

A (IN)APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA ÀS MULHERES TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS

Laura Dornellas¹

Leandro Abdalla Ferrer²

RESUMO

O presente artigo científico pretende demonstrar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha com ênfase nas mulheres transgêneros e transexuais vítimas de agressões provocadas no âmbito doméstico e familiar. A Lei 11.340/2006, que foi criada após uma luta cravada durante anos entre Maria da Penha Maia Fernandes e o Estado brasileiro, estabelece diversas medidas protetivas que tendem à proteger a vítima de agressão. Todavia, questiona-se a aplicabilidade do diploma legal às mulheres transgêneros e transexuais frente ao princípio da legalidade e a função de garante do Estado e a necessidade de uma adequação legislativa à dinâmica social.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Mulheres transgêneros e transexuais. Princípio da legalidade. Adequação legislativa.

ABSTRACT

This scientific paper intends to demonstrate the applicability of the Maria da Penha Law with emphasis on transgender and transsexual women victims of domestic and family violence. Law 11,340 / 2006, which was created after a struggle between Maria da Penha Maia Fernandes and the Brazilian State, establishes several protective measures that tend to protect the victim of aggression. However, the applicability of the legal diploma to transgender and transgender women is questioned against the principle of legality and the role of guarantor of the State and the need for a legislative adaptation to the social dynamics.

Keywords: Maria da Penha Law. Transgender and Transgender Women. Principle of legality. Adjustment of the law.

¹ Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade IBRA. Especialista em Direito Penal pela Faculdade IBRA. Pós-Graduanda em Direito Público pelo Instituto Elpídio Donizetti. Advogada. E-mail: ldornellas96@gmail.com.

² Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Elpídio Donizetti. Especialista em Direito Processual Aplicado pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Castelo Branco. Sócio do Escritório Ferrer, Aon e Vianna Sociedade de Advogados. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de São Lourenço. Presidente da Comissão de Estágio e Assuntos Estudantis da 19ª Subseção da OAB/MG. E-mail: npj@faculdadesaolourenco.com.br.

1. INTRODUÇÃO

Que a sociedade está em constante processo de mutação, é fato. Para muitos, esse processo é avanço, reconhecimento, liberdade. Para outros tantos, mostra-se como um retrocesso e, por muitas das vezes, um quebra dos valores morais construídos ao longo dos anos.

Com efeito, a legislação nunca é perpétua. A ideia do *jus naturalismo*, cujo teor previa que o direito é imutável e não corresponde às vontades humanas e sim a uma liberalidade divina, dada a necessidade de constantes adequações da legislação para que o bem social seja alcançado.

Ante tais alterações, temos a constante mudança na legislação e na falta de uma legislação que positivasse um determinado assunto, o judiciário se depara com a contínua necessidade de recorrer a fontes secundárias do direito, tais como costumes e analogia para que uma demanda seja solucionada.

No entanto, tais fontes não podem ser aplicadas no âmbito do Direito, tanto material, quanto processual Penal, dada a relevância do princípio da legalidade.

Nesse sentido, questiona-se a aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres transgêneras e transexuais, posto que o referido diploma legal não positivava tal possibilidade.

A Lei Maria da Penha, atualmente, é considerada como um avanço que materializa a proteção das mulheres, que recai sobre o ambiente doméstico e familiar.

Apesar da sua relevância e ampla utilização, o nascedouro das garantias estabelecidas pela lei se deu após uma grave e contínua violação à dignidade da pessoa humana. Foram necessários anos para que Maria da Penha tivesse a sua proteção garantida pelo Estado brasileiro, anos esses que lhe causaram tanto danos psicológicos quanto danos físicos irreversíveis.

A referida legislação demonstra certa inércia por parte do poder estatal, mesmo quando o assunto é a garantia dos direitos fundamentais, posto que sua criação nasce de uma condenação pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos.

Desse modo, é fácil identificar a vulnerabilidade dos indivíduos na busca pela garantia de seus direitos, principalmente quando se trata das minorias.

O presente artigo questiona a possibilidade da aplicação das medidas garantidas pela Lei Maria da Penha à vítima mulher transexual, explanando, num primeiro momento, o surgimento do termo “gênero” e sua diferenciação do conceito de sexo, quais são as condições que devem ser analisadas para que um indivíduo seja considerado transgênero e qual a diferença entre transgênero e transexual.

2. SEXO, GÊNERO, TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS

Sexo e gênero não são termos sinônimos. O termo *sexo* pode ser entendido como a reunião de aspectos físicos e funcionais, são os dados biológicos que distribuem os indivíduos em dois grupos: machos e fêmeas. De acordo com Bourdieu:

A divisão entre os sexos parece estar na ordem das coisas [...] ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado [...] em todo o mundo social, e em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação (BOURDIEU, 1999, p. 17).

