



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aplicabilidade da Lei Maria da Penha em favor de transexuais em hipóteses de violência doméstica e familiar

Vinicius de Almeida Ferreira

Rio de Janeiro  
2014

VINICIUS DE ALMEIDA FERREIRA

Aplicabilidade da Lei Maria da Penha em favor de transexuais em hipóteses de violência doméstica e familiar

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores:

Prof. Artur Gomes

Prof. Guilherme Sandoval

Prof<sup>a</sup> Mônica Areal

Prof<sup>a</sup>. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro  
2014

## **APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM FAVOR DE TRANSEXUAIS EM HIPÓTESES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

Vinicius de Almeida Ferreira

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogado. Pós-graduando em Direito pela  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro.

**Resumo:** A missão ético-social das ciências criminais é tutelar valores considerados fundamentais da vida em sociedade. O ordenamento constitucional atual, no início do seu texto, traz os fundamentos da República Federativa do Brasil, tratada como Estado Democrático de Direito, merecendo destaque o respeito inarredável da dignidade humana. A essência do presente artigo é compatibilizar os princípios e funções das ciências criminais com a tutela jurídica dos transexuais, garantindo-lhes a existência digna em sua plenitude. Uma das formas de ser viabilizada a tutela penal é possibilitando a aplicação dos preceitos insculpidos na Lei 11.340/06, conhecida por Lei Maria da Penha, nas hipóteses em que os transexuais sejam vítimas de violência doméstica e familiar.

**Palavras-chave:** Violência doméstica e familiar. Transexual. Lei Maria da Penha.

**Sumário:** Introdução. 1. A Lei Maria da Penha. 2. Identidade de Gênero. 3. A Jurisprudência e a Interpretação da Lei. 4. Princípios Constitucionais. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

A Lei Maria da Penha é fruto de uma luta histórica pela busca da efetividade do princípio da isonomia, de forma a conferir maior proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. A nova lei traz mecanismos mais céleres e efetivos na tutela dessas mulheres.

A expressão “mulher”, como vítima de violência doméstica sujeito à tutela da nova legislação, possui alcance controvertido tanto em sede jurisprudencial, quanto em sede doutrinária. Uma parcela da doutrina vai entender que “mulher” seria apenas aquelas pessoas

que possuem sexo biológico feminino ou que sejam registradas como do sexo feminino em seus assentos civis. Outros doutrinadores, entretanto, de forma acertada, sustentam que a expressão “mulher” deve ser entendida como toda pessoa que se identifique como do sexo feminino, ainda que seu sexo biológico seja outro, mesmo sem a devida alteração registral.

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

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

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

## 1. A LEI MARIA DA PENHA

Como forma de iniciar o presente artigo, importante se faz tecer uma breve análise, sem, contudo, esgotar o assunto, sobre a Lei Maria da Penha, abordando desde seus aspectos históricos até os dias atuais.

A proteção conferida às mulheres, no que concerne à violência doméstica, se inicia no âmbito do Direito Internacional, com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). A Convenção afirma, expressamente, que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Traz, também, em seu artigo 1, a definição de violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”<sup>1</sup>.

No Brasil, o caso envolvendo Maria da Penha Fernandes Maia foi determinante para o avanço legislativo, que culminou com a edição da Lei 11.340/06, batizada pelo então Presidente da República, de Lei Maria da Penha, como uma forma de homenagem.

Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de homicídio, além de diversas formas de agressão, levadas a efeito por seu companheiro, em âmbito doméstico, no Estado do Ceará em 1983. Todas as agressões cometidas por seu companheiro levaram-na à paraplegia com apenas 38 anos de idade.

O acusado foi condenado pela Justiça local, mas permanecia em liberdade, valendo-se das inúmeras possibilidades de recursos disponíveis no ordenamento jurídico nacional. A morosidade do sistema jurisdicional brasileiro fez com que o caso fosse encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que condenou o

---

<sup>1</sup> Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

Estado brasileiro pela omissão e pela negligência em relação aos fatos<sup>2</sup>. A condenação foi fundamentada na violação, pelo Estado brasileiro, de normas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção de Belém do Pará. A decisão da comissão trouxe algumas recomendações para o Estado brasileiro, o que resultou na edição da Lei 11.340/06.

