

APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA ÀS MULHERES TRANSEXUAIS: APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA

Omar Luiz da Costa Júnior

RESUMO

Esse estudo tem como objetivo analisar a aplicação da Lei Maria da Penha a casos de violência contra mulheres transexuais. A metodologia utilizada neste estudo foi uma pesquisa de cunho bibliográfico e documental, onde o embasamento para realização do trabalho será pautado na doutrina, nas leis, bem como em publicações oficiais. Ressalta-se que quanto à natureza da pesquisa, a mesma qualifica-se como qualitativa, onde a busca por informações pertinentes a temática proposta é analisada de modo ampliado e bem abrangente. Com relação à pesquisa no âmbito do ordenamento jurídico nacional foi verificada a presença do assunto em leis, doutrinas e jurisprudências inerentes a temática. Destaca-se, ainda que foi realizada uma pesquisa documental com o intuito de alargar o alcance do assunto, visando uma otimização para contemplação dos objetivos. Ao final do estudo é possível afirmar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha para os casos de violência contra mulheres trans, tomando como base a identificação de gênero, com o fator de identificar-se como mulher ser suficiente para aplicação da qualificadora, já havendo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre essa possibilidade de aplicação, porém, ainda resta necessária inclusão dessa previsão na letra de lei.

Palavras-Chave: Leis Maria da Penha. Violência Doméstica. Mulheres Transexuais.

ABSTRACT

This study aims to analyze the application of the Maria da Penha Law in cases of violence against transgender women. The methodology used in this study involved bibliographic and documentary research, where the foundation for the work is based on legal doctrine, laws, and official publications. It is noteworthy that the nature of the research qualifies as qualitative, with the search for relevant information on the proposed theme being analyzed in a broad and comprehensive manner. Regarding the research within the scope of national law, the presence of the topic in laws, doctrines, and case law related to the theme was observed. Additionally, documentary research was conducted to expand the reach of the subject, aiming to optimize the achievement of the study's objectives. At the conclusion of the study, it is possible to affirm the applicability of the Maria da Penha Law to cases of violence against transgender women, based on gender identity, with the identification as a woman being sufficient for the application of this legal provision. This understanding has already been established by the Superior Court of Justice (STJ), though the inclusion of this provision in the letter of the law is still necessary.

Keywords: Maria da Penha Law. Domestic Violence. Transgender Women.

INTRODUÇÃO

É no contexto de normas destinadas a proteção da mulher no direito brasileiro que se insere a questão de pesquisa, considerando-se, conforme Giddens (2012), que gênero e sexo (orientação sexual) seriam conceitos distintos, estando o primeiro atrelado às diferenças culturais, sociais e psicológicas existentes entre homens e mulheres, ao passo que o segundo corresponderia às diferenças fisiológicas e anatômicas definidoras dos corpos femininos e masculinos.

1

Sendo assim, ainda de acordo com Giddens (2012), o gênero seria concepção relacionada a noções construídas socialmente sobre feminilidade e masculinidade de um indivíduo, não sendo, porém, produto necessariamente relacionado ao seu sexo biológico. É nesse contexto que surgiria o conceito de identidade de gênero, sendo este o jeito pessoal com que cada indivíduo se enxerga, estando diretamente ligado às manifestações externas de sua personalidade.

Considerando a lacuna jurídica no país para proteção de mulheres trans contra a violência, em 2014 Jandira Feghali propôs o Projeto de Lei n. 8.032 que visa ampliar a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha - às pessoas transexuais e transgêneros, todavia, ainda está aguardando designação do Relator na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), mesmo após sete anos de sua proposição, o que evidencia a necessária atenção ao assunto. Apesar disso, verifica-se que o assunto tem to-

mado dimensões significativas, com diferentes pesquisadores se debruçando sobre o assunto.

Essa lacuna judicial é apontada por Baptista (2020, p. 176) como uma “violação institucional de direitos de mulheres cis e trans”. Tem-se, assim, uma problemática instaurada que exige uma releitura da Lei Maria da Penha para que seja possível garantir a proteção às mulheres trans no caso de violência.

Diante disso, esse estudo tem como objetivo analisar a aplicação da Lei Maria da Penha a casos de violência contra mulheres transexuais.

A metodologia utilizada neste estudo foi uma pesquisa de cunho bibliográfico e documental, onde o embasamento para realização do trabalho será pautado na doutrina, nas leis, bem como em publicações oficiais. Ressalta-se que quanto à natureza da pesquisa, a mesma qualifica-se como qualitativa, onde a busca por informações pertinentes a temática proposta é analisada de modo ampliado e bem abrangente.

Com relação à pesquisa no âmbito do ordenamento jurídico nacional foi verificada a presença do assunto em leis, doutrinas e jurisprudências inerentes a temática. Destaca-se, ainda que foi realizada uma pesquisa documental com o intuito de alargar o alcance do assunto, visando uma otimização para contemplação dos objetivos.

A MULHER TRANS NO DISCURSO DA ATUAL SOCIEDADE

A transexualidade é uma condição em que a identidade de gênero de um indivíduo difere daquela designada no nascimento. Essas pessoas buscam fazer a transição para o gênero oposto por meio de intervenções médicas, como a redesignação sexual ou a feminilização/masculinização, dependendo do gênero ao qual desejam transicionar. Isso envolve o uso de hormônios e, em alguns casos, cirurgia de redesignação sexual (Costa-Val e Guerra, 2019).

