



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LEI MARIA DA PENHA E AS VÍTIMAS TRANSGÊNEROS

Suzana Cristina Pereira Novais

Rio de Janeiro
2019

SUZANA CRISTINA PEREIRA NOVAIS

LEI MARIA DA PENHA E AS VÍTIMAS TRANSGÊNEROS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

LEI MARIA DA PENHA E AS VÍTIMAS TRANSGÊNEROS

Suzana Cristina Pereira Novais

Graduada pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher é tutelado pela Lei Maria da Penha. No entanto, é controverso o tema quanto à aplicabilidade da lei no âmbito das mulheres transgêneros que sofrem esse tipo de violência. Diante desse quadro, para dirimir o conflito, busca-se o auxílio do próprio texto normativo, por meio de uma interpretação da Constituição e da lei referida, como também, o entendimento extraído nos casos levados ao Poder Judiciário.

Palavras-chave – Direito Penal. Lei Maria da Penha. Gênero feminino.

Sumário – Introdução. 1. Diferença entre gênero e sexo feminino e a terminologia adotada na Lei nº 11.340/06. 2. As decisões judiciais e o possível reconhecimento da mulher transgênero como legítima à proteção da Lei Maria da Penha. 3. Análise da necessidade de implementação de mudanças legislativas para garantir o combate à violência doméstica contra a mulher transgênero. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo propõe discutir a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica contra transgêneros. A criação de uma tutela específica às mulheres, visando à proteção e igualdade do gênero, provocou um debate acerca da esfera de cuidado, se esta abrange também os transexuais do gênero feminino ou se há restrição à condição de mulher biologicamente constituída.

A pesquisa se dará pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador parte do pressuposto de suposições lógicas e adequadas para a análise do objeto da pesquisa, que, ao final será confirmada ou rejeitada argumentativamente.

Inicialmente, para isso, a pesquisa científica abordará a terminologia utilizada pela lei para dirimir o conflito aparente, contrapondo, inclusive, com o Código Penal. Isso porque, a escolha do termo utilizado (gênero ou sexo feminino) traz resultado objetivo para a questão quanto à possibilidade de aplicação da lei nessa esfera.

Apesar da clareza imposta na escolha terminológica utilizada, a doutrina e a jurisprudência muito debatem o tema. É comum que, por vezes uma escolha de palavra mal

feita pelo legislador, permita que juristas optem por uma adaptação do texto e façam uma releitura, sob outra perspectiva da palavra empregada. Assim, no segundo capítulo se discutirá se esse é o caso da lei em pauta por meio de uma análise dos debates e decisões dos Tribunais Superiores a respeito dessa controvérsia sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha aos transexuais na prática.

Por fim, o terceiro capítulo do trabalho tecerá um estudo a respeito da efetividade lei debatida, de modo a garantir a tutela que se propõe a assegurar, sendo essa suficiente ao combate da violência doméstica exercida contra esse grupo, ou, se deveria haver adoção de outras medidas, bem como mudanças legislativas, para resguardar esse direito.

1. DIFERENÇA ENTRE GÊNERO E SEXO FEMININO E A TERMINOLOGIA ADOTADA NA LEI Nº 11.340/06

A necessidade de uma tutela especial às mulheres vítimas de agressão surge por meio de uma constatação histórica de supremacia do homem em detrimento da mulher. Isto é, a diferenciação por gênero existe desde os primórdios, que eram suficientes para determinar as funções, atividades e comportamento de cada indivíduo perante a sociedade¹.

Em um Estado Democrático de Direito, que tem como pressuposto a isonomia e a garantia dos direitos sociais, individuais e coletivos², essa discriminação se mostra antagônica a própria existência dele. Apesar disso, ainda na prática tem-se resquícios desse ideal que impedem a concretização da igualdade, demonstrando em si um desequilíbrio para o exercício dos direitos. Nesse cenário é que se constatou que a mulher ainda vive um papel de coadjuvante social, muitas vezes por uma opressão moral ou física exercida pelo homem e pela sociedade.

