

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**LEI MARIA DA PENHA E A EXTENSÃO DA APLICAÇÃO DE SUAS MEDIDAS
PROTETIVAS À TRANSEXUAIS EM SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE FÍSICA
E PSICOLÓGICA**

Beatriz Ferruzzi Rebes

Presidente Prudente/ SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**LEI MARIA DA PENHA E A EXTENSÃO DA APLICAÇÃO DE SUAS MEDIDAS
PROTETIVAS À TRANSEXUAIS EM SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE FÍSICA
E PSICOLÓGICA**

Beatriz Ferruzzi Rebes

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.^o. Ms.Marcus Vinicius FeltrimAquotti.

Presidente Prudente/ SP

2018

**LEI MARIA DA PENHA E A EXTENSÃO DA APLICAÇÃO DE SUAS MEDIDAS
PROTETIVAS À TRANSEXUAIS EM SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE FÍSICA
E PSICOLÓGICA**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI
Orientador

MATHEUS DA SILVA SANCHES

DENISE AKAGUI SIMONATO

Presidente Prudente/ SP, 06 de novembro de 2018

REBES, Beatriz Ferruzzi.

Lei Maria da Penha e a extensão da aplicação de suas medidas protetivas à transexuais em situações de vulnerabilidade física e psicológica/ Beatriz Ferruzzi Rebes: - Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2018.97f.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2018.

1. Direito Penal. 2. Lei Maria da Penha e a extensão da aplicação de suas medidas protetivas à transexuais em situações de vulnerabilidade física e psicológica I. Título

Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus.

*Onde existe homem, há sociedade; onde
existe sociedade, há Direito.*

Eneu Domício Ulpiano.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que até aqui tem me guardado e sustentado, e que sempre será a essência de todos meus objetivos e sonhos.

Aos meus pais, Danilo e Magda, que sempre fizeram e continuam fazendo tudo o que podem para que eu consiga realizar todos os meus sonhos e alcançar todos os meus objetivos, sendo os meus maiores exemplos de persistência, honestidade e dedicação. Obrigada por terem apoiado a minha escolha pelo Direito e por terem me proporcionado todas as oportunidades para que eu chegasse até aqui.

Ao meu irmão, Pedro Luiz, que mesmo sem saber, é a minha maior motivação em fazer com que eu busque me tornar alguém que ele possa se orgulhar e se espelhar um dia.

À “Célula 04”, que me sustentou em oração, especialmente aos meus amigos e líderes Sara, Jacqueline, Luma e Osdir, que caminham comigo, se alegrando com minhas vitórias e me segurando quando as coisas ficam difíceis.

Aos meus amigos, que me acompanharam durante toda a pesquisa e elaboração do presente trabalho, compreendendo minhas ausências e suportando meus eventuais surtos, especialmente: Ana Flávia, amiga do ensino fundamental para a vida toda; Matheus, verdadeiro exemplo de profissionalismo, dedicação, excelência e parceria; e Maria Fernanda, grata surpresa e grande presente que a faculdade me proporcionou.

À equipe do NECRIM (Núcleo Especial Criminal de Presidente Prudente), onde tive o privilégio e prazer de estagiar durante dois anos e me apaixonar pela carreira policial, além de conhecer pessoas que vão muito além de colegas de trabalho, as quais levarei sempre comigo: Anaylessa e Adriana, minhas mães postizas e conselheiras; Danyele, Caue, Vinicius e Fábio, irmãos que sempre me motivaram e incentivaram.

Aos meus supervisores de estágio, que me ofertaram e ofertam diariamente conhecimentos e aprendizados que vão muito além de técnicas jurídicas, e que de alguma forma contribuíram para que o presente trabalho fosse elaborado: Gislaine Contessoto, Wagner Negré, Gilmar Macarini, Renato Siqueira e Odilo Siqueira.

À Denise Akagui Simonato, que exerce com excelência e competência a função de Delegada da Mulher de Presidente Prudente e prontamente aceitou o convite para compor a banca examinadora.