Os transexuais nascem como homens ou mulheres, mas não se identificam com o gênero que lhes foi atribuído. Eles podem adotar roupas do sexo oposto, fazer uso de hormônios e eventualmente optar pela cirurgia de mudança de sexo (transgenitalização). Sua identidade de gênero não está alinhada com seu sexo biológico, independentemente de seu gênero (podendo ser masculinos ou femininos), papel (podendo ter características mais masculinas ou femininas) e orientação sexual (havendo transexuais heterossexuais e transexuais homossexuais). São pessoas que se sentem “presas” em corpos que não correspondem à sua identidade de gênero (Costa-Val e Guerra, 2019).

É importante destacar que o transexual se diferencia do travesti, pois este último, embora compartilhe do mesmo desejo de se vestir e utilizar hormônios femininos, mantém seus órgãos genitais originais. A identidade sexual começa a se formar na infância, quando a criança percebe as diferenças entre os sexos e tende a prestar atenção nas pessoas do sexo oposto com quem convive.

Ao descobrir sua transexualidade, o indivíduo passa a lidar com emoções conflitantes e pode enfrentar dificuldades para aceitar sua condição de vida. Isso ocorre porque eles devem se adaptar às normas da sociedade em relação à construção do corpo, sexo e sexualidade. No entanto, é importante ressaltar que a transexualidade não é uma doença, mas sim uma expressão da identidade de gênero escolhida pelo indivíduo dentro do contexto cultural (Borba, 2014).

A transexualidade é considerada uma forma de disforia de gênero, de acordo com o autor mencionado, e requer uma abordagem multiprofissional, enquadrando-se dentro do âmbito das intersexualidades. É importante compreender que a construção da identidade de gênero como homem ou mulher vai além do nível biológico e das imposições sociais sobre como uma pessoa deve se comportar, se vestir e se expressar, de acordo com a visão binária de gênero (Costa-Val e Guerra, 2019).

Nesse contexto, os transexuais frequentemente enfrentam dificuldades na iniciação sexual, uma vez que não aceitam a transformação do seu corpo, negando seu sexo biológico e ficando confusos em relação à sua verdadeira identidade de gênero. O desconforto profundo com o sexo biológico muitas vezes leva esses indivíduos a buscar intervenções cirúrgicas e tratamentos hormonais, com o objetivo de alcançar o corpo desejado.

2

Os garotos podem sentir repulsa em relação ao seu pênis e testículos, enquanto as garotas podem rejeitar a ideia de urinar sentadas, assim como o desenvolvimento dos seios e a menstruação. Esses aspectos ressaltam a intensidade do desconforto que os transexuais vivenciam em relação ao próprio corpo e a importância que atribuem à congruência entre sua identidade de gênero e a expressão física dessa identidade (Costa-Val e Guerra, 2019).

Nesse sentido, é fundamental destacar que, em uma abordagem humanista, considera-se o ser humano como um ser em constante processo de construção. A formação da personalidade não se limita apenas à

infância, pois as experiências vivenciadas nessa fase são determinantes, mas o processo de construção da identidade e da personalidade é contínuo, sujeito a mudanças e transitoriedade ao longo da vida (Borba, 2014).

A transexualidade desafia as concepções tradicionais de gênero, enfatizando a importância do respeito à autonomia individual e do reconhecimento da diversidade de identidades de gênero. A compreensão e o apoio aos transexuais são cruciais para garantir que esses indivíduos possam viver plenamente de acordo com sua identidade de gênero, superando os desafios emocionais e sociais que enfrentam (Lara, 2013).

A transexualidade é considerada uma forma de disforia de gênero, de acordo com o autor mencionado, e requer uma abordagem multiprofissional, enquadrando-se dentro do âmbito das intersexualidades (Borba, 2014). É importante compreender que a construção da identidade de gênero como homem ou mulher vai além do nível biológico e das imposições sociais sobre como uma pessoa deve se comportar, se vestir e se expressar, de acordo com a visão binária de gênero.

Nesse contexto, os transexuais frequentemente enfrentam dificuldades na iniciação sexual, uma vez que não aceitam a transformação do seu corpo, negando seu sexo biológico e ficando confusos em relação à sua verdadeira identidade de gênero. O desconforto profundo com o sexo biológico muitas vezes leva esses indivíduos a buscar intervenções cirúrgicas e tratamentos hormonais, com o objetivo de alcançar o corpo desejado.

Os garotos podem sentir repulsa em relação ao seu pênis e testículos, enquanto as garotas podem rejeitar a ideia de urinar sentadas, assim como o desenvolvimento dos seios e a menstruação. Esses aspectos ressaltam a intensidade do desconforto que os transexuais vivenciam em relação ao próprio corpo e a importância que atribuem à congruência entre sua identidade de gênero e a expressão física dessa identidade (Borba, 2014).

Nesse sentido, é fundamental destacar que, em uma abordagem humanista, considera-se o ser humano como um ser em constante processo de construção. A formação da personalidade não se limita apenas à infância, pois as experiências vivenciadas nessa fase são determinantes, mas o processo de construção da identidade e da personalidade é contínuo, sujeito a mudanças e transitoriedade ao longo da vida.

