

A expansão da proteção de gênero prevista na Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha

Elaine Cristina Monteiro Cavalcante
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

O presente estudo tem por objetivo traçar considerações sobre a possibilidade de expandir a aplicação da Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, aos transexuais masculinos do gênero feminino.

Assim, no capítulo I foi elaborado um breve esboço histórico da edição da Lei 11.340/2006 desde seu nascedouro, especialmente sobre as circunstâncias que conduziram o Brasil à elaboração da proposta de medida legislativa, por meio do caso emblemático de Maria da Penha Maia Fernandes, cuja história foi relatada. Por outro lado, foram abordados aspectos atinentes aos instrumentos nacionais e internacionais de proteção à mulher, que serviram de lastro à lei em comento e que estão contidos no artigo 1o, da Lei 11.340/2006.

No capítulo II, foram abordados aspectos sobre os conceitos de gênero e sexo, enfatizando que o objeto da Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, é a violência contra a mulher baseada no gênero, cometida no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto, acenando a lei em apreço que as relações pessoais enunciadas no artigo 5o, independem de orientação sexual. A partir daí, foram tecidas considerações sobre a diversidade sexual e os princípios constitucionais que norteiam os direitos sobre orientação sexual.

No capítulo III, foram trazidos conceitos científicos sobre transexualidade, na medida em que o transexual é portador de um desvio psicológico que o faz acreditar que pertence ao sexo biológico oposto ao seu, demonstrando a licitude da cirurgia de transgenitalização e seus desdobramentos jurídicos, entre eles a alteração do nome no assento de nascimento e do novo sexo. Essa visão global propiciou a conclusão de que a Lei 11.340/2006 é perfeitamente aplicável aos casos de violência doméstica cometidos contra transexuais masculinos do gênero feminino, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou de retificação do registro civil, posto que o transexual masculino do gênero feminino pode ser equiparado à mulher, que é a destinatária da lei em comento, para fins de proteção legal contra violência.

I. Breve esboço histórico da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha

A Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, foi sancionada pelo Presidente da República em 7 de agosto de 2006 e entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006.

O projeto foi elaborado em 2002 por um consórcio de cinco organizações não governamentais que trabalhavam no combate à violência doméstica contra a mulher. São elas:

Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/Brasil); Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA); Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA); Instituto para Promoção da Equidade (IPE) e THEMIS-Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero.¹

Essa lei criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, do artigo 226, da Constituição Federal e dar cumprimento aos ditames da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a partir da condenação do Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, no caso emblemático envolvendo Maria da Penha Maia Fernandes e seu então marido Marco Antonio Heredia Viveiros.

Segundo consta, Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de violência durante anos de convivência matrimonial, em sua residência, em Fortaleza. No dia 29 de maio de 1983, seu marido desferiu um disparo de arma de fogo em suas costas enquanto ela dormia. Posteriormente, ao retornar para casa, após ter sido submetida a várias cirurgias, ele tentou eletrocutá-la enquanto ela tomava banho, causando-lhe paraplegia irreversível e traumas psicológicos.

Após as investigações e a comprovação de autoria e materialidade dos fatos o Ministério Público apresentou denúncia em 28 de setembro de 1984, e, em 4 de maio de 1991 o Tribunal do Júri proferiu sentença condenatória. Posteriormente, em 4 de maio de 1995 o Tribunal de Alçada, em julgamento de recurso, decidiu por anular a decisão do Júri. Novo júri foi realizado em 15 de março de 1996, com nova condenação à pena privativa de liberdade de dez anos e seis meses. Houve novo recurso e após quinze anos o réu ainda não havia sido condenado definitivamente, permanecendo em liberdade.²

Diante da impunidade e da ineficiência do sistema judicial brasileiro Maria da Penha Maia Fernandes apresentou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), por meio de petição conjunta das entidades Centro para Justiça e o Direito Internacional (CEJIL-Brasil) e Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM-Brasil).

A Comissão concluiu, no Relatório nº 54/01, que o Estado brasileiro violou o direito às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurado nos arts. 8º e 25 da Convenção Americana, nos arts. II e XVII da Declaração, bem como no art. 7º da Convenção de Belém do Pará. Concluiu também que a violação “segue um padrão discriminatório com respeito à tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial.” Recomendou ao Estado que se procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para apurar a responsabilidade penal do autor do crime e para determinar se havia outros fatos ou condutas de agentes estatais que houvessem impedido o processamento rápido do autor; também recomendou a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas para

¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

² LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher*: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro. Campinas: Millenium, 2009.