Dessa maneira, reconhecendo a vulnerabilidade da mulher para com a sociedade é que se propõe medidas legislativas que visam colocar em pé de igualdade todos os indivíduos. Tem-se, portanto, na prática o princípio constitucional da igualdade material, que, como definiu Aristóteles “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade³”.

¹ Enquanto aos homens eram atribuído um papel de protagonista na sociedade, que o permitia de participar ativamente das atividades sociais, políticas e econômicas, as mulheres eram limitadas a desempenhar funções domésticas e familiares. Gradativamente, a mulher foi conquistando um maior espaço na sociedade e alterando essa realidade, conquistando, em tese, os mesmos direitos que os homens.

² Nesse sentido, art. 5º, II da CRFB/88.

³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 49.

Em que pese o reconhecimento das desigualdades existentes, é necessário mais do que constatar o fato, mas também buscar formas efetivas de mudar a realidade, tal como a edição de uma lei destinada ao combate da violência à mulher, como foi apresentado.

Par enfrentar essa proteção é fundamental, no âmbito da violência doméstica contra a mulher, a análise da terminologia empregada no texto legal. Isso porque, ainda que cotidianamente as pessoas utilizem ‘gênero’ e ‘sexo’ para dizer o mesmo, como semelhantes, é imprescindível conhecer a diferença entre esses termos para a possível aplicação da lei em questão.

Evidente que, apesar de se tratar de termos diferentes – que serão explicados a seguir – na maioria das vezes há uma correspondência entre sexo e gênero, o que justifica a confusão terminológica. Porém, essa premissa não é unânime.

A doutrina amplamente majoritária explica que o gênero é construído de acordo com os fatores culturais e sociais que influenciam e cercam o indivíduo, de modo a interferir no seu comportamento perante a sociedade⁴. Enquanto sexo é intrínseco ao aspecto biológico do ser humano. Como o gênero leva em consideração outros fatores que não somente o fator natural, permite composição diversa aos transexuais.

Dessa forma, o transexual, que biologicamente tem um sexo determinado – aspecto biológico –, pode possuir outro gênero conforme as interações sociais, chamado de transversalidade de gênero⁵. Arelado a isso, reconhece-se ao transexual a sua condição de minoria social, de modo a sofrer, assim como a mulher biológica, discriminação e sustentar uma posição de vulnerabilidade.

A partir da exposição da diferença terminológica resta analisar como o ordenamento jurídico brasileiro lida com a questão, em especial, a Lei Maria da Penha. Ou seja, o transexual que sofre agressão decorrente de violência doméstica estaria protegido também pela norma citada – lei específica – ou caberia somente aplicação do Código Penal – norma geral?

A emenda da Lei nº 11.340/06⁶ discorre que o objetivo da norma é a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º

⁴ FERRACINI NETO, Ricardo. O reflexo da nova perspectiva de gêneros e o direito. In: FERRACINI NETO, Ricardo. *A violência doméstica contra a mulher e a transversalidade de gênero*. São Paulo: Juspodium, 2018.

⁵ Ibidem, p. 25.

⁶ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Emenda: Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução

do art. 266 da Constituição Federal⁷. Por sua vez, o dispositivo constitucional enaltece que o Estado assegurará assistência à família através da criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Na lei específica não há especificação da mulher, se tratando de gênero ou sexo e a Constituição também silencia.

Contudo, o art. 5º da Lei Maria da Penha prevê “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 de dano moral ou patrimonial”. A partir do texto legal é possível perceber que, ao adotar a concepção de gênero⁸, a lei considera o conceito além do biológico, da mulher em sentido natural.

Nesse sentido, ao reconhecer a tutela para o gênero feminino, implicitamente a lei abrange sua aplicabilidade a todas as mulheres que assim se consideram, por fatores culturais e sociais, ainda que não biológicas. Resta evidente, portanto, que, pela terminologia adotada no texto normativo, seria possível aplicação da Lei Maria da Penha aos transexuais.