Lima, Oliveira e Moreira (2020) abordam a definição de mulher trans sob a perspectiva cisgênera, destacando o posicionamento hierarquizante que não reconhece a igualdade de direitos e promove discriminação. Ao definir esses gêneros, automaticamente são atribuídos a eles predicados específicos. No caso da mulher, isso inclui a subordinação em relação ao homem, que geralmente é branco e cisgênero, e que luta para manter seus privilégios.

Já no caso da mulher trans, o hiato é ainda maior, mesmo com os avanços que têm sido alcançados, pois são estigmatizadas como uma patologia, um corpo “estranho” que as coloca em desvantagem em relação aos demais. É urgente a necessidade de discutir como o posicionamento social promove a discriminação das pessoas transexuais, tratando-as como doentes e marginalizando-as na sociedade, o que limita seu direito de estabelecer relacionamentos afetivos e afeta diretamente sua integridade íntima, em vez de reconhecer e respeitar sua identidade de gênero (Lima; Oliveira; Moreira, 2020).

Jesus e Alves (2010) discutem a emergência de um movimento que busca a despatologização e a formulação de novas estratégias discursivas por parte de pessoas e grupos trans. Esse movimento questiona o imaginário social que está ligado à ideia de uma divisão rígida e imutável entre sexo e gênero (cisgeneridade), entendendo que essa divisão oprime as pessoas trans, que possuem corpos que não se conformam com a norma binária de homem/pênis e mulher/vagina.

O transfeminismo, também conhecido como feminismo transgênero, busca empoderar as pessoas transexuais, travestis e outras pessoas inseridas no universo trans, independentemente de seu gênero, aparência ou sexualidade. Reconhece-se que essas pessoas estão à margem dos processos sociais, excluídas por discursos e práticas que são sexistas, cissexistas e transfóbicas (Jesus; Alves, 2010).

O feminismo transgênero vai além de apenas participar do movimento LGBT, pois busca superar restrições conceituais e políticas que limitam suas reflexões e ações às demandas do coletivo amplo formado pelos LGBT, em que as pessoas LGB possuem diferentes centralidades e demandas relacionadas à orientação sexual, que nem sempre coincidem com as das pessoas trans, que estão mais focadas na identidade de gênero.

Os movimentos de mulheres transexuais e travestis, que representam uma parcela importante e historicamente visível da população trans, encontram no pensamento feminista um referencial teórico e prático poderoso para resistir e construir suas próprias forças quando confrontadas, no cotidiano, com experiências de opressão impostas pela dominação masculina (Jesus; Alves, 2010).

Dieguez (2016) identificou vários aspectos do discurso de uma mulher trans que apontam para sua dificuldade em encontrar seu lugar social. Isso ocorre porque na sociedade as pessoas só são compreendidas e

reconhecidas quando se identificam com o gênero masculino ou feminino. Existe uma suposição de que só existem dois gêneros possíveis, e que eles devem seguir padrões pré-estabelecidos, os quais são construídos historicamente pelas relações de dominação estabelecidas.

Essas concepções acabam levando à marginalização e patologização das pessoas transexuais pelos discursos científicos, criando inúmeras dificuldades para que sejam reconhecidas e aceitas. Através do estudo de caso, também foi possível discutir as representações da feminilidade. Após a realização da entrevista, foi feita uma análise de conteúdo, cujos resultados indicaram que a entrevistada busca encontrar seu lugar em uma sociedade que é estruturada em torno do gênero e da heteronormatividade (Diguez, 2016).

Barbosa (2013) aborda o ato de estereotipar como um ato redutor que geralmente leva à marginalização do “outro” estereotipado. No caso das mulheres trans, elas são frequentemente vistas como abjetas devido a exclusões que ocorrem na afirmação da categoria e na construção da ideia de uma “verdadeira mulher”. Essas exclusões contingenciais refletem múltiplos enunciados morais presentes na construção dessas diferenças, que se tornam mais evidentes nas trocas de acusações e no uso de termos como “viado”, nos distanciamentos em relação à homossexualidade e nas diversas ambiguidades morais que são expressas por meio de práticas corporais e contornos sociais.

Além disso, o autor argumenta que essa “alteridade degradada” que é construída na afirmação da categoria transexual não se restringe apenas a convenções de gênero e sexualidade, mas também inclui elementos relacionados à cor/raça, classe social e geração. Essas diferentes convenções sociais produzem hierarquias e expectativas em relação às categorias de travesti e transexual, mas é importante entender que esses diversos enunciados devem ser compreendidos em sua articulação situacional e não como uma simples soma de elementos isolados (Barbosa, 2013).

A transexualidade desafia as concepções tradicionais de gênero, enfatizando a importância do respeito à autonomia individual e do reconhecimento da diversidade de identidades de gênero. A compreensão e o apoio aos transexuais são cruciais para garantir que esses indivíduos possam viver plenamente de acordo com sua identidade de gênero, superando os desafios emocionais e sociais que enfrentam.

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO ABSTRATA DO DIREITO

A interpretação e aplicação abstrata do direito são elementos fundamentais para a compreensão e adequada utilização das normas jurídicas. Esses processos envolvem a análise do texto legal, sua compreensão no contexto normativo e sua aplicação em casos concretos, de forma geral e não específica a uma situação particular.

