



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NAYARA GONÇALVES SIQUEIRA

TRAVESTIS E TRANSEXUAIS COMO SUJEITO PASSIVO DA LEI 11.340/2006

Juazeiro do Norte
2020

NAYARA GONÇALVES SIQUEIRA

TRAVESTIS E TRANSEXUAIS COMO SUJEITO PASSIVO DA LEI 11.340/2006

Artigo apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Juazeiro do Norte
2020

NAYARA GONÇALVES SIQUEIRA

TRAVESTIS E TRANSEXUAIS COMO SUJEITO PASSIVO DA LEI 11.340/2006

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para obtenção de grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

FRANCISCO THIAGO DA SILVA MENDES
Orientador(a)

ALYNE ANDRELYNA LIMA ROCHA CALOU
Avaliador(a)

IAMARA FEITOSA FURTADO LUCENA
Avaliador(a)

TRAVESTIS E TRANSEXUAIS COMO SUJEITO PASSIVO DA LEI 11.340/2006

Nayara Gonçalves Siqueira¹
Francisco Thiago da Silva Mendes²

RESUMO

O presente trabalho aborda a aplicabilidade da Lei 11.340/2006 às travestis e transexuais, questionando se o termo “mulher” trazido pela legislação refere-se a critérios de identidade de gênero ou a critérios biológicos. Para tanto, utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica e análise de algumas jurisprudências nacionais. Inicialmente foram trazidos conceitos introdutórios acerca da proteção da mulher no direito brasileiro, bem como do contexto que culminou com a criação da Lei 11.340/2006. Após, foram abordados os conceitos de travesti e transexuais para só então analisar a posição doutrinária e jurisprudencial acerca destas serem ou não protegidas pela Lei Maria da Penha. Com o trabalho, concluiu-se que, em que pese a doutrina apresentar certa rigidez quanto às travestis serem sujeito passivo da Lei 11.340/2006 exigindo a retificação de registro civil e/ou a realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual, as jurisprudências analisadas permitem verificar que basta a identificação com o gênero feminino para a caracterização como sujeito passivo da Lei em comento, independente de cirurgia ou retificação de registro civil.

Palavras- Chave: Violência Doméstica. Sujeito Passivo. Transexuais. Travestis.

ABSTRACT

The presente work addresses the applicability of Law 11.340/2006 to transvestites and transsexuals, questioning whether the term “woman” brought by the legislation refers to gender identity criteria or biological criteria. To this end, the bibliographic review and analysis of some national jurisprudence was used as methodology. Initially, introductory concepts about the protection of woman in brazilian law were brought, as well as the contexto that culminated in the creation of Law 11.340/2006. Afterwards, the concepts of transvestites and transsexuals were approached to only then analyze the doctrinal and jurisprudential position regarding whether or not they are protected by the law Maria da Penha. With this work, was concluded that, in spite of the doctrine presenting a certain rigidity regarding the transvestites being passive subject of Law 11.340/2006 requiring the rectification of civil registration and/or the performance of surgical procedure of sexual reassignment, the analyzed jurisprudences allow verify that identification with the female gender is suficiente for the characterization as a passive subject of the Law in question, regardless of surgery of rectification of the civil registry.

Keywords: Domestic Violence. Passive subject. Transsexuals. Transvestites.

¹ Discente do Curso de Direito da UNILEÃO. E-mail: naygoncalves93@gmail.com

² Docente do Curso de Direito da UNILEÃO. E-mail: thiagomendes@leaosampaio.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a norma jurídica deve acompanhar as mudanças da sociedade, contudo, não é possível esse caminhar através, exclusivamente, de alterações legislativas. Nessa senda, portanto, fundamental é o papel da doutrina, que se renova ano a ano, trazendo discussões ainda frescas ao contexto jurídico, bem como da jurisprudência, a qual é responsável pela adequação da norma ao caso concreto.