Por seu turno, o termo *gênero* é definido como uma convicção que exclui o fator biológico, sendo considerado como algo contestável e não vinculado a uma imposição física, criada a partir de valores intrínsecos ao indivíduo, uma condição pessoal. Nas palavras de Butler:

Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado ‘sexo’ seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma (BUTLER, 2003, p. 25).

Colapinto (2000) indica que o termo *gênero*, que se tornou relevante à partir das teorias acerca da neutralidade de gênero, desenvolvida pelo psicólogo John Money, que afirmava que gênero era uma criação, algo que poderia ser construído até os dois anos de idade.

No entanto, o marco para os estudos de gênero, se deu com a publicação do artigo *Gênero: uma categoria útil de análise histórica* (1995), pela historiadora estadunidense Joan Scott, que se tornou célebre por desconstruir vícios do pensamento ocidental, como a oposição trazida como universal e atemporal entre homem e mulher.

Por sua vez, o termo transexual é um conceito relativamente novo. Conforme apontam Oliveira e Grossi:

[...] até a segunda metade do século XX o conceito de transexual não existia, pois, nessa época, dos estudos efetivados por Richard Von Krafft-Ebing, uma referência se destaca. O caso de um homem nascido na Hungria que, após a adolescência, passa a se sentir e viver como mulher – e, assim, acredita que é – torna-se uma referência, sendo a mais antiga sobre o tema, numa narração autobiográfica (OLIVEIRA; GROSSI, 2014).

No entanto, nota-se uma tendência na medicalização e patologização da transexualidade.

Nesse sentido, *transexualismo* é termo usado pela Organização Mundial de Saúde, no documento Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID-10, que o classifica como uma doença, um *transtorno mental* de ordem sexual (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 1992).

Por sua vez, o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, DSM-IV (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA, 1994), trata o tema como *transtorno da identidade de gênero* e pode ser definido por alguns critérios, conforme indica Aran:

Deve haver evidências de uma forte e persistente identificação com o gênero oposto, que consiste do desejo de ser, ou a insistência do indivíduo de que ele é do sexo oposto (Critério A). Esta identificação com o gênero oposto não deve refletir um mero desejo de quaisquer vantagens culturais percebidas por ser do outro sexo. Também deve haver evidências de um desconforto persistente com o próprio sexo atribuído ou uma sensação de inadequação no papel de gênero deste sexo (Critério B). Para que este diagnóstico seja feito, deve haver evidências de sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo (Critério D) (ARÁN, 2006, p. 54).

Por seu turno, os critérios para a constatação do transexualismo encontram-se na Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina. Tal norma prevê que, obrigatoriamente, deve haver o desconforto com o sexo anatômico natural; o desejo expresso de eliminar os genitais, a fim que obter as características primárias e secundárias do sexo oposto; a permanência de tais distúrbios por um período mínimo de dois anos e a ausência de transtornos mentais (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

Ou seja, como apontam Ávila e Grossi (2010, p. 3), a transexualidade “se fundamenta na não concordância entre o sexo biológico e o gênero pelo qual uma pessoa deseja ser reconhecida socialmente”.

Apontam as autoras que o termo *transgênero* “[...] se refere a uma pessoa que sente que ele ou ela pertence ao gênero oposto, ou pertence a ambos ou nenhum dos sexos tradicionais, incluindo travestis, transexuais, intersexuais, Drag Queens e Drag Kings” (ÁVILA; GROSSI, 2010, p. 2).

3. A LEI MARIA DA PENHA

Antes de ser vista como conquista e garantia, a Lei 11.340/06 deve ser vista como resultado de uma luta cravada entre o medo sobreposto por uma coragem fantástica da vítima e a indiferença estatal.

A referida Lei é consequência de uma condenação sofrida pelo Brasil, fundada na negligência, omissão e tolerância à violência doméstica sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica que, por 23 anos, foi agredida psicologicamente e fisicamente por seu cônjuge, Marco Antônio Heredia Viveiros.

A farmacêutica de apenas 23 anos convivia com o comportamento agressivo de seu então marido há anos e por temer que Marco Antônio se voltasse contra suas filhas, decidiu calar-se e sufocar a dor da opressão e peso de ter sido humilhada num intuito de proteção daquelas que amava.