A adoção do termo gênero permite um debate diferenciado, admitindo a consagração de diferentes classes, ainda que todas do gênero feminino, na lei. Há de se reconhecer, então, que o desequilíbrio nas relações não é um fenômeno exclusivamente biológico, marcado meramente pela condição suportada do sexo feminino. Isto é, a diferença biológica não é suficiente para caracterizar a discriminação em que a mulher é submetida, mas também o fenômeno social que desempenha.

Logo, ao adotar a transversalidade na lei, permite-se uma maior equiparação de condição e paridade entre os gêneros, diminuindo a constatação histórica de supremacia do homem perante a mulher por meio da inserção em outros patamares sociais e da proteção legal concedida.

Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁸ “Não há dúvidas também de que a busca de paridade entre os gêneros configure-se um bem jurídico que detenha interesse de universalização entre os sujeitos de direito receptores de uma norma. A própria definição de transversalidade, trazida desde a Convenção de Beijing de maneira expressa, incorpora a necessidade de um conceito de universalização, a ponto de ser defendida por meio de um ordenamento jurídico consistente e até, em situações de última *ratio*, pelo Direito Penal.” FERRACINI NETO, Ricardo. *A violência doméstica contra a mulher e a transversalidade de gênero*. São Paulo: Juspodium, 2018. p. 204.

2. AS DECISÕES JUDICIAIS E O POSSÍVEL RECONHECIMENTO DA MULHER TRANSGÊNERO COMO LEGÍTIMA À PROTEÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Conforme já assinalou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o sujeito ativo, ou seja, quem pratica o ato de violência, independe do sexo para fins de aplicação da Lei Maria da Penha, basta que esteja presente a relação de vínculo em um contexto de violência doméstica, familiar ou afetiva. Explicita o STJ no Conflito de Competência 88027⁹: “Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.”

Apesar dessa questão ser pacífica quanto a isso para a doutrina e a jurisprudência, muito se debate no que tange o polo passivo do conflito. Isso porque a lei não silencia a questão, de modo que não deixa claro a vontade do legislador¹⁰, bem como há ausência de manifestação da Corte.

Todavia, os interpretes do direito buscam solucionar as entraves decorrente da discrepância entre a lei enquanto direito fundamentado, escrito, e a realidade social a que se submete. Faz-se necessário, portanto, que a melhor doutrina debata a norma para que se tenha a aplicação mais eficiente, que busque solucionar o fim em si mesmo, ou seja, validar o motivo pelo qual a norma existe: proteção dos direitos da mulher¹¹.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 277561/AL*, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014; *HC nº 250435/RJ*, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013; *HC nº 181246/RS*, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 06/09/2013; *HC nº 175816/RS*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013; CC 88027/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 18/12/2008; RHC 046278/AL (decisão monocrática), Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, julgado em 09/06/2015, DJe 16/06/2015. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 551). Disponível em <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

¹⁰ Ainda que a vontade do legislador ao tempo que editou a lei fosse proteger somente as mulheres biológicas entende-se que o Direito e, portanto, as normas, vivem em constante mutação. Por vezes é necessário fazer uma interpretação do texto legal de acordo com as mudanças que a sociedade sofre, para que se tenha uma norma condizente, que acompanhe a realidade social. Nesse sentido, por exemplo, é que se ampliou o conceito de família trazido na Constituição Federal em seu art. 226. Conclui-se, então, que mesmo que a vontade do legislador por hora era dar proteção apenas as mulheres nascidas em corpo feminino, atualmente, seria possível uma interpretação extensiva, reconhecendo também a identidade social da mulher como suficiente para aplicação da lei.

¹¹ BERENICE, Maria. *Violência Doméstica e as Uniões Homoafetivas*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_658\)35__violencia_domestica_e_as_unioes_homoafetivas.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_658)35__violencia_domestica_e_as_unioes_homoafetivas.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2019.

