizer, entende que o sujeito deve ser formalmente mulher (FERREIRA, 2014).

[...] outra decisão também amplia a aplicação da Lei Maria da Penha, dessa vez para transexual masculino (proc. N. 201103873908, Tribunal de Justiça de Goiás 1ª Vara Criminal da Comarca de Anápolis, juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães, vítima de violência doméstica) (BIANCHINI, 2017).

No estado do Rio Grande do Sul as decisões se mostram no mesmo sentido, de modo que, conforme CURCINO (2016)

Uma decisão inédita da Justiça de **Santa Maria** tem muito a ser comemorada. Na segunda-feira, o Poder Judiciário deferiu uma medida protetiva em favor de uma transexual. A jovem, que tem 20 anos e conseguiu a redesignação sexual aos 16, sofria violência do seu companheiro há pelo menos um ano e meio. Ela já havia procurado a Polícia Civil outras vezes, mas como ainda não tinha a Carteira Social, e a Lei diz que apenas mulheres podem requerer medidas protetivas, ainda não havia conseguido uma solução.

[...]

O magistrado explica que a decisão é baseada, principalmente, na interpretação de gênero, já que o fato da vítima não ter o órgão sexual feminino não impede que ela se enquadre em um caso de violência doméstica. Quando a relação é entre duas mulheres, por exemplo, não há nenhum impedimento nem sequer para efetuar o pedido.

Diante disso, fica evidente a aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica contra transexuais. Tais decisões foram baseadas em razão de que o próprio texto legislativo (Lei nº 11.340/06) traz em seus artigos, 2º e no parágrafo único do artigo 5º, a vedação a qualquer forma de discriminação em razão de orientação sexual.

Artigo 2º Lei nº 11.340/06. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade, religião, goza de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Artigo 5º Lei nº 11.340/06. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

independem de orientação sexual.

Ao passo que, sobre a aplicação da referida lei, Maria Berenice Dias (apud MELITO, 2016) “Em função dessa referência, também passou a se reconhecer na Maria da Penha pessoas travestis e transexuais, já que as que têm identidade de gênero do sexo feminino estariam ao abrigo da lei. Esse alargamento ocorreu por parte da doutrina e da jurisprudência”.

Ainda, a mesma autora (apud TANNURI; HUDLER, 2015) afirma que

há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Assim, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenham identidade social com o sexo feminino estão sob a égide da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência [...] descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher.

Ademais, tem-se que levar em conta que a aplicação se faz possível em razão do gênero, que vem a ser mais importante do que sexo. Nestes termos

O magistrado explica que a decisão é baseada, principalmente, na interpretação de gênero, já que o fato da vítima não ter o órgão sexual feminino não impede que ela se enquadre em um caso de violência doméstica. Quando a relação é entre duas mulheres, por exemplo, não há nenhum impedimento nem sequer para efetuar o pedido (PAGNON apud CURCINO, 2016).

Ainda, segue o juiz dizendo que a decisão deve ser igual se chegarem casos parecidos e que os transexuais devem ter o seus direitos garantidos, igual a qualquer outra pessoa. E concluiu dizendo que (PAGNON apud CURCINO, 2016)

Não me vem na mente outro grupo de pessoas que tenha menos direitos garantidos. São pessoas que estão à sombra da sociedade e que, às vezes, nem trazem esses casos à Justiça porque já têm introjetado uma negativa do Estado em atender os seus direitos. O caminho do Juizado é esse, tutelar um grupo social que é esquecido pelo Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de tudo que foi exposto até aqui, fica claro que existem diversos argumentos capazes de ensejar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha quando a violência de gênero tiver como vítima o transexual. De modo que, quanto ao transexual sujeito ou não à intervenção cirúrgica de transgenitalização, cujo registro civil não tenha sido alterado parece não haver dúvidas que com a alteração do registro, a pessoa passa a ser reconhecida, formalmente, pelo Direito, como sendo do sexo na qual se identifica.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

Assim, tem-se que o transexual, entendido como a pessoa cujo sexo biológico não se identifica com o sexo psíquico, deve ser reconhecido socialmente pelo sexo que se identifica. A própria medicina assim o reconhece, razão pela qual regulamentou o tratamento do Transtorno de Identidade de Gênero. De modo que a terapia médica tem por finalidade corrigir a incompatibilidade entre o sexo psicológico e o biológico, fazendo prevalecer aquele, pois é assim que se identifica o indivíduo e que o identifica a própria sociedade. Conclui-se, portanto, que o transexual masculino deve ser tratado como se mulher fosse, inclusive para os fins jurídicos.