O agressões chegaram ao seu auge no momento da primeira tentativa de homicídio. A própria Maria da Penha descreve a violência sofrida:

Acordei de repente com um forte estampido dentro do quarto. Abri os olhos. Não vi ninguém. Tentei mexer-me, mas não consegui. Imediatamente fechei os olhos e um só pensamento me ocorreu: “Meu Deus, o Marco me matou com um tiro”. Um gosto estranho de metal se fez sentir, forte, na minha boca, enquanto um borbulhamento nas minhas costas me deixou ainda mais assustada. Isso me fez permanecer com os olhos fechados, fingindo-me de morta, pois temia que Marco me desse um segundo tiro (FERNANDES, 2010, p. 36).

Em 1983, Maria da Penha foi vítima de um disparo de arma de fogo por parte de seu marido que, na tentativa de matá-la, acabou por deixá-la paraplégica, além dos tantos outros traumas psicológicos. Sobre o ocorrido, Fernandes relembra que:

Quando retomei a consciência, senti uma inusitada e fortíssima dor nos braços. Era uma dor fina, muito aguda e contínua, provavelmente devida à lesão radicular provocada pelos fragmentos de chumbo. Insistia para que me cobrissem, pois sentia muito frio. Minha incapacidade para fazer qualquer movimento, por menor que fosse, continua total. Impacientavam-me todos os cuidados a mim dedicados. A imobilidade aguçava meus sentimentos e me irritava, mesmo quando carinhosamente acomodavam minhas mãos, braços ou cabeça. Teimava em pedir que desdobrassem minhas pernas, quando na realidade elas se encontravam estiradas sobre a cama, inertes (FERNANDES, 2010, p. 40).

Não obstante, o agressor, insatisfeito com a paraplegia e da ânsia de obter o resultado morte, por ele tão almejado, posteriormente tentou eletrocutá-la no chuveiro. Nesse sentido, de acordo com o Relatório nº 54/01, relativo ao Caso 12.051:

Os peticionários indicam que o temperamento do Senhor Heredia Viveiros era agressivo e violento e que ele agredia sua esposa e suas filhas durante o tempo que durou sua relação matrimonial, situação que, segundo a vítima, chegou a ser insuportável, pois não se atrevia, por temor, a tomar a iniciativa de separar-se. Sustenta ela que o esposo procurou encobrir a agressão alegando ter havido uma tentativa de roubo e agressão por parte de ladrões que teriam fugido. Duas semanas depois de a Senhora Fernandes regressar do hospital, e estando ela em recuperação, pela agressão homicida de 29 de maio de 1983, sofreu um segundo atentado contra sua vida por parte do Senhor Heredia Viveiros, que teria procurado eletrocutá-la enquanto se

banhava. Nesse ponto, decidiu separar-se dele judicialmente. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000).

Apesar da denúncia, oferecida em 28 de setembro de 1984 perante a 1ª. Vara Criminal de Fortaleza no Estado do Ceará, manteve-se inerte o Estado Brasileiro, estando o autor da agressão respondendo em liberdade. Tal displicência amedrontava Maria da Penha, que temia pela prescrição do crime e uma conseqüente impunidade. O Relatório nº 54/01 ainda narra a lentidão judiciária no julgamento do caso:

Os peticionários observam que, apesar da contundência da acusação e das provas, o caso tardou oito anos a chegar a decisão por um Júri, que em 4 de maio de 1991, proferiu sentença condenatória contra o Senhor Viveiros, aplicando-lhe, por seu grau de culpabilidade na agressão e tentativa de homicídio, 15 anos de prisão, que foram reduzidos a dez anos, por não constar condenação anterior.

Com efeito, após a condenação, o agressor apresentou recurso de apelação e passados três anos, o Tribunal dá provimento ao recurso e por consequência, uma nova sessão de Júri é instaurada. Após a condenação, novamente um recurso de apelação é interposto e no ano 1997 o agressor ainda não havia sido condenado por sentença transitada em julgado.

A desídia estatal e o flagrante desinteresse à proteção da dignidade da pessoa humana gerava uma sensação de impunidade, um verdadeiro descaso frente à tamanha violência, o que alimentou ânsia por uma alteração legislativa que amparasse a vítima da agressão. Nesse perspectiva aponta o Relatório nº 54/01:

Alegam os peticionários que, na data da petição, a justiça brasileira havia tardado mais de 15 anos sem chegar à condenação definitiva do ex-esposo da Senhora Fernandes, que se mantivera em liberdade durante todo esse tempo, apesar da gravidade da acusação e das numerosas provas contra ele e apesar da gravidade dos delitos cometidos contra a Senhora Fernandes. Desse modo, o Poder Judiciário do Ceará e o Estado brasileiro agiram de maneira ineficaz deixando de conduzir o processo judicial de maneira rápida e eficiente, com isso criando alto risco de impunidade, uma vez que a punição neste caso prescreve depois de transcorridos 20 anos do fato, o que não demora a ocorrer. Sustentam que o Estado brasileiro devia ter tido por principal objetivo a reparação das violações sofridas por Maria da Penha, assegurando-lhe um processo justo num prazo razoável (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000).