A interpretação do direito consiste na busca pelo significado e alcance das normas jurídicas. Ela envolve a análise do texto legal, levando em consideração seu contexto histórico, social e cultural, bem como os princípios e valores que orientam o ordenamento jurídico. A interpretação visa entender o sentido das palavras utilizadas na lei e a intenção do legislador ao criá-la (Lobo, 2019).

Existem diferentes métodos e técnicas de interpretação do direito, como o método gramatical, o método histórico, o método sistemático, o método teleológico, entre outros. Cada um desses métodos busca oferecer uma abordagem específica para a compreensão da norma jurídica, levando em conta diferentes aspectos, como o contexto linguístico, a evolução histórica do direito, a coerência interna do sistema jurídico e a finalidade da norma.

Já a aplicação abstrata do direito refere-se à utilização das normas jurídicas em situações concretas, porém sem uma relação direta com um caso específico. Nesse contexto, ocorre a aplicação geral e genérica das normas, sem considerar as circunstâncias particulares de cada caso concreto (Deval, 2019).

A aplicação abstrata do direito ocorre, por exemplo, quando um órgão judicial analisa a constitucionalidade de uma lei em tese, sem estar diante de um caso concreto. Também ocorre quando se elaboram pareceres jurídicos, quando se produzem doutrinas ou quando se estabelecem teses jurídicas a serem aplicadas em diversas situações similares. Adentra-se, assim, ao campo da interpretação da lei, da hermenêutica.

4

Segundo Camargo (2003, p. 10), a hermenêutica “nos remete à compreensão do próprio ser no mundo, que se encontra com questões que é chamado a resolver, dentre elas a jurídica”. Dessa forma, a hermenêutica busca compreender algo por meio de sua interpretação. No campo jurídico, a hermenêutica é utilizada para interpretação de textos ou outros elementos normativos para solucionar alguma problemática.

De acordo com Maximiliano (2001), a hermenêutica jurídica consiste em uma teoria científica que busca precisar o sentido e o alcance das expressões de Direito. Dessa forma, não se trata da mera interpretação de elementos normativos, visa-se verificar o seu sentido e alcance, para que seja possível verificar sua aplica-

ção, devendo-se destacar, nesse sentido, que todas as normas jurídicas necessitam de interpretação, não possuindo sentido absoluto preexistente. Sobre o assunto, Beserra (2013, p. 18) afirma que:

O Direito nasceu para regular as relações humanas na sociedade, isso é ponto pacífico, e, portanto, suas normas não são produtos de um mero capricho do soberano (legislativo), mas para atender aos interesses dos indivíduos, buscando estabilidade e segurança jurídica nas relações. Sendo assim, interpretar uma norma não é simplesmente esclarecer seus termos de forma abstrata, mas, sobretudo, revelar o sentido apropriado para vida real e capaz de conduzir a uma aplicação justa. [...] Interpretar no Ordenamento Jurídico é fixar o verdadeiro sentido e alcance de uma norma jurídica. Por sua vez, hermenêutica é a teoria científica da interpretação.

Diante do exposto, é possível dizer que a hermenêutica jurídica visa a correta aplicação de uma norma, considerando seu verdadeiro sentido e alcance. Compreendendo-se a hermenêutica jurídica, é possível afirmar que a hermenêutica constitucional se trata da interpretação da Constituição Federal, conforme destaca Mascarenhas, seu objetivo é o de fornecer “os princípios básicos segundo os quais os operadores do Direito devem apreender o sentido das normas constitucionais”. Nesse contexto, tem-se a interpretação das normas e princípios constitucionais, considerando seu verdadeiro sentido e alcance, de modo a dar subsídio aos operadores de Direito.

Deve-se destacar aqui a Constituição Federal como lei maior de um país, trata-se de uma norma hierárquica superior, devendo todas as demais leis, devendo ser vista, portanto, como base do Ordenamento Jurídico, todas as demais leis devem segui-la. Silva (2003) salienta que a Constituição Federal se coloca no vértice do Sistema Jurídico de um país, legitimando os poderes estatais na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.

Assim, a hermenêutica constitucional faz-se de suma importância, considerando que envolve a base do Ordenamento Jurídico do País. Mello (1999, p. 58) define a hermenêutica constitucional como “o estudo e sistematização dos métodos, técnicas e regras empregados à interpretação do exato significado, sentido e alcance de normas constitucionais”. A partir do conceito de Mello (1999), fica claro que existem métodos, técnicas e regras para interpretação constitucional.

Coelho (2004) cita como métodos de interpretação constitucional consistem em: jurídico ou hermenêutico clássico; tópico-problemático; hermenêutico-concretizador; científico-espiritual; e normativo estruturante.

O método jurídico ou hermenêutico clássico, de acordo com Coelho (2004), diz respeito à interpretação constitucional segundo as regras tradicionais da hermenêutica, articulando-se com os elementos filológico, lógico, histórico, teleológico e genético. Já o método tópico-problemático é destacado pelo autor como o método que não considera apenas a legalidade da Constituição, considerando-a como um sistema aberto de regras e princípios, que admite distintas interpretações. Neste método, dar-se preferência à discussão dos problemas ao invés de se privilegiar o sistema, transformando a interpretação constitucional em um processo aberto de argumentação.