A partir de então, é possível destacar uma série de inovações inseridas no ordenamento jurídico nacional. A professora Flávia Piovesan<sup>3</sup> destaca algumas dessas inovações, afirmando ter havido uma mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher, a incorporação da perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher, a incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar, o fortalecimento da ótica repressiva, a harmonização com a Convenção de Belém do Pará, a consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade ao direito à livre orientação sexual e o estímulo à criação de bancos de dados e estatísticas.

Em linhas gerais, podem ser enumerados alguns avanços com a nova lei, a saber: a tipificação do crime e a definição do que seria violência doméstica e familiar contra a mulher; o estabelecimento de formas de violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral; a determinação de que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual; a renúncia ao exercício do direito de ação, por parte da vítima, somente pode se dar perante o órgão jurisdicional competente; a proibição da aplicação de penas pecuniárias; a vedação da entrega da intimação pela vítima ao agressor; a notificação dos atos processuais à vítima, em especial quanto ao ingresso e saída da prisão do agressor; a exigência de a vítima ser acompanhada da defesa técnica em todos os atos processuais; a retirada da competência dos Juizados Especiais Criminais para processo e

---

<sup>2</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos — OEA, Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16-4-2001. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 306.

juízo dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher; a alteração do Código de Processo Penal como forma de possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver indícios que demonstrem os riscos à integridade física ou psicológica da mulher; a alteração da Lei de Execuções Penais com o fim de permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação; a determinação da criação de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher com competência cível e criminal para abranger as questões familiares decorrentes dos atos de violência. Nos casos em que a violência tenha sido cometida contra mulher com deficiência, a pena poderá ser aumentada em até 1/3.

A fase investigatória, prévia ao oferecimento da denúncia em face do agressor, também mereceu alterações significativas, como forma de conferir maior efetividade aos ditames legais, observando o que fora recomendado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Dentre as inovações, é importante destacar que a nova lei prevê um capítulo específico para o atendimento pela autoridade policial para os casos de violência doméstica contra a mulher. Permite, ainda, a legislação, que o agressor seja apreendido em flagrante delito pela autoridade competente, qualquer que seja a forma de violência praticada pelo agente. A autoridade responsável pelo inquérito poderá requerer ao juiz que sejam concedidas diversas medidas protetivas de urgência para a mulher em situação de violência e solicitar, ainda, a decretação de prisão preventiva com base no que dispõe o Código de Processo Penal, com as alterações que lhe foram impostas pela Lei 12.403/11.

Como se nota, tanto a legislação nacional quanto a internacional, quando abordam o tema, tratam, de forma expressa, da proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. A doutrina e a jurisprudência têm se posicionado do sentido de se exigir, para a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, a condição de vulnerabilidade da mulher. Vale dizer, entendem que o propósito da lei é conferir maior proteção àquelas

mulheres que se encontram em situação de vulnerabilidade perante seu agressor. Sustenta-se que, para a aplicação da Lei Maria da Penha devem estar presentes os requisitos de convivência íntima, da motivação de gênero e da situação de vulnerabilidade.

Portanto, apesar de o inciso II, do artigo 5º da Lei 11.340/06<sup>4</sup> dispor que a violência perpetrada no âmbito da família atrai a incidência das medidas previstas naquela lei, este vínculo não se revela suficiente para ensejar a aplicação da norma, se fazendo necessária a demonstração de convivência íntima, bem como a situação de vulnerabilidade, que justifiquem a incidência das normas de caráter protetivo. A interpretação literal do referido inciso levaria a conclusões impróprias, na medida em que a norma não delimita o grau de parentesco ou restringe a expressão “comunidade formada por indivíduos aparentados”. De igual modo, apesar de o inciso I do mesmo artigo 5º dispor que a norma é aplicada à violência cometida no âmbito da unidade doméstica, extrai-se dessa expressão a relação socioafetiva que se estabelece entre as pessoas que dividem o mesmo lar, visando a norma a proteção dos mais vulneráveis dentro do agrupamento de pessoas, e não uma proteção ao espaço físico contra agentes externos que nele adentrem para o cometimento do delito.

