

A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA AOS TRANSEXUAIS

Letícia de Azevedo Campos¹

Jeferson dos Reis Pessoa Júnior²

RESUMO

Este artigo buscou analisar as possibilidades de aplicação da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – às mulheres transexuais ou transgêneros à luz da redação da própria lei e da Constituição Federal de 1988, mediante seus princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Além disso, o Poder Judiciário, em algumas decisões, começou a permitir a aplicação da Lei às mulheres transgêneros e, assim, vedando o retrocesso, bem como mantendo os pilares do bem estar social e sustentando o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Mulheres transexuais. Transgêneros. Lei Maria da Penha. Possibilidade. Dignidade da pessoa humana. Isonomia.

ABSTRACT

This article looked for analyze the possibilities to apply the Law 11.340/2006 – Maria da Penha Law – to transsexual women or transgender according to the law itself and the Federal Constitution of 1988, through fundamental constitutional principles of the dignity of the human being and isonomy. Besides that, the Judiciary, in some decisions, began to allow the application of the Law to transsexual women and, therefore, preventing the setback, as well as maintaining the pillars of social welfare and sustaining the Democratic State.

Keywords: Transsexual women. Transgender. Maria da Penha Law. Possibility. Dignity of the human being. Isonomy.

INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha, que tem vigência desde 07 de agosto de 2006, tem como objetivo combater todas as formas de violência contra o gênero feminino no âmbito doméstico e familiar. Em razão disso, respeitando a intenção do referido diploma legal, é possível estender sua interpretação as mulheres transgêneros.

Com efeito, sabe-se que a violência doméstica e familiar não se restringe apenas a mulheres que nasceram com a genitália feminina, portanto, não se trata de uma questão puramente biológica, mas se trata de assunto que atinge o gênero

¹ UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 131 AM. E-mail: leticiaazevedoc@hotmail.com.

² Professor do UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande e Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela ESDUD/UNIRONDON. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Orientador (a). E-mail: jefersonpjuniorgmail.com.

feminino como um todo, abrangendo toda pessoa que se identifica, se enxerga e se reconhece como mulher.

Buscando demonstrar a extensão de proteção do referido diploma legal, bem como considerando a repercussão geral do tema abordado, o presente artigo analisou a possibilidade da aplicação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) às mulheres transexuais.

No primeiro capítulo abordou-se a origem da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), os marcos históricos que levaram o Brasil a instituí-la no ordenamento jurídico, como também o motivo pelo qual o diploma legal recebeu o nome de Maria da Penha.

Já o segundo capítulo trouxe as formas de violência doméstica contidas na Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), quais sejam: a física, moral, patrimonial, psicológica e sexual. Além disso, buscou trazer a diferenciação do conceito de violência exposto pelo Código Penal (BRASIL, 1940) e do conceito de violência trazido pela lei objeto de estudo do presente artigo.

Como ponto essencial para melhor entendimento deste trabalho, o terceiro capítulo esclareceu a definição das expressões sexo e gênero, além de explicar o fenômeno da transexualidade. Logo após, no quarto capítulo, o objeto de estudo foi os princípios constitucionais que autorizam a aplicação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) às mulheres transexuais, sendo eles o princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Por fim, no quinto e último capítulo, apresentou-se, por meio de posições doutrinárias e das decisões judiciais, a efetiva aplicação da referida legislação especial às mulheres transexuais, demonstrando que essa hipótese é perfeitamente possível e encontra respaldo na própria legislação (BRASIL, 2006) e na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

1 HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340/06, de 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha trouxe novos instrumentos que visam coibir e prevenir a violência perpetrada contra a mulher no âmbito das relações domésticas e familiares.

A referida lei foi um grande marco para o Brasil, visto que com sua edição o país mostrou que não considera a violência contra a mulher algo banal, conferindo maior visibilidade ao assunto, almejando também a evolução da sociedade para que

esta possa romper os laços da cultura da violência resultante do gênero e do sexo feminino.

Desde quando era apenas um projeto de Lei, a Lei Maria da Penha foi alvo de muitas críticas, pois se argumentavam que o seu conteúdo era repetitivo, vez que as tipificações para punir o agressor de uma mulher já se faziam presentes no Código Penal (BRASIL, 1940) e, na visão dos críticos, isso já seria suficiente para assegurar proteção da mulher no tocante à violência doméstica.