De acordo com Cantarelli (2010), o método tópico-problemático foi empregado no Ordenamento Jurídico por Theodor Viehweg, como um meio de complementar o método científico, sendo seguido por juristas como Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse. No cerne deste método está o pensar o problema de forma aberta, o considerando como passível a diferentes interpretações. Destaca-se que Canotilho (2000) discorda desse método, pois, segundo ele, a atividade interpretativa deve partir da norma para o problema e não seguir o caminho contrário.

Por sua vez, o método hermenêutico-concretizado, de acordo com Coelho (2004), trata-se de uma interpretação por meio da relação entre texto e contexto, partindo de uma pré-compreensão do intérprete, considerando a situação histórica, resolvendo o problema à luz da Constituição Federal e não segundo critérios pessoais de justiça, funcionando o texto constitucional como limite da interpretação.

Cantarelli (2010) afirma que este método foi introduzido por Friedrich Müller, fundamentando uma teoria material do Direito, tendo o mesmo cerne do método tópico-problemático, todavia, com várias modificações, sendo a principal delas o fato de iniciar a interpretação a partir das normas constitucionais e levá-la ao problema, contextualizando-a, diferente do método citado que seguia caminho contrário.

No método científico-espiritual, de acordo com Coelho (2004), a Constituição Federal é considerada como um instrumento de integração e de regulação de conflitos, sendo fundamental para construção e preservação da unidade social, devendo a sua interpretação jamais conduzir para soluções desagregadoras. Nesse método, a Constituição passa a ser mais política do que jurídica.

O método normativo-estruturante, formulado por Heidegger e Gadamer, é destacado por Coelho (2004) como o método que concretiza a lei em cada caso para realizar sua interpretação, partindo da premissa de que existe uma implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo e entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular.

Salienta-se que a interpretação e aplicação abstrata do direito são essenciais para a segurança jurídica, uniformidade de entendimento e coerência no sistema legal. No entanto, é importante ressaltar que a aplicação abstrata do direito nem sempre é suficiente para resolver todos os casos concretos, uma vez que cada situação pode apresentar particularidades que requerem uma análise mais detalhada e contextualizada. Nesses casos, a aplicação do direito de forma mais concreta e individualizada é necessária, levando em consideração as peculiaridades do caso em questão.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA ÀS MULHERES TRANSEXUAIS

Recentemente está sendo firmando nos tribunais brasileiros, de igual forma, o entendimento sobre a possibilidade de se estender a aplicação da Lei Maria da Penha às pessoas trans (transgêneros/transsexuais), e é esse o objeto do presente estudo: consolidar estudo científico para embasar a possibilidade de aplicação ou não, da Lei de Proteção à Mulher, às pessoas trans. Nesse sentido, é a seguinte ementa, extraída do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (julgado recente, de 2018):

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.

Desse modo, como se pode observar, o entendimento que vem se firmando é no sentido de que a Lei Maria da Penha não distingue identidade de gênero e orientação sexual das vítimas mulheres, de modo que o fato de ser a ofendida uma transexual feminina não afastaria, na visão do julgador, a proteção legal, tampouco a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar, tendo em vista ser este o órgão definido por lei para, no Brasil, tratar questões relativas à aplicação dessa lei protetiva.

Na pesquisa realizada por Souza (2019) foram apresentados argumentos favoráveis e desfavoráveis a essa aplicação, todavia, destacam que os favoráveis ainda não são suficientes para justificar a aplicação da Lei Maria da Penha nos casos de vítimas transexuais ou transgêneros, sendo considerado, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana como base, dados os Tratados e Convenções Internacionais de proteção aos direitos humanos.

Tinoco e Cabral (2019) também confirmaram que os princípios constitucionais e os direitos humanos são os principais argumentos para aplicação da Lei Maria da Penha a esse público, contudo, destacam que os argumentos ainda são vagos, fazendo-se importantes pesquisas que venham a subsidiar de modo mais concre-

to as decisões dos tribunais na proteção a essas mulheres.

Mesmo com os direitos humanos se apresentando como um argumento concreto para aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres trans, a aplicabilidade pelos tribunais brasileiros ainda é falha. De acordo com Montanher, Negreiros e Andrade (2020), os juristas dos Juizados de Violência Domésticas e Familiares ainda possuem dificuldade em aceitar casos de agressões ocorridas a mulheres trans, verificando-se uma tendência a negar pedidos de medidas protetivas e a redesignar a competência desses processos a outros juizados, tanto que, somente no ano de 2019, verificou-se a primeira sentença em que foi concedida medida protetiva a uma mulher trans, pela juíza Vanessa Villela De Biassio na cidade de Andira – PR.

Assim, frente aos frequentes e crescentes casos de mulheres transexuais agredidas no Brasil, a corrente favorável para aplicação da qualificadora por meio da Lei Marias da Penha tem se consolidado, principalmente após entendimento inédito firmado pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em agosto de 2022, que estendeu a proteção da referida lei às mulheres trans.

O recurso em questão foi relatado pelo ministro Rogério Schietti Cruz, que tomou a decisão de aplicar a legislação especial da Lei Maria da Penha no caso de violência cometida pelo pai contra sua própria filha trans, justificando sua posição com base na doutrina jurídica. O ministro considerou que, mesmo levando em conta o sexo biológico da vítima, o fator determinante para a abrangência da lei é o gênero feminino. Ele destacou que nem sempre o gênero coincide com o sexo biológico e ressaltou que o objetivo da Lei Maria da Penha é combater a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher em razão do seu gênero, e não em virtude do seu sexo (STJ, 2022).