Com base nesse entendimento, que exige a convivência íntima, a motivação de gênero e a posição de vulnerabilidade, além da aplicação de princípios constitucionais, expressos ou não na ordem jurídica vigente, é que se permitirá a aplicabilidade das normas previstas na Lei Maria da Penha quando a vítima de violência doméstica e familiar for um transexual. Para tanto, se faz necessária uma breve digressão acerca da identidade de gênero, com suas peculiaridades, para se definir com o máximo de precisão possível, o alcance da expressão transexual, bem como o seu significado com base em uma análise multidisciplinar.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 ago. 2006. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm) >. Acesso em: 04 fev. 2014.



## 2. A IDENTIDADE DE GÊNERO

Ser transexual é puramente uma questão de identidade. Segundo se entende na seara médica, não há relação entre a transexualidade e a orientação sexual, por não se tratar de uma escolha do indivíduo.

Ao longo da história, sempre foi possível a identificação da transexualidade, mas foi na década de 50, no século passado, onde ocorreram as primeiras experiências com intervenções cirúrgicas para mudança de sexo por meio da retirada do pênis, que apareceu o conceito de transexualismo. O médico norte-americano, Harry Benjamin, definiu transexualismo como um distúrbio relativo à identidade sexual, por meio de casos onde pacientes eram submetidos ao tratamento clínico, com posterior intervenção cirúrgica, tendo como fim a transformação da aparência sexual, fundada na convicção do sujeito em pertencer ao outro sexo.

Existem diversas definições, médicas e sociológicas, acerca da experiência transexual. Segundo o magistério de Amanda Luna de Athayde, em linhas gerais, pode-se afirmar que transexualidade, também chamada de disforia de gênero, é uma incompatibilidade entre o sexo anatômico de um indivíduo e a sua identidade de gênero. A citada autora afirma que gênero é o que o indivíduo se torna socialmente, em termos de homem ou de mulher. Segue aduzindo que identidade de gênero é a inabalável convicção interna de masculinidade ou feminilidade. Pontua que o papel do gênero é o estereótipo cultural do que é masculino ou feminino. Finaliza apontando que ocorrem desordens da identidade de gênero quando existe uma discordância entre o sexo biológico e a sua identidade de gênero, dentre as quais se enquadra o transexualismo<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> ATHAYDE, Amanda V. Luna de. *Transexualismo Masculino*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci_arttext)>. Acesso em: 4 fev. 2014.

No ano de 1994, o Manual de Desordens Mentais (DSM-IV) alterou a expressão Transexualismo, utilizada pelo manual anterior, da década de 80, para Transtorno de Identidade de Gênero, que encontra referência na Classificação Internacional de Doenças. Tal alteração serviu como forma de delimitar o fato de a transexualidade ser considerada um estado psicológico em que a identidade de gênero está em descompasso com o sexo biológico. A definição de transexualismo como um transtorno possibilita a efetivação da cirurgia de mudança de sexo como meio de tratamento, e não como uma forma de escolha do indivíduo ou como cirurgia estética. A realização de cirurgias de transgenitalização em pacientes transexuais é permitida no Brasil, por possuir caráter terapêutico, conforme prevê a Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina<sup>6</sup>.

O indivíduo transexual age, na sua vida em sociedade, de acordo com o que reconhece como próprio de seu gênero. As mulheres transexuais passam a adotar nomes, aparência e comportamentos femininos, ao passo que os homens transexuais adotam nomes, aparência e comportamentos masculinos. Tanto em um quanto em outro caso, precisam e querem ser tratados da forma como se identificam.

Em geral, os transexuais, sejam masculinos ou femininos, sentem a inadequação de seu corpo com a imagem de gênero que possuem de si mesmos. A tentativa de correção dessa incompatibilidade pode se dar, em último caso, com a intervenção cirúrgica, denominada transgenitalização.

Para um indivíduo transexual, é extremamente importante a vida integral e exterior da forma como ele é por dentro, seja nas relações sociais, onde pretende ser reconhecido pelo nome que adotou, seja na frequência em locais reservados ao sexo no qual se identifica, seja até mesmo tendo o reconhecimento pelo ordenamento jurídico da identidade que possui, diversa do seu sexo biológico. Tal integração contribui na consolidação da sua

---

<sup>6</sup> BRASIL. Resolução CFM nº 1.955, de 3 set. 2010. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2014.

identidade, o que permite melhores resultados quando submetidos a tratamentos clínicos e a cirurgias de mudança de sexo. O que de fato determina a identidade de um gênero transexual é o modo como a pessoa se identifica, e não apenas um procedimento cirúrgico.