Nesse sentido, é evidente que a sociedade brasileira que recebeu a Lei 11.340/2006 não é a mesma. Partindo desse pressuposto, o que antes não deixava dúvidas acerca do conceito de mulher, definido pela lei como sujeito passivo dos crimes realizados no âmbito doméstico, hoje questiona-se sua aplicação de maneira cartesiana. Afinal, o que é ser mulher? É critério biológico? É critério de identidade de gênero?

O presente trabalho abordará a temática das alterações interpretativas acerca do sujeito passivo protegido pela Lei 11.340/2006, objetivando verificar quais as mudanças que ocorreram na jurisprudência, desde a promulgação da lei até os dias atuais, focando na possibilidade do enquadramento de travestis e transexuais como protegidos pela referida legislação.

Para debater o tema, utilizar-se-á a abordagem qualitativa, através da revisão bibliográfica e da pesquisa documental.

Quanto aos objetivos específicos, inicialmente, será traçado, brevemente, o contexto histórico da proteção da mulher até os eventos que culminaram na criação da Lei 11.340/2006, esclarecendo os anseios daquela sociedade que levaram à edição da norma.

No capítulo seguinte será analisado o conceito de mulher, sujeito passivo definido pela lei *versus* a definição da literatura especializada nas questões de gênero, comparando-as para verificar suas semelhanças e divergências.

Por fim, serão analisadas decisões judiciais brasileiras acerca do tema, verificando como esta entende o conceito de mulher, se baseado em critérios biológicos ou ampliando a proteção baseado em critérios sociais.

A pesquisa anseia em contribuir para a discussão acerca da temática, trazendo à baila decisões judiciais sobre a aplicabilidade da referida Lei a travestis e transexuais, os quais, em que pese não serem biologicamente mulheres, identificam-se como tais.

Ressalte-se que é fundamental que a comunidade acadêmica discuta temáticas como esta, pois, é também por meio da pesquisa científica que os hiatos temporais que afastam a

norma da sociedade são preenchidos, bem como fomentam uma melhoria da proteção legal, se não através de alteração legislativa mas pela jurisprudência que, ao verificar a relevância da temática passa a considerá-la.

2 METODOLOGIA

A abordagem para o desenvolvimento da presente pesquisa será a qualitativa, visto que se mostra a mais adequada aos objetivos pretendidos. Para Henriques & Medeiros (2017, p. 105):

A complexidade, a singularidade, a imprevisibilidade e a originalidade das relações interpessoais e sociais requisitam outros métodos que não a quantificação, métodos mais relacionados com a interpretação, propriamente dita, métodos que valorizam aspectos qualitativos.

Quanto à natureza, a pesquisa é básica estratégica, pois é “voltada à aquisição de novos conhecimentos direcionados a amplas áreas com vistas à solução de problemas práticos” (GIL, 2018, p.25).

Quanto aos objetivos, a pesquisa será exploratória, bibliográfica e documental.

Segundo Gil (2018, p. 25), as pesquisas exploratórias têm como propósito proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torna-lo mais explícito ou a construir hipótese.

A pesquisa bibliográfica “visa conhecer e analisar as contribuições teóricas fundamentais sobre um tema ou problema” (HENRIQUE; MEDEIROS, 2017, p. 107), através de consultas em livros, artigos acadêmicos, dicionários, entre outros.

A pesquisa documental, apesar de guardar semelhanças com a bibliográfica, com ela não se confunde. Segundo Gil (2018):

A principal diferença está na natureza das fontes. A pesquisa bibliográfica fundamenta-se em material elaborado por autores com o propósito específico de ser lido por públicos específicos. Já a pesquisa documental vale-se de toda sorte de documentos, elaborados com finalidades diversas, tais como assentamento, autorização, comunicação etc. Mas há fontes que ora são consideradas bibliográficas, ora documentais. Por exemplo, relatos de pesquisas, relatórios e boletins e jornais de empresas, atos jurídicos, compilações estatísticas etc. Assim, recomenda-se que seja considerada fonte documental quando o material consultado é interno à organização, e fonte bibliográfica quando for obtido em bibliotecas ou bases de dados.