Nessa seara, no que tange à Lei Maria da Penha é evidente o objetivo de amparar e proteger a condição em que a mulher é colocada e vista socialmente, herança patriarcal de uma construção história de uma sociedade machista. Diante da necessidade de zelo para com a mulher, reconhecendo a submissão que a essas é imposta, é que surgiu a contemplação da lei.

Não obstante, ao conferir maior proteção a esse grupo de pessoas, passou-se a questionar a que mulher a lei se refere. E, conforme dito, por não ser explícito na lei, busca-se auxílio dos mais renomados juristas para decidir quanto à possibilidade de aplicação da referida lei ao público transgênero, visto que se apresenta uma dicotomia entre o sexo biológico do indivíduo e o gênero social a qual esse pertence.

O primeiro grande caso que deu aso ao tema ocorreu no Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em 2016, onde uma transexual pedia proteção contra a mãe¹². Consta no processo que a mãe não tolerava a condição de sua filha, fazendo-a passar por diversas humilhações, violências físicas e morais. Isso ocorria justamente pelo fato de haver uma separação entre o sexo biológico e o gênero social, em que, apesar de ter nascido com sexo masculino, a vítima se reconhecia socialmente como mulher.

No caso exposto é importante ressaltar ainda que a vítima não havia se submetido à cirurgia de transgenitalização, de modo a tornar ainda mais relevante a decisão de reconhecer a aplicação da lei a também esse público¹³. A decisão foi proferida no sentido de se reconhecer o transgênero como apto a receber a proteção legal da Lei Maria da Penha. A justificativa que permite a correlação entre a violência sofrida pela pessoa de sexo feminino e a de gênero feminino somente é justamente baseada na ideia de que a violência ocorre em decorrência do gênero a que pertencem. Ou seja, as agressões existem justamente pela condição social que essas se encontram, sendo o gênero determinante para tal.

Explica Meneghel Guimarães: “há uma desvalorização do feminino, considerado subalterno e inferior, havendo rancor misógino frente às características femininas que as travestis ostentam”.¹⁴

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004*. Relator Juiz André Luiz Nicolitt. São Gonçalo, data de julgamento: 26/5/2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-tambem-protecte-mulher.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹³ Poderia se questionar o reconhecimento da vítima como mulher somente por causa da realização da cirurgia de transgenitalização, posto que retiraria o órgão masculino do corpo e, por isso, se assemelharia ao corpo feminino. Entretanto, a jurisprudência, como explícito adiante, não reconhece a condição da cirurgia como causa identificadora do gênero a qual o indivíduo pertence. Ou seja, a retirada do órgão masculino não poderia servir de parâmetro para a aplicabilidade ou inaplicabilidade da lei.

¹⁴ GUIMARÃES, Cristian Fabiano; MENEGHEL, Stela Nazareth. *Assassinatos de Travestis e Transexuais no Rio Grande do Sul: crimes pautados em gênero?*, p.223. Disponível em: < <https://www.academia.edu/21080709>

Diante dessa realidade em que se reconhece a mulher biológica e a social no mesmo nicho de vulnerabilidade, de opressão e de dominação nas relações afetivas ou familiares é que se sustenta a possibilidade da lei para ambas. Nesse sentido, portanto, a jurisprudência vêm admitindo a identidade social como apta a reconhecer a proteção destinada aos indivíduos englobados pela Lei Maria da Penha, sendo eles mulher do sexo feminino, ou do gênero, como as transexuais e travestis.

Ilustra a discussão a decisão do processo julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 2018¹⁵, que reconheceu a aplicação da Lei Maria da Penha e medidas protetivas a uma mulher transexual vítima de ameaças e lesões praticadas pelo seu namorado da época.

Cumprе ressaltar que, apesar dos exemplos trazidos de aceitação jurisprudencial aos casos de transexuais protegidas pela Lei Maria da Penha, a questão não é pacífica. Fato é que, ainda que minoritário, alguns juristas e doutrinadores sustentam a inaplicabilidade da lei específica a esses sujeitos. E quando juízes entendem dessa forma, os processos são redistribuídos para a Vara Criminal, de modo afastar completamente a possibilidade de garantir as tutelas consagradas na Lei.¹⁶

As justificativas que levam a alguns juízes entenderem pela impossibilidade de aplicação da lei decorrem do fato de que essa vulnerabilidade sofrida pela mulher decorre de elementos biológicos¹⁷, o que não é consoante com própria terminologia empregada na lei nem com o papel social que desempenham.