*eliminar a tolerância do Estado perante a violência doméstica contra as mulheres. A Comissão também entendeu que houve violência doméstica e tolerância do Estado, nos termos dispostos na Convenção de Belém do Pará.*³

Foi a primeira vez que um caso de violência doméstica levou a condenação de um país, no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

*Em 31 de outubro de 2002, finalmente, houve a prisão do réu, no Estado da Paraíba. O ciclo de impunidade se encerrava, após dezesseis anos. As demais medidas recomendadas pela Comissão Interamericana (como, por exemplo, medidas reparatórias; campanhas de prevenção; programas de capacitação e sensibilização dos agentes da justiça, dentre outras) foram objeto de um termo de compromisso firmado entre as entidades petionárias o Estado brasileiro. Em 24 de novembro de 2003, foi adotada a Lei 10.778, que determina a notificação compulsória, no território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.*⁴

A proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher foram elaborados por um Grupo de Trabalho Interministerial, instituído por meio do Decreto nº 5.030, com a participação da sociedade civil e do Governo, e encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 2004, dando ensejo, finalmente, em 07 de agosto de 2006, à Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha.⁵

Assim é que, a Lei Maria da Penha, Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 em seu artigo 1º prevê:

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 de 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.

Como se vê, a Lei faz menção expressa ao artigo 226, § 8º, da Constituição Federal que prevê: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

³ Idem.

⁴ PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a Lei “Maria da Penha”. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵ Idem.

Por outro lado, também faz menção expressa à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que, em seu preâmbulo, se reporta à Carta das Nações Unidas, à Declaração Universal dos Direitos Humanos e às resoluções, declarações e recomendações aprovadas pelas Nações Unidas, que objetivam, em última análise, favorecer a igualdade entre homens e mulheres, reafirmando o princípio na não discriminação.

O Brasil assinou a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 18 de dezembro de 1979. A aprovação pelo Congresso ocorreu em 14 de novembro de 1983, por meio do Decreto Legislativo nº 93. A ratificação operou-se em 1º de fevereiro de 1984, enquanto a promulgação ocorreu em 30 de março de 1984, por meio do Decreto nº 89.406, com reservas.⁶

Somente após o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil retirou as reservas, ressaltando-se que diante do advento do novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que se adequou aos ditames da Convenção, o Brasil passou a se comprometer na íntegra com os direitos decorrentes da Convenção.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, denominada Convenção de Belém do Pará, tem este nome pelo fato de ter sido discutida e aprovada em Belém do Pará, tendo sido adotada pela Assembleia Geral da OEA em 9 de junho de 1994. O Brasil assinou referida Convenção em 9 de junho de 1994 e o Congresso Nacional a aprovou em 1º de setembro de 1995, tendo sido ratificada pelo Brasil sem reservas em 27 de novembro de 1995 e promulgada em 1º de agosto de 1996.

A Convenção representa um portentoso avanço na proteção internacional dos direitos das mulheres, quer por reconhecer que a violência atinge um elevado número de mulheres e transcende todos os setores da sociedade, sem distinção de classe, etnia, cultura, religião, idade ou outra particularidade; quer por reconhecer que a violência limita total ou parcialmente à mulher o exercício de seus direitos humanos; quer por reconhecer que o respeito irrestrito a todos os direitos das mulheres é indispensável para a existência de uma sociedade mais justa, solidária e pacífica; quer por reconhecer que a violência ofende a dignidade humana e revela uma manifestação de relação de poder historicamente desigual entre homens e mulheres.⁷

Tendo como fundamento as balizas do artigo 1º, da Lei 11.340/2006, o artigo 5º, do mencionado diploma legal, assim conceitua a violência doméstica e familiar contra a mulher:

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:

⁶ LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas: Millenium, 2009.

⁷ idem.

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 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.

Em apertada síntese, eis o panorama histórico da edição da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

II. Proteção de gênero e diversidade sexual

Inicialmente, cumpre estabelecer a diferença entre os conceitos de gênero e sexo para que possamos desenvolver nosso estudo.