Por fim, e não menos importante, ao meu orientador, professor, eterno chefe, e a quem tenho a honra de chamar de amigo, Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, que sempre me orientou, não apenas com seus ensinamentos sobre Direito Penal, mas também com experiências de vida. Obrigada por confiar a mim o privilégio de escrever sobre um tema tão especial, por toda paciência, respeito, e por acreditar em mim e no meu potencial. São exemplos como o do senhor que me fazem acreditar em profissionais competentes e comprometidos com princípios de caráter e honestidade.

Obrigada sempre será pouco para expressar toda minha gratidão a cada um de vocês.

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise das medidas protetivas elencadas na Lei Maria da Penha frente à possibilidade de sua aplicação para coibir violência doméstica e familiar contra mulheres transexuais em situações de vulnerabilidade e fragilidade. Para isso é necessário fazer um estudo histórico do contexto em que tal dispositivo foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, como principal instrumento de proteção às mulheres. Quanto à possibilidade de estender essa proteção às mulheres transexuais é indispensável que se faça primeiramente algumas ponderações, tais como, diferenciar sexo de gênero e estabelecer as características que distinguem homossexuais, travetis e transexuais, para então analisar as possibilidades ou não de enquadrar tais indivíduos como sujeitos a serem protegidos pela Lei Maria da Penha. O principal ponto da presente pesquisa é analisar as mulheres transexuais como sujeitos vulneráveis e frágeis ao se caracterizarem psicologicamente como pertencentes a um gênero diferente de seu sexo biológico. Por fim, realizou-se também uma pesquisa jurisprudencial, revelando a grande lacuna caracterizada pelo presente assunto no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS- CHAVE: Medidas Protetivas. Lei Maria da Penha. Violência Doméstica. Transexuais. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

The present study analyzes the protective measures listed on the Maria da Penha Law, regarding the possibility of its application to restrain domestic and family violence against transsexual women in situations of vulnerability and fragility. For this, it is necessary to make a historical study of the context in which such an apparatus was inserted in the Brazilian legal system, as the main instrument for the protection of women. As for the possibility of extending this protection to transsexual women, it is essential that we first make some considerations, such as differentiating mankind from gender and establishing the characteristics that distinguish homosexuals, transvestites and transsexuals, and then analyze the possibilities of framing such individuals as subject of protection under the Maria da Penha Law. The main point of this research is to analyze transsexual women as vulnerable and fragile persons when they characterize themselves psychologically as belonging to a gender different from their biological sex. Finally, a jurisprudential research was carried out, revealing the great gap characterized by the present topic in the Brazilian legal order.

KEYWORDS: Protective Measures. Maria da Penha Law. Domestic Violence. Transsexuals. Vulnerability.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

CFM. Conselho Federal de Medicina

MPU Medida de Proteção de Urgência

p. Página

STF Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1INTRODUÇÃO	11
2ESTUDO SOCIOCULTURAL E PLURIDIMENSIONAL DO SEXO	13
2.1 Os Diferentes Tipos Sexuais	20
2.2 Considerações Sobre a Origem e Sintomas do Sentimento “ <i>Transexual</i> ”	25
2.3 Cirurgia de Redesignação Sexual e Seus Reflexos Jurídicos.....	36
3CONTEXTO HISTÓRICO E LEGAL DA LEI MARIA DA PENHA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS MEDIDAS PROTETIVAS NELA ELENCADAS	40
3.1 Disposições Preliminares do Dispositivo Legal	43
3.2 Violência Contra a Mulher: Conceito e Diferentes Modalidades.....	45
3.3 Das Medidas Protetivas de Urgência: Disposições Gerais e Natureza Jurídica	49
3.3.1 Das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor.....	56
3.3.2 Das medidas protetivas de urgência à ofendida.....	61
4PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAS E A POSSIBILIDADE DE ESTENDER A APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/2006 PARA CASOS DE TRANSEXUAIS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	65
4.1 Dignidade da Pessoa Humana.....	67
4.2 Proteção Deficiente: Proporcionalidade e Razoabilidade.....	69
4.3 Proteção Constitucional do Transexual.....	75
5POSIIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	79
6CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90

1INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher nos âmbitos familiar, doméstico e íntimo assolam a humanidade desde a antiguidade, no entanto sabemos que atualmente a sociedade passa por uma constante evolução em relação a conceitos básicos sobre família, sexualidade, entre outros. Essa necessidade exige que o direito seja reinventado e reinterpretado de acordo com as evoluções sociais. Levando isso em consideração o presente trabalho direciona enfoque especial à possibilidade de aplicar as medidas protetivas da Lei nº 11.340/2006 para proteger transexuais vítimas de violência doméstica.

É certo que a Lei Maria da Penha foi criada para coibir agressões contra mulher em razão de seu gênero, no entanto, na atualidade os aspectos que enquadram um indivíduo como pertencente ao gênero feminino não podem ser os mesmos da época em que o referido dispositivo legal foi criado, o que interfere diretamente nos sujeitos que serão destinatários dos mecanismos de proteção nele elencados.

A princípio, cabe ressaltar que o objetivo não é realizar estudo profundo sobre questões atinentes a sexualidade, no entanto, para definição e análise do transexual se faz necessário abordar temas básicos, como o uso correto dos termos *sexo* e *gênero*, aspectos primários que diferenciam homossexuais, travestis e transexuais, e visão geral a respeito da cirurgia de redesignação sexual, o que foi feito no primeiro capítulo.

Mais especificamente sobre os transexuais, abordamos também logo no primeiro capítulo as possíveis causas do que é chamado pela psiquiatria e psicologia de *disforia de gênero*, que seria o que causaria o sentimento de incompatibilidade entre o sexo biológico e gênero psicológico do transexual, e como essas causas interferem em sua vulnerabilidade e fragilidade diante de seus parceiros e eventuais agressores.

Em seguida, realizamos no segundo capítulo um estudo geral sobre a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), citando o contexto em que foi criada, seus objetivos, e dedicando enfoque principal às medidas protetivas nela elencadas, sua natureza jurídica e procedimentos para que sejam aplicadas, tanto em favor da vítima, quando contra o agente agressor.

Posteriormente, relacionamos o tema com a necessidade de proteção imposta por princípios básicos constitucionais e do direito penal, os quais sempre visam primordialmente a preservação da dignidade humana e a aplicação correta dos dispositivos legais, para que os objetivos abstratos do legislador sejam alcançados no caso concreto.

Por fim, realizamos um estudo jurisprudencial, por meio de casos em que os parâmetros que levaram à construção do presente trabalho foram semelhantemente aplicados pelo judiciário brasileiro, ainda que de forma tímida, o que retrata a necessidade de tal tema ser abordado e aperfeiçoado juridicamente, levando em consideração que já se trata de uma realidade na sociedade brasileira.

Cabe mencionar ainda que, o presente estudo se desenvolveu através dos métodos dedutivo e sistemático, utilizando-se de pesquisas bibliográficas, legais e jurisprudenciais.

2 ESTUDO SOCIOCULTURAL E PLURIDIMENSIONAL DO SEXO

De maneira geral o sexo está ligado aos aspectos biológicos e genéticos do indivíduo, enquanto gênero estaria relacionado com comportamentos e atitudes atribuídos a um determinado sexo. Para Elimar Szaniawski (1998, p.34), “o sexo constitui um dos caracteres primários da identificação da pessoa e pode ser definido como o conjunto de características que distinguem o macho da fêmea”.

O comportamento dos membros de uma sociedade é influenciado em grande parte pelo sexo que possuem. Padrões de moralidade e de organização social são estabelecidos utilizando o sexo.

Nesse sentido, são estabelecidos o uso de determinadas roupas, maneiras de se comportar em determinadas ocasiões, modo de se expressar e até mesmo de sentir diferentes para homens e mulheres, o que resulta em diferentes formas de relação entre os gêneros feminino e masculino.