Majoritariamente, entretanto, argumenta-se no sentido já exposto, ou seja, pela aplicação da lei aos transgêneros. Os Tribunais justificam esse posicionamento com base no que bem argumenta o Desembargador George Lopes no caso do Distrito Federal¹⁸:

/Assassinatos_de_travestis_e_transexuais_no_Rio_Grande_do_Sul_crimes_pautados_em_g%C3%AAnero>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão nº 1089057*. Relator Des. GEORGE LOPES, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 5/4/2018, publicado no DJe: 20/4/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5191563&num_registro=200801853034&data=20090511&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹⁶ O caso acima mencionado é um exemplo disso. Em primeira instância o juiz entendeu não se tratar de hipótese de aplicação da Lei Maria da Penha, e, portanto, não ser de competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher e remeteu para a Vara Criminal. Ao recorrer a decisão foi reformada no sentido de reconhecer a competência do Juizado e a aplicabilidade da lei.

¹⁷ Defendem que o texto normativo surgiu decorrente da fragilidade física da mulher quando comparada com o homem. Ou seja, restringe a aplicação da lei por um critério de força, em que o transexual nascido no sexo masculino não deteria tal vulnerabilidade. Quando, na verdade, a leitura da lei deveria ser no sentido de reconhecer além do critério físico, os aspectos históricos e culturais que fragilizam o gênero feminino.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão nº 1089057*. Relator Des. GEORGE LOPES, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 5/4/2018, publicado no DJe: 20/4/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5191563&num_registro=200801853034&data=20090511&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 jul. 2019.

O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual (sic), 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. (...) Negar incidência da Lei Maria da Penha, nesta hipótese, é observar a dupla fragilidade da vítima - por ser mulher e por ser transgênero - sem garantir-lhe qualquer forma especial de tutela.

Conforme o exposto, percebe-se que a jurisprudência de forma ampla entende pelo reconhecimento das mulheres transgêneros como legítimas a figurar no polo passivo de processo de violência doméstica e familiar com aplicação da Lei Maria da Penha. Entretanto, há de se reconhecer que não há um entendimento único, pacífico, adotado pela jurisprudência.

A consequência dessa divergência é o afastamento do princípio da segurança jurídica, visto que casos semelhantes, com indivíduos em situações iguais, podem ser decididos de forma antagônica. Ao contemplar a insegurança, isto é, não sendo estabelecido um padrão de julgamento aos casos iguais, a sociedade vive à margem de incerteza. Incerteza que viola diretamente direitos fundamentais necessário à garantia da dignidade da pessoa humana.

Extrai-se do princípio da segurança jurídica a possibilidade de estabilidade das decisões e de confiança legítima, em que se permite saber minimamente qual a postura é adotada pelo Estado.

Consoante a isso, tem-se violação ao princípio da isonomia, que pressupõe que pessoas em condições iguais recebam o mesmo tratamento, previsto na Constituição Federal¹⁹.

Resta evidente, portanto, a necessidade dos Tribunais Superiores em firmar uma decisão com efeito vinculante a respeito do tema. Para que sanar a controvérsia apresentada, de modo que os demais tribunais passem a seguir a orientação por eles precedida, os Tribunais possuem instrumentos para uniformização de sua jurisprudência, permitindo alcançar e garantir a segurança jurídica, a proteção à confiança e isonomia.²⁰

¹⁹ BRASIL. op. cit., nota 7. Art. 5º, I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano 2019, nº 141, mai. 2019.