Ao passo que, a interpretação do artigo 5º, parágrafo único da Lei 11.340/06 leva a concluir pelo reconhecimento do transexual como sujeito passivo da violência de gênero. Isso porque a lei determina que não se deve perquirir a orientação sexual da vítima. De modo que os tribunais brasileiros, inclusive os superiores, tem aplicado esse mesmo entendimento, de que aos transexuais vítimas de violência doméstica ou familiar, deve sim ser aplicada a Lei Maria.

Por fim, ainda que os argumentos demonstrados não se revelem suficientes, o reconhecimento do transexual como potencial vítima de violência doméstica e familiar decorre dos princípios constitucionais. De forma que o texto constitucional impõe a proibição da proteção insuficiente, trazendo, ainda, a dignidade humana como seu fundamento e determinando o tratamento isonômico entre todas as pessoas. Por essa razão, entende-se que não haveria motivo para deixar de aplicar as medidas protetivas, que foram inseridas no ordenamento nacional com fundamento em Convenções Internacionais que tutelam direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BIANCHINI, Alice. **Aplicação da lei maria da penha a transexual**. Jus Brasil: 2017. Disponível em: . Acesso em 27 abr 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum Jurídico. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha**. In: Vade Mecum Jurídico. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. CC nº 0055008-06.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em: . Acesso em 4 maio 2017.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** HC 1.0000.09.513119-9/000. Relator: Desembargador Júlio Cezar Guittierrez. Disponível em: . Acesso em: 4 maio 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.** CC 2006.017235-4/0000-00. Relator: Desembargador José Augusto de Souza. Disponível em: . Acesso em 4 maio 2017.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. **Physis**, v. 19, n. 1, p. 95-126, abr. 2009. Disponível em: . Acesso em 08 de Mar. de 2015.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de. **Violência Doméstica:** Análise da Lei “Maria da Penha”, Nº 11.340/06. São Paulo: Juspodvim, 2012.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994. Disponível em: bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

CURCINO, Naiôn. **Em decisão inédita, Justiça concede medida protetiva a transexual de Santa Maria.** Diário de Santa Maria, 2016. Disponível em: . Acesso em 08 maio 2017.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar conta a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERREIRA, Vinicius de Almeida. **Aplicabilidade da Lei Maria da Penha em favor de transexuais em hipóteses de violência doméstica e familiar.** Rio de Janeiro: EMERJ, 2014. Disponível em: . Acesso em 07 maio 2017.

HYPNEES. **Transexuais e travestis passam a ser protegidas pela Lei Maria da Penha.** São Paulo: Hypnees, 2016. Disponível em: . Acesso em 25 abr 2017.

LAURIA, Thiago. **É Possível Aplicar a Lei Maria da Penha a Lésbicas, Travestis e Transexuais?** São Paulo: JurisWay, 2006. Disponível em: . Acesso em 28 abr 2017.

MACEDO, Fausto. **Tribunal manda aplicar Lei Maria da Penha para transexual.** São Paulo: Blog Fausto Macedo, 2015. Disponível em: . Acesso em 25 abr 2017.

MELITO, Leandro. **Lei Maria da Penha também vale para transexuais; entenda a aplicação.**

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

EBC, 2016. Disponível em:
<<http://www.ebc.com.br/cidadania/2016/06/lei-maria-da-penha-entenda-quando-lei-pode-ser-aplicada>>. Acesso em 30 abr 2017.

MIGALHAS. **Lei Maria da Penha pode ser aplicada em favor de transexual.** Migalhas, 2016. Disponível em: . Acesso em 25 abr 2017.

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. **Lei Maria da Penha também é aplicável às transexuais femininas.** Conjur, 2015. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2015-out-02/lei-maria-penha-tambem-aplicavel-transexuais-femininas>>. Acesso em 28 abr 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de Sexo do Transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos. **Revista Psicologia - Teoria e Prática:** São Paulo, v. 2, n. 2, 2000, p. 88-102. Disponível em: . Acesso em 09 mar 2015.