Comparamos o sexo com outros atributos pertencentes aos indivíduos, tais como, idade, classe social, padrão econômico, os quais também são levados em consideração para que a sociedade atribua diferentes personalidades aos seus membros, o que é chamado por Ana Paula Ariston Barion Peres de “construção social imaginativa”.

Na legislação brasileira há diversos exemplos em que o sexo é levado em consideração para estabelecer direitos e obrigações a determinados indivíduos. A prestação de serviço militar é um exemplo dessa prática legislativa, visto que, apenas o indivíduo do sexo masculino, deve obrigatoriamente se alistar ao serviço militar quando completa dezoito anos.

A Lei Maria da Penha, objeto de estudo do presente trabalho, é outro exemplo em que o sexo do indivíduo é levado em consideração para se efetivar os direitos e garantias nela previstos, visto que, trata-se de um dispositivo do nosso ordenamento jurídico que se destina à proteção das mulheres, em seus ambientes doméstico e familiar.

De acordo com o entendimento de Guilherme Oswaldo Arbenz (1988, p. 413), o sexo do indivíduo é determinado por fatores biológicos, através dos cromossomos, assim acentua o autor:

O sexo do indivíduo é determinado no momento da fecundação, momento esse que corresponde à penetração do espermatozoide no óvulo, para dar origem à célula-ovo (ou simplesmente ovo). Os cromossomos sexuais são os responsáveis por essa determinação.

Para Ana Paula Barion Peres (2001, p. 33), apesar do sexo ser definido biologicamente, os papéis sociais são os grandes determinadores para as desigualdades existentes entre os comportamentos feminino e masculino:

Tanto os fatores biológicos quanto os culturais interagem como formas determinadoras das desigualdades entre os comportamentos sexuais, sendo provável que os últimos respondam em maior grau pelas disparidades. Salvo as diferenças decorrentes da força física e das funções reprodutoras, todas as demais distinções de aptidões, interesses e características de personalidade parecem ser largamente determinadas pelos papéis sociais que cada cultura atribui aos comportamentos masculino e feminino.

Por essa perspectiva, sustentamos que as questões sexuais relativas aos indivíduos são explicadas biologicamente, visto que, nossas atividades sexuais estão programadas antes mesmo do nosso nascimento, no entanto, consentimos também com a existência de fatores psicológicos e sociais que interferem diretamente no ciclo de desenvolvimento destes.

A Teoria Freudiana explica que após o nascimento, o desenvolvimento é dividido em estágios, sendo que o primeiro seria o estágio oral, no qual os lábios e a boca são explorados pela criança. Em seguida, com aproximadamente cinco anos, o foco da criança é transferido para a região genital, o que é chamado de estágio fálico.

É no estágio fálico que se desenvolve o Complexo de Édipo, o qual estudaremos de forma mais aprofundada quando formos tratar dos fatores influenciadores da atividade transexual, no entanto de maneira resumida, podemos traduzi-lo como uma espécie de disputa que o menino acirra com seu pai, em razão da inveja do relacionamento deste com sua mãe. Esse sentimento de competição, causa no menino um sentimento de angústia e de repressão aos seus desejos, o que acaba gerando uma aproximação com o pai.

No caso da menina, apesar de também amar primeiramente a mãe, esse sentimento é transferido para o pai, também no estágio fálico, devido ao sentimento de interiorização anatômica em relação à mãe. A Teoria Freudiana possui lacunas e dificuldades quando se tenta explicar esse processo feminino:

O problema que surge nessa teoria consiste na dificuldade em explicar o desenvolvimento feminino, pois, ao passo que o menino identifica-se com o pai, introjetando a sua personalidade, a menina, na fase fálica, aproxima-se do pai e não da mãe. Assim, não deixa clara a sua reaproximação com o modelo feminino. Após esse período, decorrem cinco ou seis anos de estágio de latência, no qual esse processo se estabiliza, fortalecendo a identificação da criança com o seu genitor do mesmo sexo e estreitando o relacionamento com o do sexo oposto. O curso do processo só é retomado durante a puberdade, em que o indivíduo se prepara para a sexualidade adulta (PERES, 2001, p. 35-36).