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.⁸

Sexo refere-se às características biológicas de homens e mulheres, ou seja, às características específicas dos aparelhos reprodutores femininos e masculinos, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios.⁹

Gênero é uma questão cultural, social, que advém da atribuição de diferentes papéis aos homens e às mulheres, que são reforçados por uma ideologia patriarcal de dominação do homem sobre a mulher.

Diferentemente do gênero, o sexo se refere às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de forma que o sexo, por si só, não determina a identidade de gênero.

Do conceito de violência estampado no artigo 5º, da Lei 11.340/2006, mencionado no capítulo anterior, infere-se que o objeto da Lei é a violência contra a mulher baseada no gênero, cometida no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto.

Por outro lado, o parágrafo único do referido artigo dispõe: “Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

Isso demonstra que a Lei Maria da Penha acenou com a possibilidade de constituição de famílias por pessoas do mesmo sexo e previu expressamente a proteção da mulher sem distinção de sua orientação sexual.

⁸ CABRAL, F.; DIAZ, M. Relações de gênero. In: BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Educação; Fundação Odebrecht. *Cadernos afetividade e sexualidade na educação: um novo olhar*. Belo Horizonte: Rona, 1998. p. 142-150.

⁹ Idem.

Como se sabe, estamos vivenciando grandes mudanças de valores e comportamentos tanto de homens quanto de mulheres, na medida em que inúmeras pessoas estão vivendo na plenitude de sua orientação sexual, assumindo publicamente suas relações homoafetivas.

Assim, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros estão conduzindo a sociedade a uma visão mais aberta sobre a livre orientação sexual, mas são alvo de intolerância, discriminação, preconceitos e violência por parte da sociedade que ainda não sabe conviver com a diversidade sexual.

Digno de destaque o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 pelo Colendo Supremo Tribunal Federal que, em 5 de maio de 2011, reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar, criando importante precedente.

Como bem ressalta Eva Alterman Blay

[...] as relações sociais de gênero dizem respeito a homens, mulheres e todo o grupo LGBT, classes sociais, etnias e gerações. Difundir o significado das mudanças sociais e seus efeitos sobre as relações de gênero pode alterar os conflitos que vivemos atualmente e mostrar que é possível apaziguar as relações.¹⁰

Assim é que, a diversidade sexual é um fato da vida, que precisa ser reconhecido socialmente e a ordem jurídica no Estado Democrático de Direito não pode se submeter a concepções religiosas, políticas ou morais.

Embora não exista regra específica sobre a livre orientação sexual, nossa Carta Magna no artigo 3º, IV, assim dispõe:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao lado de tão importante preceito estão os princípios constitucionais que são a expressão jurídica dos valores e dos fins da sociedade.

A igualdade vem prevista na Constituição Federal, de forma genérica, no art. 5º, “caput” e vem garantida em diversas passagens da Carta Magna.

Porém, como bem ressalta a Professora Flávia Piovesan destacam-se três vertentes no que tange à concepção da igualdade:

[...] a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material correspondente ao ideal de justiça

¹⁰ BLAY, Eva Alterman. *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher/organização*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico) e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada por critérios como gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia).¹¹

Pois bem, ao lado do direito à igualdade surge o direito à diferença.

Nesse contexto, determinados grupos considerados vulneráveis, tais como portadores de necessidades especiais, idosos, mulheres indígenas e hipossuficientes merecem ser vistos com as peculiaridades de suas condições.

Vemos, pois, que as ações afirmativas de discriminação positiva surgiram justamente a partir da necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças com a adoção de instrumentos específicos voltados aos os grupos mais vulneráveis.

Ao lado do princípio da igualdade está o princípio da liberdade, que se extrai da livre iniciativa, prevista no artigo 1º, IV, da Constituição Federal, que não se restringe à liberdade econômica.

A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir.¹²

Passando da filosofia para a teoria do Direito e para a teoria democrática, é de se consignar que um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que essas escolhas possam se concretizar.¹³

Disso decorre a autonomia privada de cada um no sentido de viver sua livre orientação sexual.

Por outro lado, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, deve ser efetivada inicialmente para igualar materialmente aqueles que não têm as mesmas oportunidades, que possuem dificuldades para a implementação de direitos mínimos, sendo sua utilização necessária como reflexo do Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais.¹⁴

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹² CHAUI, Marilena, *Convite à filosofia*, 1999, p. 360-362 apud BARROSO, Luís Roberto, *Temas de direito constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, t. IV.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. t. IV.