Por fim, quanto ao procedimento, o trabalho utilizará levantamento da bibliografia existente acerca da temática, bem como a jurisprudência pátria, para verificar como esta tem aplicado os conceitos do sujeito passivo amparado pela Lei 11.340/2006.

3 A PROTEÇÃO DA MULHER ANTES DA LEI 11.340/2006

A mulher, durante muito tempo, foi tratada como um ser sem capacidade para tomar decisões acerca da própria vida. Vivia, quando criança, sob as ordens do pai ou, na falta deste, por um irmão e, após o casamento era propriedade do marido.

No Brasil a história não se fez diferente do resto do mundo, ao contrário, o país parece ter mergulhado num poço patriarcalista que não tem fim.

Com o tempo foi possível observar a evolução da abordagem legal dispensada à mulher brasileira. Evolução tardia e lenta, é verdade, e que se deu, sobretudo, pelas lutas dos movimentos feministas.

Fernandes (2015, p. 9) ensina que foi somente no Brasil Império, época considerada de humanização do direito, que foi permitido que as mulheres tivessem acesso ao estudo de primeiro grau, embora este fosse de conteúdo diferente dos ofertados aos meninos.

Durante o início do Século XX, com o advento do Código Civil de 1916, que vigorou por quase noventa anos, as mulheres continuaram subestimadas, reduzidas à incapacidade relativa que lhes sobrevinha com o casamento.

Na seara penal, os crimes sofridos pelas mulheres eram descritos como ofensa à honra, à família, isso porque seu papel fundamental na sociedade era o exercício da maternidade e do casamento.

Um grave exemplo da banalidade como era tratada a violência doméstica contra a mulher foi o processamento destes crimes sob o esteio da Lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Para Souza (2016), as penas aplicadas, majoritariamente pecuniárias, contribuía para a banalização dos conflitos domésticos, sem contribuir para a segurança ou proteção da mulher como sujeito de direitos.

Nesse cenário, de pouca ou nenhuma proteção para a mulher foi fundamental o papel dos movimentos sociais, acentuados, principalmente no período pós- Segunda Guerra Mundial, para o reconhecimento da necessidade de olhar a vivência e principalmente a violência ocorrida no interior dos lares.

3.1 OS MOVIMENTOS SOCIAIS E AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Para que a história fosse alterada sempre foi necessária a ação das pessoas através das mais diversas formas de manifestação. Nesse sentido, nada mais justo do que apontar o papel dos movimentos sociais feministas para a criação de encontros e fomento ao diálogo acerca do direito das mulheres. Nesse sentido:

Aos poucos, o tema da igualdade foi ganhando força no cenário mundial. A luta dos movimentos feministas, a reivindicação do direito ao voto e o ingresso da mulher no mercado de trabalho modificaram aos poucos sua posição na sociedade. (FERNANDES, 2015).

A Convenção Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979 é uma importante referência para o direito das mulheres, uma vez que foi o primeiro tratado internacional acerca da temática.

Em que pese ter sido criticada pelos movimentos feministas internacionais por ter deixado de tratar da violência doméstica, a Convenção foi o princípio de uma série de documentos internacionais sobre o direito das mulheres. Nesse sentido, na apresentação da Carta, Silvia Pimentel relata que:

A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado. A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano.

Fernandes (2015, p. 20) assinala que o referido tratado foi aprovado no Brasil em 1983, porém com ressalvas que duraram até 1994. Ressalvas especificamente no que dizia respeito à igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações. É que, conforme descrito no tópico acima, no país vigorava o Código Civil de 1916 que tratava a mulher casada como relativamente incapaz.

Outro marco relevante para o direito das mulheres, mas, dessa vez na América Latina, foi a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como a Convenção de Belém do Pará, que ocorreu em 9 de Julho de 1994 e foi promulgada pelo Brasil em 1º de agosto de 1996.