Do conceito freudiano podemos extrair três pontos relacionados ao desenvolvimento da criança. Primeiro, os pais influenciam diretamente nos valores que serão adotados pela criança nos primeiros anos de vida; segundo, o comportamento posterior é marcado por traumas e experiências vividas no início da infância; e terceiro, a maioria das motivações estão fora dos domínios da consciência.

É fato que as questões relacionadas à sexualidade são tão complexas ao ponto que atribuir condicionamento biológico a criação dos papéis sociais masculino e feminino não afasta as possíveis e eventuais influências sociais e psicológicas em suas constituições.

Resta claro que atualmente há uma grande dificuldade em empregar as palavras “sexo” e “gênero”, em razão da pouca especificidade e dos diversos sentidos que expressam. O sexo de uma pessoa é definido por John Money (1990, p. 3), como “seu status como homem ou mulher, masculino ou feminino (ou intersexuado), com base na genitália externa apenas.”

No entanto, observamos anteriormente que as questões relativas ao sexo e ao gênero dos indivíduos são complexas demais para se resumirem exclusivamente ao aparelho genital que possuem. Se prender estritamente a isso embasaria uma visão reducionista do sexo, o que se tornou insuficiente, nos últimos anos.

A doutrina divide o estudo do “sexo” em cinco perspectivas. A primeira é o sexo biológico, também chamado de cromossômico e determinado pela fecundação. Resumidamente, o processo se inicia quando o cromossomo sexual “X”, que está no óvulo, se encontra com o cromossomo sexual “X” ou “Y”, que foi transportado pelo espermatozoide. A constituição genética “XX” resulta em um

indivíduo do sexo feminino, em contrapartida, o “XY” corresponde ao indivíduo masculino.

A segunda perspectiva é a do sexo gonádico, que é o decorrente das gônadas, testículos, no caso do sexo masculino, e ovários, no sexo feminino. Nos casos em que o feto se desenvolve normalmente o macho e a fêmea só poderão ser anatomicamente distinguidos após as primeiras seis semanas. Nas semanas iniciais, os fetos apresentam gônadas bipotenciais, e com o decorrer do tempo, se formam os ovários ou os testículos.

O sexo legal, também chamado de sexo jurídico, é o que figura na certidão de nascimento, documento este que possui fé pública, e em decorrência disso, extrai-se de seu conteúdo uma presunção relativa de veracidade.

O sexo lavrado no registro civil é baseado nas características e aspectos biológicos apresentados pelo indivíduo, e essa informação interessa ao próprio indivíduo, aos terceiros que com ele se relacionam e até mesmo à legislação que se aplica sobre ele.

Conforme citamos mais acima, muitos dos serviços, direitos e deveres atinentes aos indivíduos levarão em consideração o seu sexo, antes mesmo de se verificar se ele possui ou não aptidão para eles, ou seja, em muitos casos, o sexo constante no registro civil vai iniciar essa triagem. Conforme citado por Matilde Josefina Sutter (1993, p. 55), são inúmeros os exemplos em que conseguimos identificar tal procedimento:

Na vida civil, estabelecem-se distinções, nem sempre permitindo um ambiente misto, a exemplo do que ocorre nos hospitais públicos, cujas enfermarias são masculinas e femininas. O mesmo se dá no sistema carcerário. Deduzem-se facilmente as dificuldades encontradas pelos administradores de tais estabelecimentos, quando se deparam com indivíduos cujas características ou comportamento sexual são anômalos, uma vez que, entre nós, raramente existem alas específicas para abrigá-los.

E continua (1993, p. 56):

A legislação civil, em diferentes momentos, prevê direitos ou deveres exclusivamente do homem ou da mulher, cujos limites de idade para determinados atos são fixados de acordo com o sexo. Na legislação trabalhista verificamos que é amplo o número de benefícios que um tratamento quase paternalista outorga à mulher, sempre considerada mais frágil pelo seu sexo.