¹⁴ Idem.

*A identidade sexual é um princípio constitucional atinente ao direito da personalidade.*¹⁵

De tudo deflui que a Lei 11.340/2006 avançou significativamente ao prever no parágrafo único, do artigo 5º, que as relações pessoais enunciadas no *caput* independem de orientação sexual, em perfeita consonância com os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

III. A aplicabilidade da Lei 11.340/2006 à violência doméstica contra transexuais masculinos do gênero feminino

Uma vez estabelecido no parágrafo único do artigo 5º, da Lei 11.340/2006, que as relações pessoais enunciadas no artigo independem de orientação sexual e que os princípios constitucionais norteiam os direitos sobre orientação sexual, vislumbramos a necessidade da adoção de medidas que visem garantir o acesso à justiça e a dignidade de transexuais masculinos do gênero feminino.

*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.*¹⁶

*Trata-se de um drama jurídico-existencial, por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica.*¹⁷

*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.*¹⁸

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 errado¹⁹, por isso, recusa totalmente o seu sexo, identificando-se psicologicamente com

¹⁵ FERRAZ, Sérgio, *Manipulações biológicas*, cit. p. 64, apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

¹⁶ PEREIRA, Aldo, *Dicionário da vida sexual*, São Paulo, Abril Cultural, v. 2; Vide DINIZ, Maria Helena, *Dicionário jurídico*, cit. v. 4, p. 604 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008

¹⁷ FERRAZ, Sérgio, *Manipulações biológicas*, cit., p. 64; OLIVEIRA, Alexandre M. Alcântara de, *Direito de autodeterminação sexual*, São Paulo, Juarez de Oliveira, Ed., 2003 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

¹⁸ WALKER, Paul A., Sex and life cycle, in: OAKS, W., (Ed.), *Transsexualism*, New York, Grune & Stratton, 1966; HASTINGS, Donald W., Inauguration of a research project on transsexualism in a University Medical Center, in: GREEN, Richard; MONEY, John; (Ed.), *Transsexualism and sex reassignment*, J. Hopkins Press, 1966, p. 248 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

¹⁹ IHLENFELD, Charles L., Thoughts on the treatment of transsexuals, *Journal of Contemporary Psychotherapy*, v. 6, n. 1, p. 63, 1973 BURCHARD, Johann M., *Struktur und Soziologie des Transvestitismus und Transsexualismus*, Stuttgart, 1961: Krafft-Ebing foi quem, em 1869 sustentou a tese da *psicopatía sexual* e, em 1870, Westphal trouxe uma noção de transexualismo no livro *Die Conträre Sexualempfindung*, ao mencionar a existência de homens fisicamente homens e psicologicamente mulheres e de mulheres fisicamente mulheres e psicologicamente homens apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

*o oposto ao que lhe foi imputado na certidão de nascimento, apesar de biologicamente não ser portador de qualquer anomalia.*²⁰

*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 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, impellido 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 sua preferência sexual. É preciso respeitar sua dignidade, já que não foi favorecido pela sorte, sofrendo de perturbação de identidade sexual como dizem John Money e Gaskin, ou de esquizossexualidade, segundo Franchini.*²¹

*O transexual apresenta uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião do seu estado embrionário, que, contudo, não altera suas atividades intelectuais e profissionais, visto que em testes aplicados apurou-se que possui, em regra, um quociente intelectual (QI) entre 106 e 118, isto é, um pouco superior à média.*²²

*Para Klotz o transexual sofre uma impregnação hormonal no hipotálamo, pelo hormônio contrário, nos últimos dias de vida fetal ou nas primeiras semanas de vida.*²³

*Já Dorina R. G. Epps Quaglia observa que o transexualismo pode advir de: a) alteração numérica ou estrutural dos cromossomos sexuais; b) testículo fetal pouco funcionante; c) estresse inusitado na gestante; d) ingestão de substâncias antiandrogênicas pela gestante na fase crítica de estampagem cerebral; e) insensibilidade dos tecidos ao hormônio masculino; f) fatores ambientais diversos, que prejudicam, por exemplo, a identificação do menino com a figura paterna na infância.*²⁴

Como se vê, cientificamente o transexual é portador de um desvio psicológico que o faz acreditar que pertence ao sexo biológico oposto ao seu.