A Convenção definiu, em seu artigo 1º, violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta que baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada”.

É importante ressaltar que foi a partir da previsão de cabimento ao particular, quando ocorrer violação à Convenção, de fazer reclamação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que o caso de Maria da Penha ficou conhecido internacionalmente, “obrigando” o Brasil a elaborar um lei que coibisse e protegesse a mulher de violência doméstica e familiar (FERNANDES, 2015, p. 24).

3.2 A LUTA DE MARIA DA PENHA E A RESPONSABILIZAÇÃO DO BRASIL POR NEGLIGÊNCIA, OMISSÃO E TOLERÂNCIA EM RELAÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A farmacêutica bioquímica Maria da Penha Maia Fernandes ficou conhecida por sua luta pela vida e pelo direito de ver seu agressor pagar pelos crimes que cometeu.

Após sofrer duas tentativas de homicídio e diante da omissão do Poder Judiciário Brasileiro que permitiu, com sua mora, que o agressor não fosse punido ou reparasse, materialmente, os danos causados à Maria da Penha, utilizou-se da ferramenta construída na Convenção de Belém do Pará, para peticionar reclamação contra o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

Em 2001, o Brasil foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras, recebendo as seguintes recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2001):

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia;
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.
4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
 - b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
 - c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
 - d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
 - e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.
5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana.

Em 2002 foi dado início aos trabalhos para a criação de uma lei abordando a proteção da mulher e, em 07 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei 11.340/2006, batizada em homenagem à mulher que tanto lutou por seu direito de viver.

Maria da Penha Maia Fernandes é um símbolo, uma dentre tantas mulheres que sofreram, perderam a vida, tiveram sua dignidade pisada ao som do estrondoso silêncio do Estado Brasileiro, que participava de todas as convenções sobre direitos humanos, mas tratava violência doméstica e familiar como crime de menor potencial ofensivo.

É irrefutável a necessidade de criação de um sistema de proteção integrado para atender às mulheres brasileiras vítimas de violência doméstica e familiar, no entanto, quando da elaboração da lei, deixou-se de cuidar da proteção daquelas que não nasceram biologicamente do sexo feminino, mas que identificam-se assim, quanto ao gênero, e sofrem violência doméstica no mesmo contexto das que portam o cromossoma XX.

No item seguinte, abordar-se-á o sujeito passivo protegido pela Lei 11.340/2006.

4 O SUJEITO PASSIVO AMPARADO PELA LEI 11.340/2006

Uma vez esclarecido o contexto da criação da Lei 11.340/06, a qual veio após inúmeras tentativas de retirar o país da letargia quanto a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, parte-se para a análise do sujeito passivo protegido pela referida lei.

Já na descrição o legislador anuncia que a Lei “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]”, demonstrando a quem os sistemas de proteção ali criados são destinados. Utilizou, para tanto, tão somente a designação ‘mulher’,

não explicando se assim considerada no sentido biológico ou pela identidade de gênero. Com efeito, antes de qualquer análise jurisprudencial, faz-se necessária a diferenciação dos termos acima mencionados.

Segundo De Jesus (2012), o que determina o sexo de uma pessoa é, somente, o tamanho de suas células reprodutivas, sendo este de caráter biológico, enquanto o gênero é social, construído de acordo com a cultura. Dessa forma, a proteção da Lei 11.340/2006 gira em torno da definição de mulher baseada na biologia ou se basta que a pessoa em questão se identifique como tal.

Sampaio e Silva (2019) descrevem como transexual o “indivíduo que se identifica com um sexo diferente do biologicamente designado”, a presença deste causando-lhe imenso desconforto, “fazendo com que o indivíduo queira ajustar seu corpo de acordo com sua identidade de gênero, independentemente da realização de procedimento cirúrgico”.