Essa decisão demonstra a interpretação do ministro sobre a aplicação da legislação em casos envolvendo pessoas transgênero e reforça a importância de considerar o aspecto de gênero na proteção das vítimas de violência doméstica e familiar. A abordagem baseada no gênero busca garantir a igualdade e a proteção das mulheres, independentemente do seu sexo biológico, reconhecendo que a violência doméstica e familiar pode afetar pessoas de diferentes identidades de gênero. Essa interpretação alinha-se com a perspectiva de ampliar a proteção legal para abranger todas as formas de violência baseadas no gênero, promovendo uma sociedade mais inclusiva e combatendo a violência contra as mulheres de forma abrangente (STJ, 2022). A decisão do STJ criou um precedente e passou a ser aplicada no país.

Todavia, de acordo com Santos, o tema já vem sendo bastante debatido desde 2014, quando a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por meio da Comissão Especial da Diversidade Sexual, emitiu uma nota técnica na qual defendia a aplicação da Lei n. 11.340/06 a travestis e mulheres transexuais. A posição da OAB se baseou no entendimento de que um dos critérios para a aplicação da lei é a identificação com o gênero feminino, e não o sexo biológico.

Ainda no ano de 2014 já se verifica Projetos de Lei que versavam sobre o assunto, mas que até hoje ainda estão em trâmite. Desde o referido ano encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) 8.032, que busca incluir a proteção de transexuais e transgêneros na Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Atualmente, o projeto está sendo analisado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias, aguardando o parecer do relator. Em paralelo, em 2017, foi iniciada a tramitação no Senado do Projeto de Lei do Senado (PLS) 191, com o mesmo objetivo de assegurar a proteção legal a todas as mulheres, independentemente do sexo biológico. No entanto, essa proposição foi arquivada.

Assim, foi somente anos depois das discussões e propostas legislativas que veio um entendimento firmado. Apesar do sistema jurídico brasileiro ser inspirado no românico/germânico (*civil law*), que tem como fonte primária do Direito a lei, aplicada pelo Juiz como intérprete dela, houve a partir de 2015 uma aproximação com o sistema *common law*, por conta do instituto de precedentes vinculantes, onde as normas e regras não estão escritas previamente, utilizando o consuetudinário e a jurisprudência de forma predominante.

Essa aproximação se deu porque o CPC/2015 reconheceu a utilidade dos precedentes como um dos meios processuais mais céleres e seguros para a obtenção de eventuais direitos pela parte, com um dos pontos positivos de ajudar a desafogar a quantidade de processos que os tribunais recebem, por conta da uniformização e estabilização das jurisprudências.

7

O próprio Superior Tribunal de Justiça reputa válida a intermediação do juiz nas perguntas formuladas pelas partes. Não importa o que a lei dispõe; a ênfase nos poderes judiciais permanece viva na mentalidade de *civil law*. Persiste como regra, no processo penal, a inquirição livremente procedida pelo juiz, a quem é permitido formular as perguntas que julgar adequadas para esclarecer os fatos relevantes ao caso (Tourinho Filho, 2009).

Matida e Herdy (2016) elucidam que alcançar a verdade no âmbito do processo penal é um meio para alcance de um fim, buscando-se solucionar um conflito de interesses. Ao juiz cabe tomar decisão com base nas

provas apresentadas, assumindo um risco por sua percepção se o acusado de um crime foi de fato quem o cometeu, determinando se a proposição fática oferecida foi provada de acordo com algum critério de suficiência (standard probatório) e em conformidade com eventuais regras probatórias.

Dessa forma, para as autoras, é necessário perceber que as provas apresentadas podem não responder à realidade objetiva. Neri e Lima (2016) verificaram em seu estudo a possibilidade de aplicação dos precedentes obrigatórios no processo penal, na mesma forma prevista no CPC/2015, acreditando que a partir de sua aplicabilidade é possível proporcionar maior igualdade na aplicação concreta da lei.

A partir disso, considerando o entendimento do STJ e a teoria dos precedentes, verifica-se a adoção dessa postura nos tribunais brasileiros. Em São Paulo foi publicada a Tese 551 pelo Ministério Público de São Paulo (MPSP, 2021):

VIOLÊNCIA FAMILIAR OU DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – PESSOA TRANSGÊNERO – CABIMENTO. O artigo 5º da Lei n. 11.340/06 oferece proteção jurídica à mulher em razão do gênero, razão pela qual é cabível a aplicação de medida protetiva de urgência em favor de pessoa transgênero.

De acordo com essa tese, o artigo 5º da Lei n. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, oferece proteção jurídica à mulher com base em sua identificação de gênero. Portanto, a aplicação de medidas protetivas de urgência em favor de pessoas transgênero é cabível com base nessa legislação.

A partir da análise da jurisprudência brasileira verifica-se que as decisões têm se baseado na identificação com o sexo feminino, não havendo na Lei Maria da Penha menção ao sexo biológico, abrindo essa possibilidade de aplicação da qualificadora, conforme é possível verificar no Acórdão 1671958:

(...) 1 - Se o denunciado, companheiro de vítima transexual que se identifica com o gênero feminino, a agride com barra de ferro e corta os cabelos dela com faca, além de a injuriar e ameaçar, por ciúmes e sentimento de posse, evidenciando a subjugação da figura feminina e violência de gênero, no contexto doméstico e de intimidade familiar, a competência para processar e julgar a ação penal pelos supostos crimes cometidos é do juizado especializado da mulher.