3. ANÁLISE DA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS PARA GARANTIR O COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER TRANSGÊNERO

Se a pretensão da Lei Maria da Penha é resguardar quem exerce o papel social de mulher, seja biológica ou de gênero, conforme a terminologia empregada no art. 1º e 5º²¹, a jurisprudência tem caminhado nesse sentido. Isto é, afirmativamente, as decisões judiciais veem promovendo socialmente a proteção isonômica de quem se considera e enxerga como mulher.

Dessa forma, da lei extrai-se uma interpretação extensiva para abraçar também o seguimento social de mulheres que biologicamente não nasceram em corpo feminino, aliando-se ao princípio corolário da dignidade da pessoa humana, as quais também buscam amparo e necessitam da tutela da lei pela mesma situação de vulnerabilidade em que se encontram.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) alertou que o Brasil registrou 60.018 estupros e 221.238 crimes enquadrados na Lei Maria da Penha ao longo de 2017. O número de estupros apresenta um crescimento de 8,4% em relação a 2016. Nos 12 meses do ano passado, foram registrados 4.539 homicídios de mulheres (alta de 6,1% em relação a 2016), dos quais 1.133 foram considerados feminicídio pela polícia. Por definição da lei, o crime é assim classificado quando ocorre em situação de violência doméstica e familiar ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher²².

Conforme demonstra a pesquisa da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 2018 sobre a violência contra mulheres, o Brasil ocupa a 5ª posição no ranking mundial de feminicídio²³, o que demonstra a importância do tema, vez que a Lei é de 2006 e tais dados são posteriores a ela. Na pesquisa consta que o Brasil possui uma taxa de 4,8 homicídios de mulheres em grupos de 100 mil habitantes²⁴.

²¹ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

²² BRASIL. Ministério Público do Rio de Janeiro. *Feminicídio: análise, controvérsias e efetividade da responsabilidade penal*, 2018, Rio de Janeiro. Ministério Público do Rio de Janeiro, evento realizado em 10 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/64205>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

²³ Os dados emitidos através de pesquisas da OMS acerca da violência contra as mulheres estão disponíveis através de endereço eletrônico. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>> Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁴ BRASIL. Nações Unidas Brasil. *ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

Não obstante mostrar o elevado número de feminicídio ocorridos no Brasil por meio dos dados disponibilizados pela OMS e pelo MPRJ, as estatísticas de mortes de travestis e transexuais são alarmantes. Segundo um estudo da ONG Transgender Europe, o Brasil lidera o número de homicídios de travestis e transexuais no mundo, com quatro vezes mais registros que o segundo colocado no ranking²⁵.

A partir dessa discussão a respeito da possibilidade de aplicação da lei às mulheres socialmente reconhecidas como tal e da necessidade de proteção é que atualmente tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei nº 8.032/2014²⁶, destinado especificamente as minorias desse gênero. Visa-se, por meio desse projeto de lei, estabelecer legalmente a ampliação da proteção da Lei Maria da Penha aos transexuais e transgêneros que se identificam como mulher.

O projeto tem a finalidade de ampliar o escopo da lei, alterando o art. 5º da legislação citada, de modo a incluir por extenso um parágrafo que especifique a aplicação da norma às pessoas transexuais e transgêneros que se identificam como mulher.

Cumprido ressaltar que, apesar de que em tese a terminologia empregada na lei já mostrar possível essa aplicação a discussão não foi encerrada, de modo que uma alteração legislativa que possibilitasse a mudança da nomenclatura implícita utilizada para uma que explicitamente inclui mulheres transexuais encerraria a polêmica. Dessa forma, para efetivação de uma proteção mais incisiva independente, por hora, de uma decisão vinculante dos Tribunais Superiores sobre o tema a lei poderia sanar o debate com um rol taxativo definindo quem são as mulheres as quais a lei se refere.

Poderia se questionar a necessidade da tutela legal da alteração legislativa que inclui de forma incisiva a mulher social na pauta, visto que a jurisprudência majoritária vem reconhecendo o direito de aplicabilidade da Lei Maria da Penha, e a princípio, mostraria a desnecessidade da norma para tutelar o tema. Contudo, mostra-se a seguir exatamente o contrário.