O cerne do presente trabalho é, justamente, se este indivíduo, nascido de sexo biologicamente masculino, mas que identifica-se como mulher, achando-se em uma situação de violência doméstica é protegido pela Lei 11.340/2006 ou, se eventual processamento do(a) agressor(a) deverá se dar pelo sistema penal e processual penal geral.

Tal questionamento refere-se também a aplicabilidade da Lei 11.340/2006 aos travestis, assim consideradas, segundo De Jesus (2012) como pessoas que vivenciam papéis do gênero feminino, não se consideram homem ou mulher, mas pertencentes a um terceiro gênero ou um não-gênero.

Conforme será explanado no subitem a seguir, a doutrina diverge quanto as perquirições aqui formuladas o que, com a jurisprudência, não é diferente.

4.1 O QUE DIZ A DOUTRINA ACERCA DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA ÀS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

Se o legislador silencia, a margem para as teorias doutrinárias está aberta. Conforme mencionado outrora, não há consenso. Neste subitem far-se-á uma breve análise de algumas das concepções doutrinárias acerca da aplicabilidade da Lei 11.340/2006 às travestis e transexuais.

Rodrigues (2017) aduz que a referida lei foi criada objetivando a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, não tendo o legislador dado possibilidade

de ampliação de sua abrangência para pessoas de sexo diverso do feminino, considerando isso, o autor pontua que:

Pensamento contrário nos levaria a concluir que qualquer pessoa que se identifique como sendo: homossexual, bissexual ou transexual, acaso adotasse socialmente um comportamento próprio feminino poderia valer-se das proteções definidas na citada norma aptas a postular a proteção estatal sob a égide da referida Lei.

Para o autor, que fala embasado na exposição de motivos da Lei 11.340/2006, só pode ser beneficiário desta aqueles que, não tendo nascido biologicamente de sexo feminino, tenham modificado seu Registro Civil de Nascimento para nele constar o referido sexo.

Para Bianchini (2020) a Lei 11.340/2006 é clara quanto a proteção que estabelece, qual seja, o gênero feminino, esclarecendo, contudo, que esta proteção se estende também às mulheres que estejam em relacionamentos lésbicos, bissexuais, bem como às transexuais. Para a autora, tal abrangência deriva do parágrafo único, do artigo 5º, da Lei.

A autora entende que a lei não se aplica à casais homossexuais masculinos:

Uma vez que a lei não se aplica a casos de violência doméstica e familiar praticada contra homens em relacionamentos heterossexuais, pela sua condição de pertencimento ao gênero masculino, por analogia, entender-se-á que vítimas homens, em relacionamentos homossexuais igualmente não poderiam ser contemplados pela referida lei, uma vez que sua identidade de gênero permanece como sendo pertencente ao gênero masculino, em que pesem relacionarem-se com outros homens.

Quanto à aplicabilidade da Lei às travestis, Bastos (*apud* Ritt; Gomes, 2016) possui entendimento no sentido de que estas, por não serem mulheres biologicamente, nem psicologicamente, já que, como visto anteriormente, identificam-se como pertencentes a um terceiro gênero, não estão sob a proteção da Lei 11.340/2006.

Assim, verifica-se que os autores ora mencionados compreendem que a lei se aplica às mulheres independentemente da orientação sexual que possuam, tal proteção se estendo às transexuais, sem menção à retificação do registro civil para Bianchini e somente com a realização deste procedimento para Rodrigues.

No tópico seguinte serão analisadas algumas jurisprudências nacionais acerca da temática, para verificar se o posicionamento dos tribunais vai ao encontro do posicionamento doutrinário.

4.2 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Em julgado de 2018, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal analisou se a Lei 11.340/2006 se aplicaria, no que tange ao sujeito passivo, à uma transexual não operada.