Podemos citar também a legislação previdenciária, que leva em consideração o sexo da pessoa para estabelecer qual o tempo necessário de serviço com carteira assinada para se obter a aposentadoria. Na legislação penal temos como principal exemplo o feminicídio, que qualifica o homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de seu sexo.

Portanto, seja para beneficiar alguém, ou seja para conceder determinado benefício, sempre haverá a necessidade de se verificar o sexo da pessoa.

O meio em que a criança se desenvolve também deve ser analisado quando se trata de questões relativas ao sexo, é o chamado sexo de criação, o qual é determinado direta ou indiretamente por todos aqueles que estão ligados à formação da criança ou seja, pais, familiares, professores, entre outros.

Em regra, o sexo de criação é compatível com o biológico, pois a família se espelha e se baseia nesse para educar a criança, contudo, veremos mais adiante que há casos em que o indivíduo pode desenvolver uma identidade de gênero distinta do seu sexo biológico, o que é chamado de sexo psicossocial.

O sexo psicossocial é uma percepção que o indivíduo tem de si mesmo. De maneira geral, assim como ocorre com o sexo de criação, a maneira como o indivíduo se enxerga, como homem ou mulher, também é compatível com seu sexo biológico, no entanto, segundo Sutter (1993, p. 48), existirão casos de exceção à “regra”:

Dentro da normalidade, há perfeita compatibilidade entre o sexo biológico, o psicológico e a expectativa social, ou seja, o que a família, e a sociedade de um modo geral, espera em termos de reação; se uma criança do sexo masculino é mais agressiva, comumente seu temperamento é justificado por ser “menino”. Entretanto, quando o sexo biológico é determinado mas as noções da criação não são a ele correspondentes a família se surpreende. Daí pode haver distorções da autoimagem e indicação de psicoterapia para corrigir os desajustes.

O autor Odon Ramos Maranhão (1995, p. 130), também discorre sobre o assunto e acredita que em casos de desvios entre os aspectos biológicos e psicológicos relacionados ao sexo é possível que seja realizado ajustes no indivíduo para que ele possa ser adequado ao seu sexo biológico:

É evidente que os fatores constitucionais e endócrinos predisporão alguém a um prevalecente tipo de reação psicológica. Além disso os de ordem

educacional, familiar, escolar etc. atuarão até certo ponto de uma forma orientada a levar alguém a se comportar e a reagir como *masculino* e *feminino*. Outras vezes os processos educativos, de aculturação e de adaptação social serão ineficazes para alcançar esse ajuste bio-psíquico-social. Nesses casos haverá desvio psicológico-sexual, com grande diversidade de situações patológicas. Geralmente, porém, um ajuste ou integração chega a ser obtido e as pessoas apresentam uma estrutura psicológica própria do seu sexo biológico.

Os transexuais, os quais serão estudados detalhadamente mais adiante, são exemplos desse relato, pois apresentam uma espécie de “desordem de identidade de gênero”, o que dá origem à formação invertida da identidade sexual.

Por sua vez, a palavra “gênero” possui um sentido mais amplo, conforme Maria do Carmo de Andrade Silva (1997, p. 80), “inclui componentes genitais, eróticos, sociais e psicológicos associados ao sexo de cada um.”

Silva (1997, p. 80), defende ainda que o gênero é resultado das diversas interações existentes entre as diversas perspectivas do sexo:

A identidade de gênero, é um constructo constituído por vários componentes estruturados em diferentes épocas e por várias influências. Perpassa pelo sexo genético, gonádico, hormonal, legal de nascimento e de criação. Não é exclusivamente biológico, mas sim o produto de suas interações.

Podemos resumir que a identidade de gênero se baseia no sentimento do indivíduo em relação à sua identificação como homem ou como mulher.