²⁰ HOJDA, Matilde apud Luís Roberto Lucarelli, Aspectos jurídicos da mudança de sexo, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 35, p. 215 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

²¹ O termo *transexualismo* foi usado pela primeira vez, em 1949, por Caudwell, no livro *Psychopathia Transsexualis*, mas foi Benjamin quem o propagou. Vide John Money e Ronald J. Gaskin, Sex reassignment, *International Journal of Psychiatry*, v. 9, p. 249, 1970-71; VAAL, W. de, *Man of Vrouw? Dilemma van de Transeksuele mens*, Amsterdam, 1971; ARAÚJO, Luiz Alberto David, A proteção constitucional do transexual, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 64 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

²² Roger Gorsky, William Young e um grupo do Oregon Regional Primate Research Center veem no transexualismo uma determinação de hormônios na organização dos tecidos do sistema nervoso central. Vide VIEIRA, Tereza Rodrigues, *Mudança de sexo – aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*, São Paulo, 1996, p. 70 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

²³ Apud Odile Diamant-Berger, *Le transsexualisme*, Paris, Masson, 1984, p. 63. No transexual há ocorrência invertida de um antígeno tecidual H/Y existente no homem, observam Sigusch, Meyenburg e Reiche, *Sexualität um Medizin*, Colonia, 1979 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

²⁴ QUAGLIA, Dorina R. G. E., *O paciente e a intersexualidade*, São Paulo, 1980, p. 134 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

Essa questão envolve os direitos da personalidade, posto que se coloca na esfera do direito à vida, à identidade de gênero, à intimidade, à livre expressão sexual, à integridade física e psíquica e, muitas vezes, dificulta a inserção social do indivíduo.

Persistem nos tempos atuais a discriminação e os estereótipos negativos que dificultam ainda mais a aceitação familiar e social, inclusive, de colocação no mercado de trabalho, especialmente porque não há adequação entre a aparência física e o documento de identidade.

Por isso se justifica a realização da cirurgia de mudança de sexo de pessoa maior e capaz, permitindo-se a adequação do prenome e do sexo no registro civil.

O Conselho Federal de Medicina

Considerou o transexual como portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação e/ou auto-extermínio. O transexual, portanto, tem repugnância pela relação homossexual e pode chegar à automutilação e ao suicídio, porque psicologicamente responde ao estímulo do outro sexo. O transexual masculino, por exemplo, por sentir-se mulher, apresenta impulso sexual por homem heterossexual, mas tal desejo é feminino, não passando pela sua cabeça ter relações como homem, porque não se vê, nem se sente como tal.²⁵

Inicialmente, a cirurgia de mudança de sexo foi regulamentada pela Resolução nº 1492/97, do Conselho Federal de Medicina. Posteriormente, foi revogada pela Resolução nº 1652/02, que a ampliou, a qual foi também revogada pela Resolução 1955/10 do Conselho Federal de Medicina que ampliou as possibilidades do transexual.

Conforme disposição expressa dessa Resolução, está liberada eticamente aos médicos a realização da cirurgia transgenital em pacientes maiores, capazes, que se sintam em desconforto com seu sexo originário e que tenham sido submetidos à terapia, por no mínimo, dois anos e que venham recebendo acompanhamento da equipe multidisciplinar (onde convivem como ser do sexo oposto antes da realização cirúrgica), e que apresentem desejo compulsivo de eliminar a genitália externa, além de perder os caracteres primários e secundários do sexo originário e adquirir os do outro sexo; apresentem permanente distúrbio de identidade sexual de forma contínua, por no mínimo dois anos, além da ausência de outros transtornos mentais.²⁶

Para a realização da cirurgia é necessário o consentimento livre e informado de acordo com a Resolução de nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, representando um direito personalíssimo do paciente, e deve ser realizada em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa científica.²⁷

²⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David, *A proteção constitucional do transexual*, cit., p. 55; BRETON, Jacques; FROHWIRTH, Charles; POTTIEZ, Serge, *Le transsexualisme: étude nosographique et médico-legale*, Paris, Masson, 1985 apud DINIZ, Maria Helena, *O Estado atual do biodireito*, 5. ed., rev., aum. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

²⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, op. cit., p. 272; RAMSEY, Gerald. *Transexuais*, op. cit., p. 123-129 apud MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de bioética e biodireito*, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2013

Assim, uma vez realizada a cirurgia redesignatória, outras questões legais vêm à tona, tais como a alteração do nome do transexual no assento registral e a determinação do novo sexo, que concretiza definitivamente sua inclusão social e afetiva, com fundamento no artigo 58, da Lei 6.015/73, alterado pela Lei 9.708/98.²⁸

Feitas essas considerações sobre os aspectos científicos do transexualismo e seus desdobramentos jurídicos, verifica-se a plena possibilidade de aplicação da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – aos transexuais, como, aliás, já tivemos a oportunidade de decidir na Vara do Foro Central da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher pela concessão de medidas protetivas de urgência, independentemente da realização da cirurgia para mudança de sexo, cuja vítima estava na fila de espera.

Nesse sentido, a Nota Técnica Sobre a Aplicabilidade da Lei Maria da Penha à Violência Doméstica contra Transexuais e Travestis de Maria Berenice Dias, Presidente da Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.²⁹

²⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁹ “A Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no exercício de suas atribuições institucionais, emite a presente nota técnica em face do questionamento feito pelo Conselho Regional de Psicologia da 16ª Região e por membros de movimentos sociais de todo o País, sobre a aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica contra transexuais e travestis. O consultante perquire se os artigos 1º e 5º da referida Lei, ao selecionar como critério de discriminação para definição do âmbito de aplicação da norma “a violência doméstica e familiar contra a mulher” (art. 1º), assim definida pela mesma lei como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (art. 5º), compreendem a violência praticada contra transexuais e travestis. Nesta senda, apresentam-se dois pontos a serem analisados: - se os referidos artigos usam a expressão “mulher” como gênero (conjunto de propriedades atribuídas social e culturalmente em relação ao sexo dos indivíduos) ou tão somente como sexo (pessoa adulta do sexo feminino); - se transexuais e travestis integram o conjunto de algum destes dois conceitos. A distinção entre gênero e sexo se faz salutar: - gênero é elemento subjetivo constituído por aspectos psicológicos, sociais e culturais relativos aos padrões de comportamentos definidos pela prática cultural na qual as pessoas vivem papéis estereotipadamente masculinos e femininos; - sexo é elemento biológico e objetivamente aferível, ressalvado o sexo civil, conceito jurídico que pode não coincidir com o gênero. Cumpre lembrar que a Lei nº 11.340/2006 foi editada como norma de tutela dos vulneráveis voltada a garantir proteção e isonomia entre os integrantes das unidades familiares e afetivas, ante a histórica e notória violência sofrida pelas mulheres decorrente do caráter patriarcal da sociedade brasileira. A subordinação econômica e social da mulher em relação ao pai, marido e posteriormente até mesmo em relação aos filhos culminou com a construção de um estereótipo de inferioridade do papel feminino. Como bem asseverou o Ministro Celso de Mello: [...] o processo de afirmação da condição feminina há de ter, no direito, não um instrumento de opressão, mas uma fórmula de libertação destinada a banir, definitivamente, da praxis social, a deformante matriz ideológica que atribuía, à dominação patriarcal, um odioso estatuto de hegemonia capaz de condicionar comportamentos, de moldar pensamentos e de forjar uma visão de mundo absolutamente incompatível com os valores desta República. (STF – ADC nº 19/DF). A Lei, ao selecionar a mulher como elemento vulnerável, por certo não o fez em razão de presunção de que a mulher – como sexo – é biologicamente mais fraca que o homem e, portanto, deveria ser protegida. Se assim o fosse não faria sentido a proteção da mulher vítima de violência por outra mulher, situação que presumiria um equilíbrio entre os sujeitos e afastaria a necessidade de uma discriminação positiva. Não bastasse, se o critério distintivo do plano de incidência da norma fosse tão somente a mulher como “pessoa adulta do sexo feminino”, não se justificaria a exigência legal de que a violência seja “baseada no gênero” (art. 5º), bastando, para tanto, a suposta condição de fragilidade decorrente do sexo feminino. Tal distinção encontra consonância com precedentes do Superior Tribunal de Justiça: Não se descarta que o telos fundamental da Lei nº 11.340/06 é a proteção da mulher que, por motivação de gênero, encontra-se em estado de vulnerabilidade e de submissão perante o poder controlador e dominador do homem. Nesse aspecto, a regra contida no art. 5.o do estatuto legal é eloquente: “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 [...]”. (STJ. Habeas Corpus 196.877 – RJ). É a mulher como gênero feminino, portanto, o objeto de proteção da lei, em razão do estereotipado papel social e cultural que exerce na sociedade, sobretudo como elemento mais frágil dentro da entidade familiar, historicamente subordinada ao pai, ao marido, companheiro, e até mesmo aos filhos. É a violência motivada em razão deste estereótipo de inferioridade que autoriza a relativização da igualdade formal para, através da ação afirmativa do Estado, proteger a pessoa de gênero feminino contra quem quer que seja o autor de tal violência. Justamente pela violência ser perpetrada em razão do gênero, e não do sexo, que se admite que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher. Delineado o campo de atuação normativa, cabe analisar a possibilidade de aplicação da