Como se percebe, o indivíduo que nasceu com sexo biológico masculino, mas possui identidade com o gênero feminino, quer ser reconhecido como mulher, assim como se reconhece, ainda que não tenha se submetido a qualquer tipo de intervenção cirúrgica para corrigir a incompatibilidade entre a identidade psíquica e o corpo. Uma citação bastante elucidativa pode ser extraída da obra de Martha C. Freitas, onde trata da origem somática, neurobiológica e inata da transexualidade, a saber:

Para mim é meu corpo que está errado. Para minha realidade psíquica é meu corpo que está em desarmonia com relação a mim! É isso que vale para definir a minha sexualidade, meu sexo, que antes de mais nada tem que expressar a mim mesma! Em meu caso sou totalmente feminina. Sendo assim, sem dúvida, eu sou mulher.<sup>7</sup>

Com base nas premissas explicitadas, já seria possível admitir a aplicação das medidas da Lei Maria da Penha quando o transexual fosse vítima de violência doméstica e familiar, na medida em que se identificam como mulher, tanto psicologicamente, quanto socialmente. Há uma percepção fática de que o transexual masculino, na verdade é uma mulher que nasce com sexo biológico masculino. Na relação familiar, portanto, seria a parte vulnerável, passível de tutela pelo Estado, com fundamento na legislação nacional e internacional.

Em relação ao transexual já submetido à cirurgia de transgenitalização, cujos registros civis tenham sido alterados para adequação de seu nome e sexo, não há a menor dúvida que haverá a incidência da Lei Maria da Penha quando este for vítima de violência doméstica e familiar, pois, para todos os efeitos jurídicos, já será reconhecido como mulher.

---

<sup>7</sup> FREITAS, Martha. *Meu Sexo Real: a origem somática, neurobiológica e inata da transexualidade e suas consequências na reconciliação da sexualidade humana*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 16.

A celeuma persiste quando a vítima é transexual, submetido ou não à cirurgia terapêutica, mas que ainda não tenha sido deferida a retificação do registro civil, como forma de possibilitar a alteração de seu nome e sexo. Essa hipótese revela o foco do presente estudo.

Como será demonstrado adiante, a jurisprudência ainda não possui posicionamento relevante acerca da matéria, provavelmente por existirem ínfimos processos no Judiciário tratando sobre o tema. A partir de agora, passa-se a uma análise dos posicionamentos de alguns Tribunais do país, para posteriormente, com base em uma análise principiológica, demonstrar a aplicabilidade da Lei de Violência de Gênero quando a vítima for o transexual que ainda não tenha alterado seu registro civil.

### **3. A JURISPRUDÊNCIA E A INTERPRETAÇÃO DA LEI:**

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

Como forma de elucidar o que foi dito, imperioso se faz citar algumas decisões, principalmente dos Tribunais Superiores. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 181.246/RS, por exemplo, explicita que a aplicabilidade da Lei Maria da Penha ao caso de violência de gênero está condicionada à convivência íntima e à situação de vulnerabilidade da mulher<sup>8</sup>.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o entendimento acerca da aplicação da Lei Maria da Penha nos casos violência doméstica e familiar contra a mulher não é diferente. O Desembargador Paulo Rangel, no Conflito de Competência nº 0055008-

---

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 181.246/RS. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=30093404&sReg=201001432660&sData=20130906&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=30093404&sReg=201001432660&sData=20130906&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 4 fev. 2014.

06.2013.8.19.0000, também exige a demonstração de situação de vulnerabilidade da vítima como forma de atrair a competência para processo e julgamento aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar<sup>9</sup>.

É de se ressaltar que os casos apresentados acima, têm como vítima mulheres. Em relação a vítimas transexuais, é possível encontrar algumas decisões de Tribunais estaduais, seja tratando especificamente sobre o caso, seja explicitando quais as potenciais vítimas de violência doméstica capaz de atrair a competência para processo e julgamento dos Juizados Especiais de Violência Doméstica.