Contudo, nota-se que essa resistência se deu por parte de alguns doutrinadores e operadores do Direito pelo fato de o Brasil possuir um histórico machista desde seus primórdios. Ocorre que mesmo com as inúmeras críticas, a Lei foi publicada e sancionada, tendo entrado em vigor no ano de 2006.

Com efeito, para que a Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) pudesse ter vindo à tona, foi necessária a ocorrência de vários eventos. Iniciaremos a partir do ano de 1975, ano no qual os movimentos feministas voltaram à ascensão e, então, as pessoas junto às organizações, começaram a denunciar países que não davam o respaldo necessário aos direitos das mulheres.

Com a ascensão dos movimentos feministas e a evolução dos direitos das mulheres para a categoria dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal, visando dar maior importância aos direitos humanos como um todo e, conseqüentemente, aos direitos humanos das mulheres, decidiu que os tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos, qualquer deles, seriam equiparados a normas constitucionais. Posteriormente, mais especificamente, na Constituição Federal de 1988, tal decisão converteu-se na Emenda Constitucional nº 45 e, por meio desta, se transformou no §3º, do artigo 5º (artigo das garantias e dos direitos fundamentais da pessoa), da CF, que dispõe: *“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*.

Assim, os tratados internacionais que tinham como escopo tutelar os direitos do gênero e do sexo feminino, caso aprovados pelo Congresso Nacional, passariam a ter status de cláusula pétrea, ou seja, não poderiam sofrer alterações em hipótese alguma. Além disso, estes tratados passaram a estar inseridos no rol das garantias e dos direitos fundamentais da pessoa.

No ano de 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas ao se posicionar contra a segregação feminina, agregou para si o mais amplo material à época sobre os assuntos femininos, chamado “Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”, confeccionado pelo Comitê Cedaw.

Somente em 1984 que o Brasil decidiu ratificar o documento contra a segregação feminina, entretanto, o ratificou com algumas restrições já que parte do conteúdo era incompatível com o regime da época, porquanto o país vivenciava um período ditatorial.

Outro momento marcante para o país foi no ano de 1994, ano no qual se tornou membro da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, mais conhecida como “Convenção de Belém do Pará” e membro da Comissão Americana de Direitos Humanos.

Além disso, no ano de 1998, o Brasil aceitou a influência e o domínio que a Corte Interamericana de Direitos Humanos exercia na época e acabou tornando-se parte também da Organização dos Estados Americanos (OEA) e, por consequência, tornou-se submisso ao Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Após os pontos históricos descritos alhures, finalmente veio a Lei 11.340/06, titulada como Lei Maria da Penha. Deu-se essa denominação, pois uma farmacêutica, mestre pela Universidade de São Paulo (USP), chamada Maria da Penha, era vítima de inúmeras agressões e violências perpetradas pelo seu ex-esposo, que se manteve impune por muito tempo.

Na data de 29 de maio de 1983, a farmacêutica sofreu tentativa de homicídio por parte de Marco Antônio Heredia Viveiros, seu marido à época do fato. A mulher foi atingida por um disparo de arma de fogo, mais especificamente, uma espingarda, na região da coluna enquanto estava dormindo e, em razão deste disparo, ela ficou paraplégica, de forma irreversível.

Não obstante o disparo que a deixou paraplégica, o agressor continuou praticando violências contra Maria da Penha. Após uma semana do fato anteriormente narrado, seu ex-esposo retomou as agressões, tentando mata-la novamente, utilizando-se de outro meio, desta vez eletrocutando-a enquanto estava tomando banho.

No ano seguinte, 1984, Maria da Penha recorreu ao Poder Judiciário em busca dos seus direitos, contudo, Marco Antônio só foi preso no mês de setembro do ano de 2002, por causa dos inúmeros mecanismos oferecidos pelo Estado à sua

defesa e, principalmente, por não existir na época instrumentos mais rigorosos e eficazes para tutelar a mulher, vítima de violência doméstica e familiar.