Vejam os a ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA. 1 O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil. 2 O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher. 3 Não há analogia in malam partem ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese. 4 Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha. (TJ-DF 20171610076127 DF 0006926-72.2017.8.07.0020, Relator: GEORGE LOPES, Data de Julgamento: 05/04/2018, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/04/2018. Pág.: 119/125)

No caso em questão o Tribunal analisava recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público, ante a declinação de competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para a Vara Criminal Comum, o que ocorreu por este entender que a Lei 11.340/2006 era inaplicável para o caso, já que a vítima não tinha averbado prenome feminino no registro civil.

Ao examinar o caso, o Relator considerou que:

A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções postas à sua disposição para que exerça de forma plena e sem constrangimentos sua liberdade de escolha, não se tratando de condicionantes para que seja considerada mulher.

Como se vê, o Relator considerou que o fato de a vítima se considerar mulher e ter sido todo o relacionamento no qual vivenciou a situação de violência era o suficiente para que esta estivesse amparada pela Lei 11.340/2006.

Pontuou ainda que “Negar incidência da Lei Maria da Penha, nesta hipótese, é observar a dupla fragilidade da vítima - por ser mulher e por ser transgênero - sem garantir-lhe qualquer forma especial de tutela”.

Por fim, ao discorrer acerca de uma possível caracterização de analogia *in malam partem*, o Relator asseverou que:

A utilização do termo "gênero" na Lei Maria da Penha não é fortuita, mas decorrente de um contraponto histórico e bastante discutido com o termo "sexo": enquanto este é morfológico, inato, aquele diz respeito às construções sociais erigidas em torno das visões de masculino e feminino. Assim, o que o legislador elegeu como objeto de proteção na Lei 11.340/2006 foi a própria noção do "feminino", socialmente construída, e não apenas o sexo biológico. Trata-se de conceito que certamente pode abranger as transexuais femininas, as quais - como já visto - são optantes deste gênero e não forçosamente do sexo correspondente. Não se realiza, portanto, analogia indevida ao admiti-las no conceito da lei, o qual já admite interpretação extensiva que as inclua.

Assim, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal reformou a decisão e determinou o prosseguimento do feito perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, em 2019, pela aplicação da Lei 11.340/2006 em favor de uma travesti que sofreu lesões corporais do companheiro com quem vivia em união estável. Vejamos a ementa do acórdão:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação praticada contra travesti. Vítima do sexo masculino que se identifica como mulher, ostentando nome social feminino. Violência perpetrada no âmbito doméstico e baseada no gênero e vulnerabilidade da vítima. Incidência do artigo 5º, inciso II, da lei nº 11.340/06. Conflito julgado precedente. Competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista, ora suscitado. (TJ-SP - CJ: 00320358620188260000 SP 0032035-86.2018.8.26.0000, Relator: Issa Ahmed, Data de Julgamento: 08/04/2019, Câmara Especial, Data de Publicação: 10/04/2019)

Ao proferir seu voto, o Desembargador Relator no processo de Conflito de Jurisdição nº: 0032035-86.2016.8.26.0000 da Comarca de São Paulo, voto nº: 17979 pautou seus argumentos no sentido de que embora a travesti não fosse biologicamente de sexo feminino, identificava-se como tal e assim, considerando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

deve ser reconhecida sua identificação com o gênero feminino e a consequente vulnerabilidade no relacionamento amoroso, compatível com a ratio legis invocada, em razão da dominação do gênero masculino sobre o feminino, fazendo incidir, na apuração supostas lesões sofridas, a Lei n. 11.340/06.