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em julgamento de Habeas Corpus, o Desembargador Júlio Cezar Guittierrez destacou, com acerto, o entendimento no sentido de que o sujeito passivo alcançado pela Lei Maria da Penha seria mulher, assim entendida como lésbicas, transgêneros, transexuais e travestis que tenham identidade com o sexo feminino.<sup>10</sup>

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

---

<sup>9</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. CC nº 0055008-06.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004479820ABBB0EE740D8058F48CD6AB6FEC5025541534A>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. HC 1.0000.09.513119-9/000. Relator: Desembargador Júlio Cezar Guittierrez. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa/PalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=violencia%20domestica%20transexuais&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. CC 2006.017235-4/0000-00. Relator: Desembargador José Augusto de Souza. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

A Lei 11.340/06, em seu artigo 5º, elenca as formas de violência doméstica, bem como em que circunstâncias elas podem ocorrer. O parágrafo único, do mesmo artigo, aduz que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”<sup>12</sup>. Pelo texto legal, percebe-se que, por opção legislativa de política criminal, não há que se afastar da tutela da norma aquelas pessoas que possuem orientação sexual diversa do seu sexo biológico. Já foi dito anteriormente que a transexualidade não se confunde com orientação sexual. Aquela é tratada pela medicina atual, não sem críticas, como uma disfunção psíquica, onde o indivíduo tem a convicção de que seu sexo psicológico é diverso do físico. Não há, entretanto, razão para se conferir tratamento diverso nos dois casos, pois a mensagem da norma, como afirma a doutrina e a jurisprudência, é tutelar a parte reconhecidamente vulnerável nos casos de violência de gênero. Deve, pois, fazer valer o brocardo latino “ubi eadem ratio ibi idem jus”, ou seja, onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito.

Pelo que já foi demonstrado até o momento, a aplicação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha como forma de tutelar o transexual vítima de violência doméstica e familiar seria justificável pelo simples reconhecimento deste como mulher, ou seja, pelo reconhecimento do seu sexo psicológico. Não se entendendo desta forma, tal aplicabilidade seria possível pela interpretação do já citado artigo 5º, parágrafo único da Lei 11.340/06, que não faz distinção quanto à orientação sexual da vítima de violência de gênero.

Mas não são apenas esses argumentos que justificarão o reconhecimento da incidência da norma protetiva nesses casos. Passa-se, por fim, à abordagem de alguns dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, como forma de reforçar a posição aqui adotada.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 ago. 2006. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm) >. Acesso em: 4 fev. 2014.

#### 4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

Em primeiro lugar, é importante traçar uma conceituação sobre o que seria princípio, para posteriormente analisar aqueles que são identificados no caso concreto, quando então será apresentada a forma de compatibilização entre os mesmos.

Desde a inauguração da chamada fase pós-positivista, diversos foram os valores inculcados no ordenamento jurídico, valores esses capazes de modificar a forma de aplicação do direito aos mais variados casos concretos. Houve um rompimento com o positivismo puro, onde se aplicava o que estava escrito na lei, passando-se a levar em consideração o sentido da norma.

O Neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo pós-moderno, ou pós-positivismo é a nova perspectiva desenvolvida pela doutrina a partir do início do século XXI, na qual se busca dar máxima eficácia à Constituição, passando o texto a ser mais efetivo, não mais sendo encarado como apenas uma limitação ao poder político, principalmente em face da maior expectativa de concretização dos direitos fundamentais. Ainda, a Constituição deixa de possuir hierarquia apenas formal, passando a ser axiologicamente superior às demais normas do ordenamento.

O ilustre constitucionalista Walber de Moura Agra<sup>13</sup> salienta que:

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) posituação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

---

<sup>13</sup> AGRA apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo. Saraiva. p. 70.

André Ramos Tavares<sup>14</sup>, citando Ruy Samuel Espíndola, com muita clareza traz uma conceituação de princípio. Vale a transcrição:

Lembra Ruy Samuel Espíndola que a ideia de princípio, em sentido lato, ou mesmo a sua conceituação, independentemente de qual seja o campo do saber, 'designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam'.