Toda a demora do judiciário e a impunidade do agressor de Maria da Penha levaram o caso ao conhecimento do Centro para a Justiça e o Direito Internacional, que em conjunto com a vítima e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher protocolizou uma denúncia na Organização dos Estados Americanos. Denúncia que foi motivada pelo descumprimento por parte do Brasil aos acordos internacionais e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou da acusação por meio do Relatório de nº 54/2001, no sentido de que a lentidão processual para dar algum respaldo à vítima, ou o fato de que o agressor estava impune do mal que foi feito a ela, mostrava a falta de compromisso do país brasileiro para com o combate da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por tais motivos, o Brasil foi condenado pela CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) por negligência, omissão e tolerância no que se diz respeito à violência doméstica e familiar contra a mulher. Vejamos:

(...) 60. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes conclusões:

1. Que tem competência para conhecer deste caso e que a petição é admissível em conformidade com os artigos 46.2,c e 47 da Convenção Americana e com o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará, com respeito a violações dos direitos e deveres estabelecidos nos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos, 8 (Garantias judiciais), 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

2. Que, com fundamento nos fatos não controvertidos e na análise acima exposta, a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil.

3. Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher.

4. Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida. (...). (Relatório nº 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

Referido relatório refletiu de forma inimaginável na sociedade brasileira, que passou a sofrer pressões a nível mundial para se posicionar de forma mais dura acerca da violência contra as mulheres.

No ano de 2002, a luta judicial de Maria da Penha foi finalizada, tendo seu agressor sido levado ao cárcere por somente 2 anos. Em 2006, acatando a recomendação dada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, visando combater a violência contra a mulher, o Presidente da República, à época Luís Inácio Lula da Silva, sancionou o projeto de Lei nº 37/2006, iniciado pela Câmara dos Deputados e, posteriormente, a Lei 11.340/06, a Lei Maria da Penha, que trouxe de forma clara seus objetivos nos artigos 1º e 5º, respectivamente:

ART. 1º: Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

ART. 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.

2 OS TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER À LUZ DA LEI 11.340/06.

A Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) ampara não somente uma forma de violência contra a mulher e, sim, cinco formas de violência, quais sejam: a violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. A propósito, colaciona-se a seguir o artigo disposto na referida Lei que as conceitua:

Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao

matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

De outro lado, o Código Penal (BRASIL, 1940) prepondera a “*vis corporalis*”, que se trata da violência física ou corporal, como forma de violência passível de proteção, perpassando para um segundo plano as formas de violência que a Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) carrega.

O renomado jurista Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 686) traz em sua obra o seguinte comentário sobre o conceito de violência:

(...) *violência* significa, em linhas gerais, qualquer forma de constrangimento ou força, que pode ser física ou moral. Entretanto, em termos penais, padronizou-se o entendimento de que o termo, quando lançado nos tipos penais incriminadores, tem o condão de representar apenas a violência física. Esta é a razão pela qual vários tipos trazem, além da palavra *violência*, a expressão *grave ameaça*. (...). Portanto, no âmbito da Lei 11.340/2006 não deveria ser diferente, mas é, bastando checar o disposto no art. 5º, *caput*, desta Lei. Volta-se o novo texto normativo ao enfoque da violência em sentido lato (constrangimento físico ou moral) contra a mulher. (...).

É de suma importância destacar que a proteção do diploma legal objeto de estudo deste presente artigo, dispensa a prática-cumulativa das formas de violência retratadas na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), bastando a incidência de qualquer uma delas. Nesse sentido, leciona Renato Brasileiro (2016, p. 911):

A caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher não exige a presença simultânea e cumulativa de todos os requisitos do art. 7º. Ou seja, para o reconhecimento da violência contra a mulher, basta a presença de um dos incisos do art. 7º, em combinação alternativa com um dos pressupostos do art. 5º (âmbito da unidade doméstica, âmbito da família ou qualquer relação íntima de afeto). Logo, a violência doméstica e familiar contra a mulher estará configurada tanto quando uma mulher for vítima de violência sexual no âmbito da unidade doméstica, quando contra ela for perpetrada violência psicológica numa relação íntima de afeto.

Dessa forma, em nome do princípio da proteção integral, caso a mulher sofra qualquer agressão, seja ela de cunho físico, moral, sexual, psicológico ou até mesmo patrimonial, estará acobertada pela Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006).

3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE GÊNERO E SEXO E A TRANSEXUALIDADE

Antes de adentrar nos tópicos que são o objeto de estudo deste trabalho, se faz necessário distinguir as expressões sexo e gênero, bem como explicar o fenômeno da transexualidade.

Ao se falar de sexo, deve-se ter em mente que seu conceito está diretamente ligado à biologia, mais especificamente às diferenças de suas genitálias, ou seja, o que é capaz de diferenciar de imediato, visivelmente, um macho de uma fêmea.