Ante tal inércia, numa franca afronta aos direitos humanos e desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, Maria da Penha, juntamente com o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino - Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)

formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. De acordo com Porto:

[...] a corajosa atitude de haver recorrido a uma Corte Internacional de Justiça transformou o caso da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes em acontecimento emblemático, pelo que se configurou baluarte do movimento feminista na luta por uma legislação penal mais rigorosa na repressão os delitos que envolvessem as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. (PORTO, 2006)

A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, por sua vez, frente à morosidade brasileira em processar o crime truculento cometido contra Maria da Penha entendeu que:

A impunidade que gozou e ainda goza o agressor e ex-esposo da Senhora Fernandes é contrária à obrigação internacional voluntariamente assumida por parte do Estado de ratificar a Convenção de Belém do Pará. A falta de julgamento e condenação do responsável nessas circunstâncias constitui um ato de tolerância, por parte do Estado, da violência que Maria da Penha sofreu, e essa omissão dos tribunais de justiça brasileiros agrava as conseqüências diretas das agressões sofridas pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes. Além disso, como foi demonstrado anteriormente, essa tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas uma pauta sistemática. Trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000).

Sob tal entendimento, a Comissão Interamericana recomendou que o Estado Brasileiro completasse o processo penal instaurado em face de Heredia, a fim que o crime não prescrevesse e o agressor fosse punido; que procedesse com investigação a fim de esclarecer o motivo pelo qual tantos anos foram necessários para que houvesse a punição; que reparasse, se maneira simbólica a material a vítima, ante a sua inércia; e uma série de medidas para que a tolerância estatal não volte a ocorrer, quais sejam:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
- e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará,

bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000).

Apesar da implementação de tais medidas e da criação da Lei 11.340/06, amplamente conhecida como Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher alcança índices exorbitantes, dada a submissão e o estado de inferioridade a que muitas mulheres ainda estão sujeitas. Conforme apontam Saleh e Saleh (2012, p.4), tal violência se mostra como uma afronta aos direitos humanos de origem histórica, efeito de uma cultura patriarcal: “A violência doméstica surge de uma relação de desigualdade entre homens e mulheres, a qual impõe à mulher a obediência e submissão ao homem, numa situação de inferioridade, [...] terreno fértil à afronta ao direito à liberdade”.

Ainda hoje, mesmo com a ascensão da Lei Maria da Penha, nos deparamos com situações em que a mulher é tratada como objeto, propriedade, tratamento esse que é fruto de aspectos históricos e sociais que rondam o gênero feminino. Nesse sentido, Gerhard afirma que:

Na maior parte da história da humanidade, o patriarcado foi irrefutadamente aceito por todos e legalizado com o embasamento nos papéis de gênero diferenciado, nas aptidões associadas a cada um deles e em um fracionamento entre o ambiente público e o ambiente privado. (GERHARD, 2014, p. 62)

A conduta tirana e ofensiva do agressor acaba por criar um ciclo de violência que, por sua vez, tem como consequência o distanciamento da mulher da sociedade e a maior dificuldade de buscar maneiras para que a agressão seja cessada. Conforme Dias:

O ciclo da violência é perverso. Primeiro vem o silêncio seguido da indiferença. Depois surgem as reclamações, reprimendas, reprovações e começam os castigos e as punições. Os gritos transformam-se em empurrões, tapas, socos, pontapés, num crescer sem fim. As agressões não se cingem à pessoa da família, o varão destrói seus objetos de estimação, a humilha diante dos filhos. Sabe que estes são os seus pontos fracos e os usa como massa de manobra, ameaçando maltratá-los (DIAS, 2007, p. 18).

Diante da condenação da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 11.340/06 busca coibir a violência doméstica, trazendo no bojo do seu artigo 2º que a toda mulher serão assegurados os direitos fundamentais.

Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006).

Nesse âmbito, tem-se que taxativamente que a orientação sexual não obsta a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, permitindo que mesmo em relações homoafetivas a legislação seja aplicada e que no âmbito doméstico, outra mulher, além da vítima, possa figurar como autora.

A parceira da vítima, quando ambas mantêm uma união homoafetivas (art.5º, parágrafo único), também responde pela prática de violência de âmbito familiar. Os conflitos entre mães e filhas, assim como os desentendimentos entre irmãs está ao abrigo da Lei Maria da Penha quando flagrado que a agressão tem motivação de ordem familiar (DIAS, 2007, p. 41).