Os princípios constitucionais possuem força vinculante, servindo como fonte interpretativa, como fonte de integração, e até mesmo como fonte de aplicação do Direito. Devem, pois, obrigatoriamente ser observados, sob pena de se atuar em desconformidade com o texto constitucional.

Em matéria penal, é possível o reconhecimento do chamado garantismo positivo – dever de proteção – em contrapartida ao garantismo negativo – limitação ao poder punitivo estatal. O garantismo positivo, portanto, pode ser reconhecido pelo princípio da proibição de proteção deficiente, enquanto que, o garantismo negativo pode ser entendido como o princípio da proibição do excesso. O princípio da proibição de proteção deficiente determina que a proteção conferida aos direitos fundamentais não pode ser insuficiente, ou seja, há um verdadeiro dever de proteção estatal como forma de proteger esses direitos. Tanto a proibição de proteção deficiente, quanto a vedação ao excesso, decorre do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, vale destacar as palavras do professor Ingo Sarlet<sup>15</sup>:

Deixando de lado considerações de ordem terminológica (mesmo que estas não tenham cunho meramente cosmético), o que importa destacar no contexto é que o princípio da proporcionalidade, para além da sua habitual compreensão como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Que tanto o princípio da proibição de excesso, quanto o da proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam

---

<sup>14</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva. p. 624.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Disponível em: <[http://mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53)>. Acesso em: 6 fev. 2014.



todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal (não é à toa que se fala que houve uma evolução – pelo menos no que diz com a proporcionalidade como proibição de excesso - da concepção de uma reserva legal para o de uma reserva da lei proporcional), e os limites impostos pelo sistema constitucional aos órgãos jurisdicionais também nesta seara resulta evidente, mas convém ser permanentemente lembrado. Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que aos órgãos legiferantes encontra-se reservado um espaço de conformação mais amplo e, portanto, uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação do que a atribuída ao administrador e os órgãos jurisdicionais, bem como diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo em proteção constitucionalmente exigido.

É possível, a partir do artigo 5º, § 2º da Carta Magna, se extrair um mandamento constitucional de proteção aos direitos humanos. Para melhor compreensão, transcreve-se o citado dispositivo<sup>16</sup>:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Já foi dito que a proteção à mulher vítima de violência doméstica guarda assento nas Convenções Internacionais em que o Brasil é signatário. Desse modo, o certo é que passam a integrar o ordenamento jurídico nacional, por determinação do citado dispositivo constitucional, sem adentrar na discussão se seria norma supraconstitucional, constitucional, supralegal ou legal, exigindo efetiva tutela estatal.

Merece destaque, ainda, outro princípio expresso na Constituição, que para alguns doutrinadores seria um verdadeiro superprincípio. Trata-se da dignidade da pessoa humana. A

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2014.

Constituição Federal inicia seu texto trazendo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade humana. Para explicitar o alcance e significado da dignidade humana, importante trazer à baila os ensinamentos de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink<sup>17</sup>:

Há especialmente duas concepções sobre como pode ser determinado positivamente o âmbito de proteção do art. 1º, n. 1. Segundo uma, a dignidade da pessoa humana pode ser concebida como um valor dado como dote ao homem por Deus ou pela natureza, por exemplo ‘o valor próprio e a autonomia, a essência, a natureza do ser humano pura e simplesmente’. Esta ‘teoria do dote’ entende-se na tradição da doutrina cristã do direito natural e da filosofia de Kant. Do ponto de vista jurídico, podemos alegar a seu favor que o Conselho Parlamentar partiu destas tradições quando da criação do art. 1º, n. 19.

Segundo a ‘teoria da realização’, o aspecto decisivo da dignidade da pessoa humana é a realização da formação da identidade: o ser humano tem a sua dignidade em virtude da sua própria conduta autônoma. A seu favor está, por um lado, o fato de não ser tornada vinculativa determinada tradição filosófica e, por outro, o fato de se exprimir claramente a relação da dignidade da pessoa humana com outras decisões fundamentais da Lei Fundamental (o princípio do Estado de direito e o princípio do Estado social, os direitos à igualdade e à liberdade), que tornam possível a realização da formação da identidade.