Digno de destaque, outrossim, o emblemático julgamento do Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000, da Colenda 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, datado de 8 de outubro de 2015, que teve como Relatora a eminente Desembargadora Ely Amioka, a qual, em seu brilhante voto, concedeu a segurança para aplicar em favor da vítima transexual as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006.

Confira-se o julgado, cujos nomes das partes foram ocultados para preservar sua intimidade:

A segurança deve ser concedida. Narra a IMPETRANTE que manteve relacionamento amoroso com R.F.S.O. por cerca de um ano, e após o término da relação este passou a lhe proferir xingamentos e fazer ameaças. Diante dos fatos, a IMPETRANTE registrou a ocorrência perante a Autoridade Policial e, mantidas as ameaças, solicitou a aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. O Juízo de origem, contudo, indeferiu as medidas pleiteadas alegando que estas têm por objetivo a prevenção e coibição de violência doméstica e familiar motivada por desigualdade de gênero em face da mulher, excluindo, assim, sua aplicação em favor da ora IMPETRANTE, que biologicamente pertence ao sexo masculino. Todavia, a lei em comento deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim é que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a IMPETRANTE se apresenta social e psicologicamente. Tem-se que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito

Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica tanto contra transexuais como travestis, independente de terem se submetido a adequação do sexo morfológico ou alteração do registro civil.[...] identificação do sexo é feita no momento do nascimento pelos caracteres anatômicos, registrando-se o indivíduo como pertencente a um ou a outro sexo exclusivamente pela genitália exterior. No entanto, a determinação do gênero não decorre exclusivamente das características anatômicas, não se podendo mais considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação plurivetorial, resultante de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais.⁴ Transexuais e travestis se caracterizam pelo pertencimento a um gênero diverso daquele apresentado pelo fenótipo de seu corpo. Tanto quem anatômica e legalmente seja um homem, identificado no gênero feminino, como quem, anatomicamente uma mulher, se identifique como do gênero masculino. A exigência de prévia cirurgia agrediria a Constituição Federal no que concerne ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Na lição de Capelo de Souza: “A natureza deste (corpo humano), enquanto bem juscivilisticamente tutelado, impõe ainda o relevo jurídico do poder natural de autodeterminação de cada homem sobre o seu próprio corpo. Pelo que, o titular do corpo tem poderes juridicamente reconhecidos em exclusividade, v. g., para dirigir e conformar o seu próprio corpo, para se sujeitar ou não a tratamentos e operações”⁵. Não bastasse, salutar a constatação de que a própria lei em comento, corroborando sua natureza de norma protetiva de direito dos vulneráveis, expressamente afasta qualquer interpretação restritiva em razão de orientação sexual, como se constata do parágrafo único de seu art. 5º: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. Se é certo que a mulher foi e ainda é discriminada em razão de um estereótipo de inferioridade, não menos certa é a situação de vulnerabilidade suportada por transexuais e travestis, minorias alvo de agressões, preconceito e constantemente relegada à invisibilidade estatal. A Lei Maria da Penha não cria qualquer restrição as transexuais e travestis, tampouco exige prévia retificação do registro civil ou cirurgia de adequação de sexo, e onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo. Estabelecida proteção da mulher como gênero, e não como sexo, mostra-se plenamente aplicável à violência doméstica praticada contra transexuais e travestis do gênero feminino. Destarte, seja pela interpretação teleológica do âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, que seleciona como elemento de discriminação o gênero feminino, e não o sexo; seja pelo caráter inclusivo e de reparação das desigualdades socioculturais no ambiente doméstico e familiar, aplica-se às situações de violência doméstica e familiar sofridas por transexuais e travestis do gênero feminino as disposições da Lei nº 11.340/2006.”