Lado outro, quando o Judiciário depara com uma agressão cuja vítima é uma mulher transgênero ou até mesmo transexual, vários são os questionamentos quanto a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, posto que não há cominação legal expressa para tanto e o sentido literal da lei não dá abrangência a questões de gênero. Alguns doutrinadores, por sua vez, dão uma extensão maior à aplicabilidade do referido diploma legal. Luiz Flávio Gomes entende que:

Parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc.) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito.

A legalidade como sendo um princípio basilar para o direito material penal, bem como para o processo penal, determina que a atividade legislativa deve ser certa e determinante, evitando-se desse modo lacunas na lei que abram brechas para o Estado possa punir de forma indiscriminada, posto que a função do direito penal, em seu bojo, é justamente a limitação do poder punitivo do estado. Reputa Canotilho que:

O conceito de lei é praticamente inseparável da sua dimensão material; leis verdadeiras são leis boas e justas das no sentido do bem comum. A lei só pode ser determinada em relação ao justo (igual), dirá Aristóteles na *Ética a Nicómano*; a soberania da lei equivale à soberania de deus e da razão; 'é a inteligência sem paixões', escreverá ainda o mesmo autor em *A Política*. A lei é 'a *ratio*, ínsita na natureza', opinará Cícero (CANOTILHO, 1998, p. 623).

É com base no referido princípio que se questiona a aplicabilidade da lei Maria da Penha no âmbito das discussões nas quais, como vítima, figure uma mulher transgênero ou transexual.

De acordo com os ensinamentos de Mirabete, para que a Lei Maria da Penha possa ser aplicada, é indispensável à utilização do termo gênero, vejamos:

Nos termos da Lei nº 11.340, de 7-8-2006, configura violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer forma de violência, por ação ou omissão, baseada no gênero e praticada no âmbito familiar, do convívio doméstico ou de relação íntima de afeto, atual ou pretérita, ainda que ausente a coabitação, que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (art.5º e 7º) (MIRABETE, 2007, p.90).

Nesse sentido, Cunha preconiza que além do gênero e do elemento formal, qual seja, a violência faz-se necessário também o elemento espacial para que o referido diploma possa alcançar a sua aplicabilidade:

De acordo com a Lei 11.340/2006 (art. 5º), entende-se por violência doméstica e familiar toda a espécie de agressão (ação ou omissão) dirigida contra a mulher (vítima certa) num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade) baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (CUNHA, 2007, p. 23).

A Lei 11.340/2006 visa combater todos os tipos de violência doméstica, elencando, em seu artigo 7º, algumas de suas espécies, quais sejam, física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Conforme Cunha, a violência física, disposta no art. 7º, I, da Lei 11.340/2006, comporta a seguinte definição:

Violência física é o uso da força, mediante socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objeto, queimaduras, etc, visando desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis*. (CUNHA, 2007, p.37).

Dentro desses limites, o fato da lesão ser culposa não obsta a existência de violência doméstica e, por mais que a lesão não seja aparente, ela também poderá ser configurada como violência.

A violência psicológica, por sua vez, está prevista no art. 7º, II, do mesmo diploma legal, que a conceitua como:

[...] qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; [...] (BRASIL, 2006).

Já a violência sexual, prevista no art. 7º, III, da Lei Maria da Penha, para Dias, se encaixa perfeitamente no conceito de violência contra os costumes, dada suas características e a essa espécie, será aplicada a Lei Maria da Penha quando ela for cometida no âmbito doméstico e familiar:

Os delitos equivocadamente chamados de “contra os costumes” constituem, às claras, violência sexual. Quem obriga uma mulher a manter relação sexual não desejada pratica crime sexual de estupro. Também os outros crimes contra a liberdade sexual configuram violência sexual quando praticados contra a mulher: atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, assédio sexual e corrupção de menores. Todos esses delitos, se cometidos no âmbito das relações domésticas, familiares e de afeto constituem violência doméstica, e o agente submete-se à Lei Maria da Penha. (DIAS, 2007, p.50-51).

A busca pelas medidas protetivas, garantidas pela Lei Maria da Penha, mostra-se um tanto quanto constrangedora para vítima que, além de ter sua dignidade sexual violada, para que possa buscar a devida punição precisará, de certa forma, se expor. Por esse motivo, muitas mulheres se calam, no intuito de evitar um constrangimento maior. Nesse sentido, para a mulher transgênero ou transexual é ainda mais difícil a busca pela punição, dada sua própria condição que, ainda hoje, não é aceitável para grande parte da população. Nesse sentido, conforme Cunha (2007, p. 38) “[...] agressões como essas provocam nas vítimas, não raras vezes, culpa, vergonha e medo, o que as faz decidir, quase sempre por ocultar o evento.”