No julgado em questão, pode-se perceber que o Relator não se ateu à necessidade de retificação do registro civil, bastando para o reconhecimento da submissão do caso às regras da Lei 11.340/2006 o sujeito passivo enxergar-se como pertencente ao gênero feminino.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao analisar recurso em sentido estrito interposto contra a sentença de pronúncia do acusado, buscando, dentre outros aspectos, afastar a qualificadora do feminicídio, sob o argumento de que a vítima era do sexo masculino e somente o gênero era feminino, entendeu pela existência da qualificadora, vejamos:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E FEMINICÍDIO, FURTO E RESISTÊNCIA (ART. 121, § 2º, INCISOS IV E VI, ART. 155, § 1º E 329, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE. PRETENDIDA IMPRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIOS PROBATÓRIOS ACERCA DA AUTORIA E MATERIALIDADE PRESENTES. TESES ANTAGÔNICAS QUE DEVEM SER LEVADAS À JULGAMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. REQUERIMENTO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E FEMINICÍDIO. INVIABILIDADE. PROVAS CARREADAS QUE DEMONSTRAM QUE O RECORRENTE TERIA PRATICADO O DELITO ENQUANTO A VÍTIMA DORMIA, MEDIANTE O USO DE UMA BARRA DE FERRO CONTRA SUA CABEÇA. **INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO PARA VÍTIMA TRANSGÊNERO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA NORMA PENAL.** PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA QUE OPINOU PELA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJ-SC - RSE: 00087123720188240023 Capital 0008712-37.2018.8.24.0023, Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Data de Julgamento: 30/01/2020, Primeira Câmara Criminal) **(grifei)**.

A Relatora entendeu, na ocasião, que o sujeito passivo protegido pela Lei 11.340/2006 deve ser alargado de modo a alcançar também às mulheres transgênero:

Nesse contexto, esta relatora possui o entendimento de que a proteção à mulher, com supedâneo na Lei Maria da Penha, deve ser alargada ao ponto de também proteger as pessoas que se identificam como do gênero feminino, espelhado nos direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade, igualdade, à vida, sobretudo pela dignidade da pessoa humana.

A Desembargadora citou ainda a existência do Projeto de Lei 191 de 2017, do Senado Federal, que busca garantir proteção às mulheres que não nasceram com o sexo feminino, mas que se identificam como tal.

Por fim, a Relatora falou a respeito dos dados estatísticos de violência praticada contra transgênero:

Salienta-se, uma vez mais, que os dados estatísticos apresentados sobre a violência praticada em pessoas transexuais, transgênero, etc., tem aumentado gradativamente, de modo que se mostra possível adotar uma medida mais severa contra tais atos, a fim de auxiliar na coibição nesta seara criminosa.

Cumpra argumentar que, na visão desta relatora, esta é uma tendência mundial, a qual o Brasil não pode engatar ritmo indolente a fim de fazer "vistas grossas" a uma problemática cotidiana da sociedade global.

Consigna-se, uma vez mais, a necessidade de oxigenação do ordenamento jurídico, pois o direito deve adequar-se à realidade do fato social e às mudanças de paradigmas.

No julgado em comento, portanto, observa-se que o Tribunal de Justiça entendeu pela interpretação extensiva da proteção trazida pela Lei 11.340/2006, baseado na doutrina e buscando a prática de uma justiça social enquanto o legislador não executa seu papel de adequação da lei à realidade da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir que apesar da doutrina apresentar ainda uma certa rigidez para a caracterização da condição de "mulher" como sujeito passivo da Lei 11.340/2006 além de seu sentido biológico, colocando como necessária a retificação do registro civil, o mesmo não acontece com a jurisprudência pátria.

Os Tribunais têm se pronunciado no sentido de que basta a identificação com o gênero feminino para que a mulher transexual seja amparada pela lei que coíbe a violência doméstica, sendo a retificação do registro civil e o procedimento cirúrgico imprescindíveis.

Tem-se, contudo, que observar a aparente confusão de significados aplicada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Logo na ementa do julgado, descreve-se com vítima uma travesti, todavia, ao observar as justificativas para aplicação da Lei 11.340/2006 é possível perceber que o Relator, na verdade, está falando de uma situação de transexualidade, onde a vítima das agressões identifica-se como mulher, em que pese não tenha realizado procedimento cirúrgico, o que vai de encontro ao conceito de travesti, o qual, como visto, enxerga-se como pertencente a um terceiro gênero ou um não-gênero.