Como dito, a segurança jurídica é um princípio fundamental para assegurar que casos semelhantes sejam decididos de forma igual e recebam a mesma tutela do Estado. Com o intuito de padronizar, sem discussão, através da desnecessidade de análise do juiz do caso

²⁵ FORUM. *Lei Maria da Penha poderá proteger transexuais e transgêneros*. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/lei-maria-da-penha-podera-protoger-transexuais-e-transgeneros/>> Acesso em: 14 abr. 2018.

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.032/2014*, de 28 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

concreto a respeito da aplicabilidade da Lei Maria da Penha a esses casos é que se mostra relevante o esclarecimento trazido no projeto de lei.

Assim, teria-se uma aplicação automática da lei, sem espaço para discricionariedade do magistrado, trazendo a máxima do princípio da segurança jurídica. Isso porque, o juiz é vinculado à lei, não podendo se eximir do que a lei determina, se ela permite a aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos transgêneros, não será de seu cunho decisório essa análise²⁷.

Diante dos fatos apresentados é evidente a necessidade de proteção da mulher social sem sexo feminino tal como a mulher de gênero e sexo feminino. E, ao fornecer a proteção ao primeiro, não se desqualifica a proteção trazida ao segundo. Em paralelo, se reconhece e incorpora a proteção da Lei Maria da Penha a tutela de ambos, sem a diminuição de direito algum.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a necessidade de garantir e resguardar os direitos fundamentais das mulheres transgêneros, tais como a vida, a igualdade e a segurança. Mostra-se evidente ao longo do trabalho que é cada vez mais frequente os casos de agressões e violência a essas em razão de sua condição social. Discutiu-se, portanto, a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha, destinada à proteção das mulheres vítimas de violência, às transgêneros, por meio de uma análise técnica da própria lei e sua aplicabilidade pelos magistrados.

Diante dessa realidade em que se reconhece a mulher biológica e a social no mesmo nicho de vulnerabilidade, de opressão e de dominação nas relações afetivas ou familiares é que se justifica, principalmente, a possibilidade de aplicação da lei para ambas. Nesse sentido, portanto, é que se admite a identidade social como suficiente ao ensejo a proteção do Estado na forma da Lei Maria da Penha.

Em uma análise técnica concluiu-se que o emprego da terminologia gênero na lei, em conformidade com a abrangência que esse traduz, por si só destina também a esse grupo de mulheres a legislação. Ou seja, a escolha pelo termo gênero permite incluir à tutela normativa as mulheres biológicas, como também, as mulheres transgêneros, sem exclusão ou restrição de direitos de qualquer uma delas, visto que a lei não as trata de forma diferente.

²⁷ Havendo previsão legal sobre a questão o magistrado não poderá deixar de aplicar a lei dentro da hipótese prevista pelo legislador. Tão verdade é que a vinculação do juiz com o texto normativo independe da arguição das partes do dispositivo, devendo aplicar até mesmo se os litigantes se mostrarem silentes quanto ao conteúdo.

Muito embora a possibilidade de amparo legal dos direitos dos transgêneros trazidos pela citada lei direcionam uma tutela mais específica é evidente que a violência por esses sofridas não se esgota dessa forma, haja vista o número discrepante de registros de agressões contra a mulher biológica, que recebe a proteção da lei desde a sua edição. Por outro lado, permitir a inclusão desses no texto normativo além de conceder a efetivação positiva do direito, proporciona a aplicação de medidas protetivas que visam a evitar uma possível tragédia irreversível até que se analise devidamente o processo e se obtenha o trânsito em julgado.

Não obstante a existência da palavra gênero como suficiente para incluir transgêneros no rol dos tutelados pela lei, foi realizada análise a respeito de possível alteração legislativa para encerrar o fato de forma mais explícita e, desse modo, sanar eventuais questionamentos futuros dessa possibilidade. Assim, permitiu-se considerar um rol taxativo na legislação que determinasse as mulheres merecedoras do amparo legal específico.