Essa decisão reforça a interpretação de que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada em casos de violência doméstica e familiar envolvendo pessoas transexuais que se identificam com o gênero feminino, levando em consideração a perspectiva da violência de gênero e sua proteção específica.

Entendimento semelhante pode ser verificado no Acórdão 1663969, que apresenta a identificação da vítima como mulher suficiente para aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência:

(...) 1. Não se confundem identidade de gênero, orientação sexual e sexo biológico. A orientação sexual de um indivíduo diz respeito a como realiza seus afetos, em especial no aspecto sexual, podendo ser, entre outros, heterossexual, homossexual, assexual, bissexual etc. Já o sexo biológico diferencia macho e fêmea, levando em conta a genitália, os órgãos reprodutores, cromossomos etc. do indivíduo. Por seu turno, a identidade de gênero é um conceito psicossocial, ou seja, considera tanto a própria identificação da pessoa de si mesma como a forma como ela é percebida em seu meio. 2. A autoidentificação da vítima como mulher é condição suficiente para sua inserção no gênero protegido pela Lei n. 11.340/2006, especialmente porque não é feita distinção entre mulheres cisgênero e mulheres transgênero, referindo-se o artigo 5º apenas genericamente ao termo mais abrangente “mulher”, bem como utilizando, propositadamente, o termo “gênero” ao esclarecer a violência doméstica e familiar contra a mulher (“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”). 3. Não há que falar em analogia “in malan partem” na aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transgênero, uma vez que não se trata de “mulher por analogia”, mas simplesmente de mulher, que dessa forma se identifica, ainda que possua características biológicas masculinas. 4. Uma vez que a ofendida se identifica como mulher e, por isso, performa com base na expectativa social para o gênero feminino, dessa maneira sendo percebida inclusive perante seu círculo social e pelo suposto agressor, a alteração de seus registros civis representa apenas mais um mecanismo para a expressão e exercício pleno do gênero mulher com o qual se identifica, não podendo ser um empecilho para o exercício de direitos e garantias que lhes são legal e constitucionalmente previstos. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo suscitado (2º Juizado Especial de Violência Doméstica e

O Acórdão 1663969 apresenta uma interpretação da jurisprudência no sentido de reconhecer a identificação da vítima como mulher como critério suficiente para aplicação da Lei Maria da Penha em casos de violência. O entendimento é de que a identidade de gênero não deve ser confundida com orientação sexual ou sexo biológico. O acórdão destaca que a identidade de gênero é um conceito psicossocial, levando em consideração tanto a autopercepção da pessoa quanto à forma como ela é percebida no meio em que vive. Nesse sentido, a autoidentificação da vítima como mulher é considerada condição suficiente para sua inclusão no gênero protegido pela Lei Maria da Penha.

O acórdão também ressalta que a Lei Maria da Penha não faz distinção entre mulheres cisgênero e mulheres transgênero, utilizando o termo “mulher” de forma genérica e mencionando explicitamente a violência doméstica e familiar contra a mulher com base no gênero. Além disso, o acórdão afirma que não se trata de aplicar a Lei Maria da Penha por analogia ou considerar a vítima como “mulher por analogia”, mas sim reconhecer sua condição de mulher, mesmo que possua características biológicas masculinas. A autopercepção da vítima e a forma como ela é percebida socialmente são consideradas fundamentais na aplicação da lei.

Por fim, o acórdão destaca que a alteração de registros civis da vítima para refletir sua identidade de gênero não deve ser um obstáculo para o exercício de direitos e garantias previstos legal e constitucionalmente. Em resumo, o acórdão interpreta a legislação e ressalta a importância da autoidentificação da vítima como mulher, independentemente de seu sexo biológico, para a aplicação da Lei Maria da Penha e a proteção legal contra a violência doméstica e familiar.

Diante do exposto, constata-se que a decisão do STJ e a aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais representam um avanço significativo na luta contra a violência de gênero e na promoção da igualdade de direitos. Essa abordagem jurídica busca garantir a proteção das mulheres, independentemente de seu sexo biológico, e reflete a busca por uma sociedade mais inclusiva e justa. No entanto, é necessário continuar trabalhando para enfrentar os desafios e assegurar a plena proteção dos direitos das mulheres trans e de todas as pessoas afetadas pela violência baseada no gênero.

CONCLUSÃO

Diante da questão da mulher transgênero como vítima de delitos no âmbito doméstico, foi analisada a possibilidade de sua inclusão sob a proteção da Lei Maria da Penha, levando em consideração os ensinamentos doutrinários sobre sexo e identidade de gênero. Verificou-se que diversas instituições ligadas ao Poder Judiciário, como as Defensorias Públicas, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e juízes, possuem uma posição favorável e unânime a esse respeito. Essa postura reforça a importância de garantir amparo legal e proteção para as mulheres transgênero que sofrem violência doméstica, reconhecendo sua vulnerabilidade e buscando a promoção da igualdade e justiça.