De outro lado, no que diz respeito ao gênero, este está liado às questões culturais, classificando então, com base nisso, se o indivíduo é homem ou mulher. Este conceito envolve diversos elementos, podendo ser de cunho econômico, social, político, cultural, entre outros.

A socióloga britânica Ann Oakley (1972, p. 86) faz a diferença asserindo que “sexo é um termo que se refere às diferenças entre machos e fêmeas: as diferenças visíveis da genitália e as respectivas funções procriativas. Gênero, porém, é uma questão de cultura: diz respeito à classificação social em masculino e feminino.”

O *Dicionário de Medicina Flammarion* (apud VIEIRA, 1996, p. 50 apud ARAÚJO, 2000, p. 19) conceitua sexo nos seguintes termos: “É o conjunto de características estruturais e funcionais que distingue o macho da fêmea”.

O autor Guilherme Oswaldo Arbenz (1988, p. 410) traz em sua obra as características capazes de distinguirem o macho da fêmea, quais sejam:

Sexo feminino: desenvolvimento das mamas, deposição adiposa nos quadris e nádegas, aparecimento de pêlos axilares, crescimento de pêlos pubianos com disposição do tipo feminino (implantação superior em linha reta). Do ponto de vista funcional, começa a se manifestar a libido (estro), que é dirigida para o sexo masculino. Sob o aspecto psíquico, ocorrem, também, algumas modificações.

Sexo masculino: pêlos faciais (barba, bigode), pêlos corporais (axilas, membros superiores e inferiores, tórax), pêlos pubianos com disposição do tipo masculino (implantação superior convergente para um ponto mediano mais alto) aumento do volume da laringe, voz mais grave (de contralto, quase feminina, até baixo, passando por tenor e barítono). A libido se dirige para o sexo feminino. Alterações psicológicas no início da puberdade.

Diante disso, conclui-se que o sexo baseia-se em um conceito puramente biológico, físico, ou seja, está diretamente ligado ao que se vê. Por outro lado, Francisco Cabral e Margarita Diaz (1998, p. 142-150) trazem a conceituação da palavra gênero da seguinte forma: “Gênero refere-se às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres que são o resultado de uma construção social do papel do homem e da mulher a partir de diferenças sexuais”.

Com efeito, infere-se que gênero vai além das questões biológicas e sexuais, buscando mais o interior do indivíduo, como ele se vê perante o mundo, como ele quer ser reconhecido e, ainda, como ele almeja se expressar.

O fenômeno da transexualidade está atrelado diretamente a uma questão de gênero, ou seja, o transexual é o ser humano que nasce com um sexo pré-definido biologicamente, entretanto, ele se enxerga sendo o oposto. Seu gênero é diferente do seu sexo.

Assim, a mulher transexual é aquela que busca que a sociedade a reconheça, de fato, como uma mulher e o homem transexual é aquele que busca o seu reconhecimento como um homem, ainda que tenham nascido com o sexo oposto ao do que pretendem o reconhecimento.

Márcia Arán (2006, p. 50), psicanalista, professora visitante do Instituto de Medicina Social da UERJ e membro do Espaço Brasileiro de Estudos Psicanalíticos, a transexualidade define-se “pelo sentimento intenso de não-pertencimento ao sexo anatômico, sem a manifestação de distúrbios delirantes e sem bases orgânicas (como o hermafroditismo ou qualquer outra anomalia endócrina).”

Seguindo as mesmas diretrizes, José Francisco Olios da Silveira (1995, p. 107) ao abordar o transexualismo, pontua que:

Consiste numa inversão da identidade psicossocial, com um incontrolável anseio de total reversão sexual. O transexual não se conforma com a própria condição, sentindo-se fora do meio social, possuindo disposição psíquica e afetiva do sexo oposto. Assim, encontramos num indivíduo com genitália externa masculina, uma personalidade eminentemente feminina, ou vice-versa.

Nas palavras da jurista Maria Helena Diniz (2002, p. 229), a definição de transexualidade é:

Transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, 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. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto. O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto-extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado, por isso, recusa totalmente o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o oposto ao que lhe foi imputado na certidão de nascimento, apesar de biologicamente não ser portador de qualquer anomalia: Eis o motivo pelo qual STOLLER fala em disforia de gênero, pois nítidos são o sofrimento psíquico do transexual por fazer parte de um gênero e a sua dificuldade de convivência com a frustração de pertencer ao sexo não desejado. O verdadeiro transexual ou hermafrodita psíquico, como

prefere MONEY, é um doente, não estando, portanto, impelido por libertinagem ou vício a agir conforme o sexo oposto ao seu. Por tal razão é preciso respeitá-lo como ser humano, não considerando a aparência física que provoca ou sua preferência sexual. Urge que se respeite sua dignidade, já que não foi favorecido pela sorte, sofrendo de perturbação de identidade sexual.