Reitera-se aqui a importância da jurisprudência para a evolução do Direito, uma vez que os magistrados podem, no caso concreto, verificar as mudanças sociais e aplicar a legislação de modo a proteger os indivíduos, realizando as adequações que o Poder Legislativo não tem a agilidade de corrigir em tempo hábil.

Por fim, insta ressaltar a necessidade de ampliação formal da proteção da Lei 11.340/2006, com vistas a não causar arestas doutrinárias ou jurisprudenciais, uma vez que o

embrião da violência doméstica é a crença de superioridade de gênero e este, como visto, não é oriundo da biologia, mas uma construção social.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Crimes contra mulheres**/ Alice Bianchini, Mariana Bazzo, Silvia Chakian. – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em 09 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.** Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL. **Tratado Internacional. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.** 1979. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 09/05/2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **RELATÓRIO N 54/01. CASO 12.051. MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES.** 2001. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relatn.pdf. Acesso em: 09/05/2020.

HUMANOS, C. interamericana de D. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.** 1994. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-61.htm>. Acesso em: 09/05/2020.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Femicídio)** / Valéria Diez Scarance Fernandes – São Paulo: Atlas, 2015.

GIL, Antonio Carlos, 1946 – **Como elaborar projetos de pesquisa** / Antonio Carlos Gil. – [2. Reimpr.]. – 6.ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

HENRIQUES, Antonio. **Metodologia científica na pesquisa jurídica** / Antonio Henriques, João Bosco Medeiros. – 9. ed., rev. e reform. – São Paulo: Atlas, 2017..

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientação sobre Identidade de Gênero: conceitos e termos.** 2. ed., revista e ampliada. – Brasília, 2012. Disponível em: < <http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>>. Acesso em 27 de maio de 2020.

PENHA, Instituto Nacional Maria da. **QUEM É MARIA DA PENHA?** Disponível em:<<http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em 09 de maio de 2020.

RITT, Eduardo; GOMES, Sabrina Netto. **A lei Maria da Penha e a família homoafetiva.** III Colóquio de Ética, Filosofia Política e Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em :< <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/download/15017/3639>>. Acesso em 29 de maio de 2020.

RODRIGUES, Wagner Ribeiro. **Identidade de gênero: análise de sua pertinência e aplicabilidade das normas constantes na Lei Maria da Penha.** Leituras de direito: violência doméstica e familiar contra a mulher / Cornélio Alves; Deyvis de Oliveira Marques (Org.). – Natal: TJRN, 2017. 380 p. Disponível em:< <https://www.amb.com.br/fonavid/files/livro-fonavid.pdf>>. Acesso em 29 de maio de 2020.

SAMPAIO, Elton Augusto & SILVA, Tatiana Mareto. **A análise da (in)aplicabilidade da lei Maria da Penha aos casos de mulheres transexuais e travestis em situação de violência doméstica e familiar.** Núcleo de Estudos de Gênero. Universidade Federal de Uberlândia, 2019. Disponível em:< <http://200.19.146.79/index.php/neguem/article/view/41502>>. Acesso em 27 de maio de 2020.

SOUZA, Luanna Tomaz - **Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha.** Coimbra: [s.n.], 2016. Tese de doutoramento. Disponível em:<<http://hdl.handle.net/10316/30197>>. Acesso em 07 de maio de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA TJ-SC. **Recurso em Sentido Estrito nº RSE 00087123720188240023 Capital 0008712-37.2018.8.24.0023, de 30 de janeiro de 2020.** Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho. [S. l.], 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO TJ-SP. **Jurisprudência nº CJ 0032035-86.2018.8.26.0000 SP 0032035-86.2018.8.26.0000, de 8 de abril de 2019.** Relator: Issa Ahmed. [S. l.], 10 abr. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS TJ-DF. **Jurisprudência nº 0006926-72.2017.8.07.0020 DF 0006926-72.2017.8.07.0020, de 5 de maio de 2018.** Relator: George Lopes. [S. l.], 20 abr. 2018.