A violência patrimonial, também conceituada no art. 7º da Lei Maria da Penha, em seu inciso IV, para Cunha será configurada quando o patrimônio da mulher for atingido de maneira indevida e sem seu consentimento:

Violência patrimonial compreende qualquer conduta que consubstancie em retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos que seriam para satisfazer suas necessidades e da família, geralmente, é apresentada separada das demais, servindo, quase sempre, como meio para agredir, física ou psicologicamente, a vítima. (CUNHA, 2007, p.58).

O mesmo autor, no que lhe concerne, questiona a aplicabilidade de tal dispositivo frente às imunidades do direito penal:

Nos seus comentários ao artigo, Guilherme de Souza Nucci questiona a utilidade do dispositivo, ao menos na seara penal: “Lembremos que há as imunidades (absoluta ou relativa), fixadas pelos arts. 181 e 182 do Código Penal nos casos de delitos patrimoniais não violentos no âmbito familiar. (CUNHA, 2007, p.38).

Em seu artigo 7º, V, a Lei 11.340/2006 conceitua a violência moral, que, nas palavras de Cavalcanti, compreende as seguintes condutas:

Violência moral compreende qualquer conduta que consista em calúnia (imputar à vítima fato criminoso sabidamente falso, artigo 138 do CP); difamação (imputar à vítima fato ofensivo à sua reputação, artigo 139 do CP) ou injúria (ofender a dignidade e o decoro da vítima, artigo 140 do CP). (CAVALCANTI, 2006, p. 52).

Apesar das referências às espécies de agressões mencionadas pela lei, o próprio diploma legal cuida de esclarecer que seu objetivo é coibir todos os tipos de violência doméstica e familiar cometidos contra a toda mulher, porém, não faz menção expressa à sua aplicabilidade ao gênero feminino.

Além de conceituar as espécies de agressão e determinar os atos que as configuram, a Lei 11.340/2006 cria mecanismos para que a violência contra mulher seja diminuída e, eventualmente, para aquelas mulheres que figurarem como vítimas das agressões, seja dada ampla proteção. Em seu art. 8º, num rol exemplificativo, descreve algumas das medidas que devem ser adotadas para tal efeito, designando uma carga a União, Estados e municípios para conjuntamente coibirem a violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

Ademais, a lei, em seu artigo 9º, também estipula maneiras pelas quais deverá ser dada assistência à mulher que foi vítima da agressão, na intenção de lhe prestar amparo e punir o agressor, tais como: inclusão da mulher no cadastro de programas assistenciais federal, estadual e municipal (art. 9º, §1º); remoção prioritária e manutenção do vínculo empregatício quando a mulher estiver em situação de violência doméstica e familiar (art. 9º, § 2º) e acesso aos benefícios decorrentes de desenvolvimento científico e tecnológico (art.9º, § 3º) (BRASIL, 2006). Conforme preconiza Souza (2007. p. 81), “[...] após fixar medidas preventivas no Capítulo I, caso elas não sejam totalmente efetivas, haverá necessidade de implementar medidas reagentes ou repressivas para a salvaguarda do interesse tutelado.”

A Lei também dispõe sobre medidas protetivas de urgência nos seus artigos 22, 23 e 24, criando meios para que a mulher vítima da violência seja protegida e amparada e o agressor seja punido. De acordo com Cunha:

Como tal, devem preencher dois pressupostos tradicionalmente apontados pela doutrina, para a concessão das medidas cautelares, consistentes no *periculum in mora* (perigo da demora) e *fumus bonis juris* (aparência do bom direito). (CUNHA, 2007, p.87).

Nesse sentido, Dias explica que caso a medida protetiva seja indeferida e vítima e o Ministério Público se mantenham inerte, a assistência judiciária será realizada de qualquer maneira:

Não sendo deferida qualquer medida protetiva, nada sendo requerido pela ofendida e nem pelo promotor, decorrido o prazo recursal o expediente será arquivado. Reconhecendo o magistrado que a situação retratada no procedimento, mesmo que não enseje a concessão de qualquer medida protetiva, mas que a situação jurídica do casal merece ser definida deve determinar o encaminhamento da vítima ao serviço de assistência judiciária. (art. 18, II) (DIAS, 2007, p.144).