Além disso, a resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 1.995 do ano de 2010 define, para fins médicos, em seu artigo 3º quando o indivíduo será considerado transexual e estará apto a realizar a cirurgia de readequação sexual, vejamos:

ART. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de transtornos mentais.

Logo, verifica-se por meio dos conceitos supracitados que a transexualidade não se trata de uma doença, quiçá um distúrbio, mas sim, de um conflito de identidade, no qual o sujeito não se identifica com o seu sexo de nascença, repudiando-o, entretanto, seu eu, o seu interior atrai para si o sexo oposto, desejando tornar-se pessoa daquele gênero.

4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE AUTORIZAM A APLICAÇÃO DA LEI 11.340/06 ÀS MULHERES TRANSEXUAIS

4.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental da Constituição Federal que rege o sistema jurídico brasileiro de todas as suas formas. Encontra-se no artigo 1º, inciso III da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988)³ e é reconhecido também como um fundamento do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana traduz-se em *“(...) um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”* (SILVA, 1989, p. 93 apud ARAÚJO, 2000, p. 102).

Fernando Ferreira dos Santos (1999, p. 97) conceitua tal princípio da seguinte forma:

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”, a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor, de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, o “valor que atrai a realização dos direitos fundamentais.

Portanto, nota-se a grande importância de tal norma principiológica, uma vez que todo o arcabouço jurídico e jurídico-normativo deve ser interpretado, desde a raiz, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, não poderia ser diferente em relação à aplicação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) às mulheres transexuais. Isso porque, o princípio em questão acoberta a proteção aos direitos humanos das mulheres, à sua integridade física, à sua moral e, o mais importante, à sua vida.

Negar a proteção da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) a uma mulher transexual é contribuir mais com a violência e a discriminação sofrida por elas, submetendo-as a intenso sofrimento e a uma vida indigna, o que é diferente do pregado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

4.2. O princípio da isonomia ou da igualdade

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, outro princípio que sustenta o Estado Democrático de Direito é o princípio da isonomia ou da igualdade. Este princípio possui duas vertentes, sendo elas, a igualdade formal e a igualdade material.

A igualdade formal encontra-se presente no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)⁴, que dispõe em sua redação que todos os indivíduos são iguais perante a Lei, sem exceção. Nesse sentido, a igualdade formal é a busca da própria lei em tratar as pessoas de forma igualitária.

Por outro lado, ao falar em igualdade material, deve-se ter em mente que esta modalidade de igualdade é a materialização da igualdade formal, ou seja, é a igualdade que está descrita na lei sendo, de fato, aplicada ao caso concreto, no cotidiano das pessoas.

José Afonso da Silva (2005, p. 214-215) disserta sobre o assunto:

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*,

⁴ Art. 5º 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, nos termos seguintes: (...).

não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da *isonomia material*, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI, que já indicamos no n.1 supra.

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também a igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.

Portanto, não deve haver distinção e/ou discriminações de qualquer natureza, mormente no que diz respeito ao sexo (feminino e masculino), como mencionado previamente (SILVA, 2005, p. 214-215), sendo possível, então, estender sua interpretação a questões relacionadas ao gênero.

Logo, em nome do princípio da isonomia, formal ou material, a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) pode e deve ser aplicada as mulheres transexuais, a fim de frustrar toda e qualquer forma de discriminação, mantendo um tratamento igualitário entre os indivíduos inseridos na sociedade, para que o Estado Democrático de Direito possa permanecer intacto.

5 A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA EM FAVOR DA MULHER TRANSGÊNERO

Não há divergências de que a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) desde a data de sua instituição no ordenamento jurídico tem como escopo coibir, reduzir e reprimir toda forma de violência contra a mulher existente nas relações domésticas e familiares, uma vez que tal conteúdo encontra-se explícito na própria lei.

Entretanto, no decorrer dos anos, iniciou-se a discussão de que se essa lei poderia ter sua interpretação estendida para amparar não somente as mulheres que nasceram com as genitálias femininas, mas também as mulheres transexuais, ou seja, aquelas que não nasceram com a genitália feminina, contudo, sempre se identificaram e se reconheceram como mulheres.