No que tange à aplicabilidade da lei na esfera judiciária, tem-se turbulenta discussão que não restou pacificada. Ainda que a quase totalidade dos entendimentos sejam no sentido de acolhimento do transgênero à Lei Maria da Penha, uma decisão vinculante dos Tribunais Superiores serviria como reafirmação desse direito e, de plano, tornaria mais eficaz e rápida a proteção de quem necessita do auxílio judicial.

E mais, uma decisão vinculante reafirma a concretude da segurança jurídica como valor fundamental estabelecido no Estado Democrático de Direito. Além de assentir maior confiabilidade no poder judiciário para julgar, vez que casos semelhantes recebem decisões parecidas, desperta coragem para as vítimas de violência enfrentarem a situação e denunciarem a situação inadmissível que se encontram, pois saberão que receberam o suporte judiciário.

Pode-se dizer que cumulativamente a alteração legal que determina o esclarecimento do termo empregado na lei como apto a proteger as mulheres transgêneros com o reforço dos Tribunais Superiores classificando quem seriam essas encerraria a discussão. Isso porque, ainda que separadamente uma ou outra das soluções apresentadas possam resolver em parte a problemática, não esgotam o assunto.

A alteração legislativa por si só poderia permitir que alguns magistrados fizessem um juízo de valor acerca de quem seriam os transgêneros abarcados pela lei, como por exemplo, somente aqueles que se submeteram a cirurgia de alteração de sexo, o que excluiria a proteção de tantos outros indivíduos que gozariam dessa premissa. Por outro lado, o entendimento da

Corte poderia transmutar de acordo com a mudança do corpo de Ministro que integram os Tribunais Superiores. Além do que, em ambos os casos os juízes de piso poderiam afastar a aplicabilidade da norma ou do entendimento por considerar inconstitucional.

Dessa maneira a legislação deixando a tutela mais evidente e o reforço imprimido pelo Tribunal dificultariam a inaplicabilidade da lei nos casos em tela, promovendo maior efetividade ao cumprimento dos direitos pertencentes a esse grupo social.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3A7ao.htm> Acesso em: 25 set. 2018.

_____. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. Ministério Público do Rio de Janeiro. *Feminicídio: análise, controvérsias e efetividade da responsabilidade penal*, 2018, Rio de Janeiro. Ministério Público do Rio de Janeiro, evento realizado em 10 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/64205>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.032/2014*, de 28 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 277561*. Relator: Jorge Mussi. Alagoas, 6/11/2014. Disponível em <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudencia-emteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 250435*. Relator: Laurita Vaz. Rio de Janeiro, 19/9/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudencia-emteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20%20Lei%20Maria%20da%20Penha.p-df>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 181246*. Relator: Sebastião Reis Júnior, . Rio Grande do Sul, 20/08/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão nº 1089057*. Relator Des. GEORGE LOPES, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 5/4/2018, publicado no DJe: 20/4/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004*. Relator Juiz André Luiz Nicolitt. São Gonçalo, data de julgamento: 26/5/2017.

CERQUEIRA, Amanda P. Coutinho. *Reflexões sobre a abrangência da Lei nº 11.340/2006 e seu conseqüente potencial da efetividade em busca da constitucionalização do Direito Penal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6410>. Acesso em: 13 mar. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Violência doméstica e as uniões homoafetivas*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uplods/35_viol%EAncia_dom%E9stica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano 2019, nº 141, mai. 2019.

FERRACINI NETO, Ricardo. *A violência doméstica contra a mulher e a transversalidade de gênero*. São Paulo: Juspodium, 2018.

STREIT, Maíra. *Lei Maria da Penha poderá proteger transexuais e transgêneros*. 23/1/2015. Disponível em: <www.revistaforum.com.br/lei-maria-da-penha-podera-protoger-transexuais-e-transgeneros>. Acesso em: 07 mai. 2019.

ONU. *Taxa de feminicídio no Brasil é quinta maior do mundo*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscamsolucao/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.