Segundo a teoria da realização, a pessoa terá, pois, existência digna, quando puder ser reconhecida em sua identidade. Aplicando esse conceito ao que já foi tratado acerca do transexualismo, a pessoa que nasce com sexo biológico masculino, mas identifica-se, psicologicamente como sendo do sexo feminino, somente terá plenitude na sua dignidade quando for reconhecida da forma como se identifica.

Merece destaque, de igual modo, o princípio da isonomia. O direito à igualdade possui duas vertentes: a igualdade de oportunidades e a igualdade de resultados. Para melhor explicar o referido princípio, Ives Gandra Martins<sup>18</sup>, com maestria aduz:

O princípio da isonomia, que conforma o direito de igualdade como direito fundamental, basicamente em sua vertente de igualdade de oportunidades, expressa-se pela tradicional expressão: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades. Isso significa que a desigualdade de tratamento legal deve ter um elemento de discriminação com fundamento racional, ou seja, que se justifique racionalmente.

---

<sup>17</sup> PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. *Direitos fundamentais* - Bodo Pieroth e Bernhard Schlink; tradutores António Francisco de Sousa e António Franco – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 133.

<sup>18</sup> MARTINS. op. cit., p. 461.

O direito à igualdade impõe ao Estado, portanto, o dever de coibir a discriminação em função de raça, credo religioso, sexo, estado civil etc.

Levando-se em consideração que o Constituinte alçou a igualdade ao status de princípio constitucional, não seria possível conferir tratamento diferenciado ao transexual, somente por não ter alterado seu registro civil, sob pena de se incorrer em conduta inconstitucional.

Alguns poderiam argumentar que admitir a aplicação das normas protetivas contra violência doméstica em favor de transexuais violaria o princípio da legalidade, um dos grandes vetores da proibição do excesso, ao fundamento de que a lei faz referência apenas à mulher. Não merece prosperar tal argumentação. O direito não pode ser interpretado de forma estanque, mas sim no seu todo.

O ordenamento jurídico é um complexo de normas que deve conviver em harmonia. Se de um lado existe um mandamento constitucional vedando o excesso em matéria penal, de outro há um mesmo mandamento onde se proíbe que a proteção dada pelo Estado seja insuficiente. Ambos são princípios de envergadura constitucional, onde não se pode afastar um ou outro aprioristicamente, devendo haver uma valoração no caso concreto.

Isto posto, o fato é que, quando houver um caso de violência doméstica e familiar onde a vítima seja um transexual masculino, cujo registro civil ainda não tenha sido alterado, deverá haver a incidência das normas protetivas da Lei 11.340/06. Nesse caso, como forma de se tutelar a existência digna e de se conferir tratamento isonômico, não se poderá dizer ter havido excesso.

## CONCLUSÃO

Evidencia-se, nas linhas acima escritas, existirem diversos argumentos capazes de ensejar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha quando a violência de gênero tiver como vítima o transexual.

Fixou-se como objeto do presente estudo, o transexual masculino, sujeito ou não à intervenção cirúrgica de trangenitalização, cujo registro civil não tenha sido alterado. Parece não haver dúvidas que com a alteração do registro, a pessoa passa a ser reconhecida, formalmente, pelo Direito, como sendo do sexo na qual se identifica.

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

A interpretação do artigo 5º, parágrafo único da Lei 11.340/06 leva a concluir pelo reconhecimento do transexual como sujeito passivo da violência de gênero. Isso porque a lei determina que não se deve perquirir a orientação sexual da vítima.

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

ordenamento nacional com fundamento em Convenções Internacionais que tutelam direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo Masculino. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci_arttext)>. Acesso em: 4 fev. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2014.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2014.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.955, de 3 set. 2010. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2014.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos — OEA, Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16-4-2001. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

FREITAS, Martha. *Meu Sexo Real: a origem somática, neurobiológica e inata da transexualidade e suas consequências na reconciliação da sexualidade humana*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Tratado de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

STJ. <<https://ww.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Disponível em: <[http://mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53)>. Acesso em: 6 fev. 2014.

TJMG. <<http://ww5.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

TJMS. <<http://www.tjms.jus.br>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

TJRJ. <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 4 fev. 2014.