Diante disso, nota-se que a Lei Maria da Penha em vários de seus dispositivos busca maneiras de coibir a violência, bem como proteger a vítima através das medidas protetivas por ela estabelecidas. Entretanto, antes de se questionar a eficácia de tal diploma legal, faz-se necessário o questionamento da sua extensão às mulheres transexuais e transgêneros, tendo em vista que a referida Lei não faz menção a questões de gênero.

4. O AMPARO DA LEI MARIA DA PENHA À MULHER TRANSGÊNERO/TRANSEXUAL

Não há cominação expressa no sentido de que a Lei Maria da Penha possa ser aplicada às vítimas transgêneros e transexuais, posto que o artigo 2º do referido diploma legal não faz menção à identidade de gênero::

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006).

Destarte indaga-se se há aplicabilidade ou não, posto que tendo o direito penal a função de coibir os abusos estatais no que tange a punição, justamente limitando *jus puniendi*, via de regra, crimes e penas não podem ter sua criação fundadas nos costumes nem mesmo na analogia, mesmo quando o poder judiciário tenha certeza que a punição mostra-se como juridicamente e moralmente obrigatória, sob a égide dos princípios da legalidade e da reserva legal.

Todavia, antes mesmo de ter o direito penal a função de coibir os abusos estatais no que tange à punição, é função do mesmo Estado estabelecer meios que garantam ao indivíduo seus direitos fundamentais independente de questões de gênero. A Constituição Federal estabelece como um de seus princípios, a igualdade, nos seguintes termos:

Artigo 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.
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Muito se questiona acerca da proteção que atualmente é dada às minorias. Aponta-se que até mesmo a Lei Maria da Penha, em seu sentido literal, apresenta-se como uma afronta à igualdade de gêneros por permitir que o Estado trate de forma mais rigorosa somente aquele agressor ou agressora que teve como vítima uma mulher. Em contrapartida à essa afronta, temos os altos índices de violência doméstica e familiar, que devem ser discutidos e amplamente combatidos.

O cenário político atual nos impõe uma dinâmica que merece cuidado e atenção. Pensa-se em grupos, em garantias que devem ser dadas a uma determinada classe. O bem comum constantemente é

suprimido, enquanto os interesses e as convicções particulares tanto do legislativo quando do executivo se sobressaem e conseqüentemente são, a grosso modo, impostas à sociedade que fica a mercê da liberalidade de seus representantes que, vez ou outra, respeitam os interesses de uma maioria, desde que esses interessem correspondam ao que lhes é vantajoso. A minoria, por sua vez, continua desamparada, tem seus interesses prematuramente abortados no seio da legislação que, mesmo que existente, na maioria das vezes mostra-se ineficaz e de rara aplicabilidade. Ensina Barroso que:

Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável (BARROSO, 2009, p.186).

Diante dessa premissa, para fins de aplicação das medidas estabelecidas na Lei Maria da Penha ao agressor que pratica violência contra uma mulher trans, dada importância da proteção à todas as mulheres, frente a relevância do princípio da legalidade no Direito Penal, visando dar expressa garantia, foi criado o Projeto de Lei nº191, de 2017 (BRASIL, 2017)

O referido projeto tenciona alterar a Lei 11.340/06, incluindo em seu artigo 2º o termo “identidade de gênero”, garantindo de forma taxativa e expressa a aplicabilidade da lei Maria da Penha às mulheres *trans*, vítimas de violência doméstica e familiar.

Tal alteração mostra-se como uma solução para os entraves enfrentados pelo judiciário no que tange à aplicação da referida lei, conforme a justificação a seguir:

Estamos falando, portanto, de conferir a proteção especial da Lei Maria da Penha a pessoas que se enxergam, se comportam e vivem como mulheres, e que, da mesma forma que as que nascem com o sexo feminino, sofrem violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral por parte de parentes, companheiros ou conviventes. Com esse propósito, a presente proposição acrescenta ao art. 2º da Lei Maria da Penha a expressão “identidade de gênero”, a fim de permitir a sua aplicação a transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres (BRASIL, 2017).

Desse modo, uma vez que a sua utilização não estaria violando o princípio da legalidade, dada sua relevância para o direito processual penal brasileiro, a alteração legislativa, de certa forma, também atenderia os interesses de uma minoria, que dentre os tantos grupos que se consideram como tal, apesar do amparo legal, ainda encontra uma grande dificuldade, dado o preconceito e a não aceitação pela sociedade. Nos ensinamentos de Sarmento:

A democracia não se confunde com o simples governo das maiorias, pressupondo antes o respeito a uma série de direitos, procedimentos e instituições, que atuam para proteger as minorias e assegurar a possibilidade de continuidade da empreitada democrática ao longo do

tempo. Na verdade, o ideário do constitucionalismo, e a sua concretização, através da adoção de uma Constituição rígida, munida de mecanismos de jurisdição constitucional, já indicam a rejeição de qualquer concepção que identifique a democracia com o predomínio irrestrito da vontade das maiorias (SARMENTO, 2007).