às características biológicas do ser humano, dentre as quais G. não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui G. pode ser considerada mulher. A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como G., e não como J. C. Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo. Os documentos acostados aos autos, como acima mencionado, deixam claro que a IMPETRANTE pertence ao gênero feminino, ainda que não submetida a cirurgia neste sentido. E esta Corte já decidiu, por exemplo, que a alteração do nome civil não exige a realização prévia de cirurgia para mudança de sexo: “RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – Pretensão da autora de alteração de prenome feminino para masculino – Nome feminino que, em face da condição atual da apelante, a expõe ao ridículo – Fotos que demonstram, verdadeiramente, que a aparência da autora é de um homem – Laudo psicológico que atesta a necessidade da retificação da pessoa humana - Possibilidade de modificação.” (Apelação Cível nº 0055269-67.2008.8.26.0576, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Junior, j. em 03/02/2015). É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada de R., que a IMPETRANTE vem sendo ameaçada por este, inconformado com o término da relação. G. sofreu violência doméstica e familiar, cometida pelo então namorado, de modo que a aplicação das normas da Lei Maria da Penha se fazem necessárias no caso em tela, porquanto comprovada sua condição de vulnerabilidade no relacionamento amoroso. Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Berenice Dias: “(...) Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenha identidade com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra ela no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência (...)” (DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010). Por fim, cumpre observar que o documento de fls. 81, juntado por R., em que G. afirma ter reatado o relacionamento, em nada altera a situação aqui tratada. O Mandado de Segurança é ação constitucional que não admite dilação probatória, não cabendo ao agressor juntar aos autos documento assinado pela vítima a fim de afastar a necessidade das medidas pleiteadas. Caso G. não pretendesse o seguimento da ação, deveria ter peticionado por meio da Defensoria Pública, que a representa nestes autos. E apenas como esclarecimento, a assinatura aposta na Declaração de fls. 81 não coincide com a firmada no documento de identidade de G., como se observa às fls. 18. Assim, concede-se a segurança para aplicar em favor de G.S.P. as medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei nº 11.340/06.”

Conclusão

Longo foi o caminho trilhado até a Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha.

No presente estudo, o leitor teve a oportunidade de deparar com o esboço histórico da Lei 11.340/2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em plena consonância com o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal; com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, sendo considerada uma das melhores leis do mundo de proteção à mulher.

Por outro aspecto, a própria lei acenou com a livre orientação sexual em seu artigo 5º, parágrafo único.

Assim, considerando a relevância da proteção à mulher em situação de violência, consiste em importante instrumento para a proteção de transexuais masculinos do gênero feminino, que são portadores de um desvio psicológico que os fazem acreditar que pertencem ao sexo biológico oposto ao seu, o que justifica, inclusive, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, a aplicabilidade da Lei 11.340/2006 a estes grupos de vulneráveis.

Bibliografia

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. *Igualdade de gênero e ações afirmativas: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras pós-Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. IV.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006, aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. São Paulo Saraiva, 2013. (Coleção saberes monográficos).

BIANCHINI, Alice. *Aplicação da Lei Maria da Penha a transexual*. Disponível em: <jusbrasil.com.br/artigos/121814113>. Acesso em: 22 out. 2015.

BLAY, Eva Alterman (Coord.). *Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher*. 1ª ed., São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

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. p. 142-150.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça – a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Nota técnica sobre a aplicabilidade da Lei Maria da Penha à violência doméstica contra transexuais e travestis*. Brasília, DF: Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2014. Não paginado.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed., rev., aum. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

KOTLINSKI, Kelly. *Diversidade sexual – uma breve introdução*. Disponível em: <www.coturnodevenus.org.br/leisejuris/diversidadesexual.htm>.

LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas: Millenium, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a “Lei Maria da Penha”. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.