Após a análise da jurisprudência constatou-se que, em segunda instância, os tribunais têm reconhecido a aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres transgênero que vivenciam situações de violência doméstica, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou alteração no registro civil. No entanto, observa-se que esse tema ainda é objeto de discussão em primeira instância, evidenciando a falta de consenso em relação à aplicação da Lei n. 11.340/06 às mulheres transgênero. Essa falta de consenso contribui para a marginalização das mulheres trans, dificultando o seu acesso aos direitos previstos na referida legislação.

Ao final do estudo é possível afirmar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha para os casos de violência contra mulheres trans, tomando como base a identificação de gênero, com o fator de identificar-se como mulher ser suficiente para aplicação da qualificadora, já havendo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre essa possibilidade de aplicação, porém, ainda resta necessária inclusão dessa previsão na letra de lei.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, VINÍCIUS FERREIRA. Das lógicas em disputa no direito a ter direitos no contexto das medidas protetivas para mulheres cis e trans. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 223, 2020.
- BARBOSA, Bruno Cesar. “Doidas e putas”: usos das categorias travesti e transexual. **Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro)**, p. 352-379, 2013.

BESERRA, Karoline Maфра Sarmento. A nova hermenêutica constitucional e os potenciais atores sociais. **ius gentium**, v. 6, n. 4, p. 17-30, 2013.

BORBA, Rodrigo. Sobre os obstáculos discursivos para a atenção integral e humanizada à saúde de pessoas transexuais. **Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro)**, n. 17, p. 66-97, 2014.

BRASIL. **Acórdão 1671958**, 07425997220228070000, Relator: JAIR SOARES, Câmara Criminal, data de julgamento: 1º/3/2023, publicado no PJe: 13/3/2023.

BRASIL. Ministério Público de São Paulo. **Tese 551**. 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/recursos_extraordinarios/teses/ORDEM_ALFABETICA_New/Tese-551.pdf Acesso em: 01 jul. 2023.

BRASIL. **STJ**. Sexta Turma estendeu proteção da Lei Maria da Penha para mulheres trans. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Sexta-Turma-estendeu-protecao-da-Lei-Maria-da-Penha-para-mulheres-trans.aspx> Acesso em: 01 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, **Acórdão 1089057**, Relator Des. George Lopes, Órgão julgador: 1ª Turma Criminal, Data de julgamento: 05/04/2018, Publ. DJe de 20/04/2018.

CAMARGO, M. M. L. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANTARELLI, Priscila Dalla Porta Niederauer. **Hermenêutica Constitucional Contemporânea: a Aplicação dos Direitos e Garantias Fundamentais para a Abertura da Constituição. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira De Direito Constitucional**, v. 2, n. 3, p. 398-420, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. **Direito Público**, v. 1, n. 5, 2004.

COSTA-VAL, Alexandre; GUERRA, Andréa. **Corpos trans: um ensaio sobre normas, singularidades e acontecimento político. Saúde e Sociedade**, v. 28, p. 121-134, 2019.

DEVAL, Rafael Antonio. A Aplicação da Norma Abstrata no Caso Concreto: Análise do Artigo 5º da LINDB. **Revista da APG**, v. 1, n. 1, p. 241-256, 2022.

DIEGUEZ, Roberta Siqueira Mocaiber. A mulher transexual no discurso contemporâneo: um estudo de caso. **DEMETRA: Alimentação, Nutrição & Saúde**, v. 11, n. 3, p. 521-538, 2016.

GIDDENS, A. **Sociologia**. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

JESUS, Jaqueline Gomes; ALVES, Hailey. Feminismo transgênero e movimentos de mulheres transexuais. **Revista Cronos**, v. 11, n. 2, 2010.

LARA, Lucia Alves da Silva; ABDO, Carmita Helena Najar; ROMÃO, Adriana Peterson M. Salata. **Trans-tornos da identidade de gênero: o que o ginecologista precisa saber sobre transexualismo. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, v. 35, p. 239-242, 2013.

LIMA, Leize Ruama Sena Cunha; OLIVEIRA, Jenny; MOREIRA, Isadora Cavalcanti. Mulher transexual no discurso cisgênero: Direito à igualdade e acesso à prática de não discriminação. **Missões: Revista de Ciências Humanas e Sociais**, v. 6, n. 4, p. 204-223, 2020.

LOBO, Jorge. **Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ**, n. 72, p. 125-146, 2019.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº**, v. 73, p. 133, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, A. B. Os Limites Da Interpretação constitucional. **Revista Direito em Debate**, v. 8, n. 13, 1999, p. 58.

10

MONTANHER, Giovana Oliveira; CORREA, Crishna; NEGREIROS, Beatriz. Violência doméstica e subjetividades: Lesbianidades e transgêneridades no contexto da lei Maria da Penha. **Simpósio Gênero e Políticas Públicas**, v. 6, p. 2102-2119, 2020.

NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas. A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 2, n. 1, p. 634-654, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SOUZA, Waynner Mazzocco. A aplicabilidade da Lei Maria da Penha em favor de transexuais e/ou transgêneros em hipóteses de violência doméstica e familiar. **Legis Augustus**, v. 12, n. 1, p. 53-67, 2019.



TINOCO, Déborah; CABRAL, Hildeliza. A proteção jurídica das mulheres transgêneros e homossexuais nos casos de violência de gênero. **Direito UNIFACS–Debate Virtual-Qualis A2 em Direito**, n. 230, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009.