Em que pese tal questão infelizmente ainda não ser pacificada no âmbito jurídico, da detida análise da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), entende-se que a sua aplicação às mulheres transgêneros é perfeitamente possível. Isso porque, a redação do artigo 5º, *caput*, do diploma legal em comento (BRASIL, 2006), é clara ao mencionar que a Lei protegerá o gênero, “Art. 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: (...)“.

Além disso, o parágrafo único do artigo acima registrado determina que “*As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.*”, retirando, portanto, a hipótese de que é inadmissível a aplicação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) em favor das mulheres transgêneros, vítimas de violência doméstica e familiar.

Ressalta-se, ainda, que a presente lei não aduz em momento algum que não será válida para proteger as mulheres transexuais, melhor ainda, não faz exigência alguma de que é preciso comprovação de que nasceu como uma mulher ou de que já realizou a cirurgia de readequação sexual, trazendo apenas que a Lei tutelar a violência de gênero e sexo contra a mulher.

Embora na seara jurídica, ou seja, para alguns doutrinadores, ou até mesmo nos Tribunais, nos órgãos públicos, o assunto seja bastante divergente, já existem decisões favoráveis da aplicação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) às mulheres transexuais.

Maria Berenice Dias (2007, p. 35) expõe que:

Ao ser afirmado que está sob o abrigo da Lei a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, encontra-se assegurada proteção tanto às lésbicas como às travestir, as transexuais e os transgêneros do sexo feminino que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção.

Nesse sentido, a 2ª Câmara Cível do Estado de Mato Grosso, deu provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto por uma mulher transexual requerendo medidas protetivas em face do seu agressor. Vejamos a ementa do acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – GÊNERO DO AGRESSOR OU DO AGREDIDO – IRRELEVÂNCIA – EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO FAMILIAR OU DE AFETIVIDADE – COMPROVAÇÃO – APLICAÇÃO DA LEI 11.340/06 – COMPETÊNCIA DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – RECURSO PROVIDO.

Muito embora a lei em comento verse sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, o referido diploma legislativo deve ser interpretado ampliativamente, sempre “in bonam partem”, ou seja, a favor da vítima, que em verdade, pode ser qualquer pessoa, desde que comprovado que a violência ocorreu dentro de um contexto doméstico ou de relacionamento íntimo.

(AI 31430/2015, DESA. MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 24/06/2015, Publicado no DJE 13/07/2015).

Merece trazer à baila os argumentos do referido acórdão que motivaram a concessão das medidas protetivas constantes na Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) em favor da mulher transgênero.

A Desembargadora Relatora asseriu que a mulher transgênero do caso narrado no aludido acórdão, sempre pensou e agiu como mulher desde sua adolescência, além de fazer o uso de hormônios femininos, buscando aproximar-se mais da feminilidade. Aduziu, também, que toda mulher considerada transgênero almeja, seja no ponto físico ou no social, pertencer ao gênero feminino, por isso, a aplicação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) é integralmente aplicada a ela.

Além disso, a autoridade supramencionada traz que a referida legislação assegura proteção a todas as mulheres pertencentes ao gênero feminino, não se restringindo ao sexo e que a oferta de assistência do diploma legal as mulheres transexuais encontra respaldo nos princípios constitucionais da dignidade humana e da isonomia, porquanto a lei em comento (BRASIL, 2006) em seu artigo 2^o, veda qualquer tratamento discriminatório em razão da orientação sexual.

Logo, como bem lecionado no acórdão do recurso de nº 31430/2015, de relatoria da Desembargadora Maria Helena Gargaglione Póvoas, a Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) não faz distinção alguma entre mulheres transexuais ou mulheres nascidas com a genitália feminina, podendo a lei ser perfeitamente aplicável a ambas.

Nas mesmas diretrizes, a 4^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na data de 5 de setembro de 2017, no acórdão do processo de nº 0048555-53.2017.8.19.0000, de relatoria do Desembargador João Ziraldo Maia, reformou a decisão de um juiz que não permitiu a concessão de medida protetiva à uma mulher transgênero, vítima de violência doméstica.