Isto posto, além da garantia de poder se defender nos moldes da Lei Maria da Penha sem que houvesse afronta a qualquer princípio e sem a existência da supremacia da vontade de uma maioria, a alteração legislativa teria inclusive como consequência a diminuição da exposição da mulher trans que busca a sua aplicabilidade das medidas previstas na legislação, visto que a própria natureza da violência doméstica/familiar, via de regra, causa certo constrangimento por si só, fora a coragem e força necessárias para que essas mulheres se aceitem como tal, passando pelo longo processo de transição, desde a mudança no assento de registro civil, até redesignação sexual, e busquem aceitação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise do tema abordado, verifica-se que, com a criação da Lei 11.340/2006 surgiram dispositivos que atualmente se mostram como uma forma de coibir a violência, e, caso alguma das formas de agressão tenha efetivamente ocorrido, o mesmo diploma legal institui garantias à vítima mulher.

Para que tais garantias pudessem ser efetivadas, foram necessários anos de sofrimento por parte de Maria da Penha Maia Fernandes que, num estado de inconformismo e medo, se encorajou a procurar o judiciário para que o agressor pudesse ter sua devida punição.

Entretanto, ainda hoje, a violência doméstica e familiar atinge altos índices e juntamente com a evolução social, faz-se necessária também uma alteração legislativa de modo a abranger as mulheres transgêneros e transexuais a fim de que elas possam ser amparadas pela Lei Maria da Penha.

Nesse sentido, longe de confrontar princípios religiosos e morais, que são inerentes a qualquer indivíduo e responsáveis por dirimir as condutas por eles realizadas, que refletem diretamente na sociedade como um todo e ainda, longe de glorificar a ideologia de gênero e o feminismo radical que atualmente vem sendo amplamente exaltados, o presente trabalho buscou sublimar as funções protetivas e punitivas do Estado, bem como a necessidade de uma adequação legislativa de modo a acompanhar a dinâmica social.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, S; GROSSI, M. P. **Transexualidade e movimento transgênero na perspectiva da diáspora queer**. Disponível em < <http://nigs.ufsc.br/files/2012/01/TRANSEXUALIDADE-E-MOVIMENTO-TRANSGENERO-NA-PERSPECTIVA-DA-DIASPORA-QUEER-Simone-Ávila-e-Miriam-Pillar-Grossi.pdf>>. Acesso em 10 set 2018.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **DSM-IV**: manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. Washington: APA, 1994. Disponível em: < <http://www.psicosite.com.br/cla/DSMIV.htm> >. Acesso em: 15 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. 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 Penal; e dá outras providências. **Lei Nº 11.340**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 14 out. 2018

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 191, de 2017**. Altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha –, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598> > . Acesso em: 17 de out. de 2018.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998 .

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica: análise da lei “Maria da Penha”, n. 11.340/06**. Salvador: Jus Podium, 2006.

COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 54/01**. Disponível em <<https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> . Acesso em: 23 de set. de 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.955/2010**. 2010. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm . Acesso em 11 set. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica: lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi posso contar**. 1. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.

GERHARD, Nadia. **Patrulha Maria da Penha**. 1. ed. Porto Alegre: Age Editora, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1460220/lei-maria-da-penha-aplicacao-para-situacoes-analogas>. Acesso em 28/09/2018

LEITE JR., Jorge. **Nossos corpos também mudam: a invenção das categorias “travesti” e “transexual” no discurso científico**. São Paulo: Annablume, 2011. 240 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual do direito penal II: parte especial, arts. 121 a 234 do CP**. 24. ed. Rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **CID 10: Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**. Genebra: Oms, 1992. Disponível em: <http://datasus.saude.gov.br/sistemas-e-aplicativos/cadastros-nacionais/cid-10>>. Acesso em: 15 out. 2018.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. 1989. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod.../Gênero-Joan%20Scott.pdf> . Acesso em: 15 out. 2018.

SALEH, Sheila Martignago. SALEH, Nicole Martignago. **Violência doméstica e desigualdade de gênero: um contraponto entre a conquista da igualdade e a fraternidade.** Disponível em http://www.catedrachiaralubich.org/livro.php?id_livros_publicacoes=43 . Acesso em: 24 de set. de 2018.

SARMENTO, Daniel. **O crucifixo nos tribunais e a laicidade do estado.** Disponível em: <<http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/index.php/internet/Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/O-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado>>. Acesso em: 10/10/2018.