É importante ressaltar que nesses casos em que a identidade sexual do indivíduo se desvia do estabelecido biologicamente, tal procedimento não se efetiva repentinamente, mas é caracterizado por um conjunto de fatores e influências ao longo do tempo e da vida, conforme afirma Russell W. Reid (1993, p. 28):

É evidente que a identidade sexual adulta e o papel sexual não se estabelecem em um dia. Desenvolvem-se progressivamente, durante um longo tempo e são influenciados por múltiplos fatores, apresentando interações e agindo em diferentes fases do desenvolvimento.

Dentre os estudos sobre o tema, têm os defensores da neutralidade sexual, os quais, se opõem aos que acreditam que a identidade sexual dos indivíduos é programada antes mesmo do nascimento, em decorrência das influências hormonais no período pré-natal. Já os que defendem a neutralidade,

como Money (1990, p.5), afirmam que “a diferenciação do gênero-identidade/papel é induzida sensorio-cognitivamente, não hormonalmente.”

É imprescindível que se faça a distinção de significados entre “sexo” e “gênero” justamente para não gerar confusões na análise dessas correntes. Acreditamos que o sexo do indivíduo realmente é determinado biologicamente antes mesmo de seu nascimento, por meio de uma combinação de cromossomos, no entanto, a identidade sexual que o indivíduo terá de si mesmo ao longo da vida, realmente pode sofrer interferências de fatores psicológicos e sociais, fazendo com que ele se identifique sexualmente de forma incompatível com seu sexo biológico.

Assim como afirma Peres (2001, p. 101), “a identidade sexual é algo interiorizado no indivíduo, ou seja, é o sentir-se como homem ou mulher, ou melhor, como parte de um dos dois gêneros, o que pressupõe a intervenção de fatores cognitivos e sentimentais.”

A identidade de gênero também não pode se confundir com o papel de gênero, o qual também recebe fortes influências do meio social. O papel de gênero vai além de como a pessoa se enxerga, mas é como ela se apresenta para a sociedade, ou seja, nada mais é do que a exteriorização dessa identidade sexual.

Para Roberto Farina (1982, p. 146), o papel de gênero nada mais é do que a expressão pública de sua identidade:

O sexo educacional como sendo o mais dependente das características sociais impostas, pelo estilo ou corte de cabelo, indumentária, etc. O papel do gênero se codifica, traduz ou é avaliado pelas coisas que uma pessoa faz, diz ou sente, que permitem classificá-la como pertencente ao *status* de homem ou de mulher (porte ou postura, a deambulação, a gesticulação, o falar, o vestir, agir, e reagir, o gênero de leitura, fantasias etc.). Verificamos que se trata de uma resposta ao que foi ensinado. É a expressão pública da identidade. Os papéis são masculino e feminino.

Contudo, também pode acontecer de existir discrepância entre a identidade e o papel atribuído pelo grupo social, e isso pode ser ocasionado por diversos fatores, segundo Peres (2001, p. 103-104):

Logo, embora ciente da sua identidade, pressões externas, sejam elas de cunho social, familiar, religioso, ou de qualquer outra natureza, pode, exigir do indivíduo que ele exerça um determinado papel sexual diverso daquele, com o qual se identifica. Assim, haverá uma discordância entre a identidade sexual e aquilo que se convencionou chamar de “sex-role adoption”, ou seja, o papel sexual adotado.

Para a autora (2001, p. 104), é exatamente isso que acontece com os transexuais:

Isso é facilmente verificável no caso do transexual que reivindica a identidade feminina, em sendo homem, ou a masculina, quando se trate de uma mulher. Embora se sinta pertencente ao outro sexo, o seu corpo espelha uma realidade diversa, e é com base no seu sexo anatômico que a sociedade lhe atribui um papel sexual e espera que ele, nesses moldes, o desempenhe. Esse papel socialmente aceitável, contudo, se torna intangível para essa pessoa.

Feitas a diferenciação de significados que abrangem os termos “sexo” e “gênero”, direcionamos nosso estudo para os diferentes tipos sexuais da atualidade, destacando as especificações e particularidades que caracterizam homossexuais, travestis e transexuais.