O magistrado de 2^a instância, em síntese, prega que visando manter a instituição Republicana, o judiciário não pode isentar um pessoa transgênero de receber o bem social de forma igualitária e que a não aplicação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) a mulher transexual seria um retrocesso, portanto, a interpretação do mencionado diploma legal deve se estender a essa condição da transexualidade

⁵ Art. 2^o Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

para que o Estado não se prenda a medidas passíveis de excluir alguma camada vulnerável da sociedade.

Destarte, refutar a aplicação da lei Maria da Penha à mulher transexual faria o Brasil retroceder, afrontando os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, tornando inviável o cumprimento dos objetivos elencados na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e, ainda, violaria todas as garantias e os direitos fundamentais da pessoa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se que o objetivo deste trabalho foi demonstrar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006 (BRASIL, 2006) – às mulheres transexuais ou mulheres transgêneros. Para tanto, foi necessário abordar diversas questões para, por fim, entender os motivos que levam à autorização de tal perspectiva pela própria lei.

Além de o presente artigo dissertar acerca da origem da referida legislação especial penal, também trouxe as diferenciações entre gênero e sexo, bem como a definição do fenômeno da transexualidade, ponto essencial para melhor entendimento deste trabalho e do que se pretende defender por meio dele.

Esclareceu-se ainda que a integração das mulheres transgêneros na proteção da lei em questão é acobertada pelos princípios fundamentais constitucionais, quais sejam o da dignidade da pessoa humana e o da isonomia, garantindo, dessa forma, todos os direitos fundamentais de um indivíduo.

Por fim, ainda que o assunto não seja pacificado pela jurisprudência e doutrina, vê-se que o judiciário começou a dar mais visibilidade ao tema e emitir decisões recentes no sentido de que a concessão da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) às mulheres transexuais é uma medida de rigor de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

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

ARÁN, Márcia. **A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero**. Agora (Rio de Janeiro) v. IX n.1 jan/jun 2006, 49-63;

ARBENZ, **Guilherme Oswaldo**. **Medicina legal e antropologia forense**. Rio de Janeiro: Atheneu, 1988;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** – Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm;
Acesso em: 25.10.2017.

_____. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm;
Acesso em: 25.10.2017.

_____. **Decreto-lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm;
Acesso em: 25.10.2017.

_____. **Decreto-lei nº 4.377 de 13 de setembro de 2002 – Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm;
Acesso em: 25.10.2017.

_____. **Decreto-lei nº 1.973 de 1º de agosto de 1996 – Convenção Interamericana para Previr, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm;
Acesso em: 25.10.2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004 – EC nº 45**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm;
Acesso em: 25.10.2017.

_____. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha**. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm;
Acesso em: 25.10.2017.

_____. **Resolução 1.995/2010 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível

em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm;
Acesso em: 10.11.2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Acórdão no agravo de instrumento nº 31430/2015.** Relatora: PÓVOAS, Maria Helena Gargaglione. Publicado no DJE em 13.07.2015, ed. nº 9573, p. 30.

CABRAL, **Francisco**; DIAZ, **MARGARITA. Relações de gênero.** In: BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte; Fundação Odebrecht. Cadernos afetividade e sexualidade na educação: um novo olhar. Belo Horizonte: Rona, 1998;

DIAS, **Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça.** Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007;

DINIZ, **Maria Helena. O estado atual do biodireito.** 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002;

FERNANDES, **Maria da Penha Maia. Sobrevivi... Posso contar.** Fortaleza, 1994.

LIMA, **Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada,** volume único/Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016;

OAKLEY, **Ann. Sex, Gender and Society.** New York: Harper, 1972;

OLIVEIRA, **Andréa Karla Cavalcanti da Mota Cabral de. Histórico, produção e aplicabilidade da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/06.** Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8429>;
Acesso em: 12.10.2017.

PARIS. **Dictionnaire de Medicine Flammarion,** p. 669, apud Tereza Rodrigues Vieira, Direito à adequação de sexo no transexual, p. 50, Repertório IOB de Jurisprudência, n. 3, 1996, p. 51-47, apud Luiz Alberto David Araújo, A proteção constitucional do transexual – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19;

RODAS, **Sérgio. Lei Maria da Penha protege mulher trans vítima de homem trans, diz desembargador.** 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-05/lei-maria-penha-protége-mulher-trans-vitima-homem-trans>;
<https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-protége-mulher-trans.pdf>. Acesso em: 17.11.2017.

Relatório 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil. Disponível em:

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 25.10.2017.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999;

SILVEIRA, José Francisco Olios da. O transexualismo na Justiça. Porto Alegre: Editora Síntese, 1995.