2.1 Os Diferentes Tipos Sexuais

Em um primeiro momento destaca-se o que Peres (2001, p. 105-106), afirma ser um “indivíduo normal” para fins de sexualidade:

Primeiramente, cumpre fazer uma breve alusão ao protótipo do que se considera “indivíduo normal”, no que é pertinente à sexualidade, diferenciando-o dos demais tipos sexuais. O quadro de normalidade sexual aparece quando os fatores biológicos estão em harmonia com os psicológicos e sociais. É o que ocorre com o indivíduo que possui as características orgânicas do sexo masculino, que desenvolve uma identidade de gênero e que desempenha um papel sexual, o qual segue essa mesma orientação. Nesses casos, há uma sincronia entre esses diversos fatores. Entre nós, o protótipo da normalidade está presente no indivíduo heterossexual.

Para a autora (2001, p. 106), a quebra dessa normalidade pode ter causas biológicas ou psicológicas:

Havendo uma quebra dessa normalidade, pode-se fazer uma cisão entre o que sucede quando a ruptura se origina de um conflito entre os próprios caracteres orgânicos do sexo e quando resulta de um desequilíbrio entre as características orgânicas do sexo e as características psicológicas. No primeiro caso, há um “quadro de intersexo”; enquanto, no segundo, há um “quadro ‘para-psiquiátrico”.

Nesse sentido, podemos afirmar que o quadro de normalidade sexual se caracteriza pelo sincronismo entre características biológicas e psicológicas do mesmo sexo.

Sabemos que atualmente o termo “normalidade” não é o mais adequado, pois não buscamos nos referir aos homossexuais, travestis ou transexuais como sujeito anormais, no entanto, deve ser considerado que por muito tempo a heterossexualidade foi considerada como um padrão sexual dentro da sociedade.

De maneira geral, transexuais, homossexuais e travestis possuem muitas semelhanças entre si. Considerando que o transexual é o principal objeto de estudo do presente trabalho, destacamos que o único ponto que o diferencia dos demais é o fato de que ele não aceita sua identidade sexual, e por isso procura uma transformação cirúrgica.

Segundo Jean Claude Nahoun apud Valdir Sznick (1979, p. 12), essa transformação cirúrgica, que busca suprir a não aceitação do transexual, é chamada de “transgenitalismo”, pois o indivíduo passará por uma transformação na sua genitália, e não no seu sexo.

De forma bem rasa, podemos resumir conforme Armando Canger Rodrigues e Luiz Miller de Paiva (1976, p. 52-53), que “homossexuais são os indivíduos que têm preferência evidente para a relação sexual com o mesmo sexo.”

Matilde J. Hojda (1979, p. 51), completa ainda que “homossexual é o indivíduo que não nega seu sexo, mantendo sua identidade no sexo biológico, mas cuja atividade sexual só se volta para pessoas do mesmo sexo que o seu.”

Robert J. Stoller (1982, p. 150), também desenvolve seu entendimento nesse sentido:

Um homossexual geralmente é um homossexual confesso (tanto para o mundo como para si próprio). Ele sabe que prefere homens por objetos sexuais, aprecia ter um pênis, não desejaria perde-lo, usa-o sempre que possível em todo tipo de situações sexuais, e aprecia relações sexuais com homens que em troca demonstrem interesse por seus pênis. (A última afirmativa é um anátema para os transexuais.)

Ou seja, o homossexual não tem rejeição pelo seu sexo biológico, e também não possuem qualquer anomalia psicológica, conforme afirma Peres (2001, p. 112):

Não há evidências, até o momento, de que os homossexuais, assim como os transexuais, sejam portadores de qualquer anomalia biológica, pelo menos que tenha sido atestada, pois possuem um único sexo anatômico. Embora ambos os fenômenos resultem de uma incongruência entre os sexos biológico e o psicossocial, em muito se distanciam. Os homossexuais, diversamente dos transexuais, não desejam a mudança de sexo, pois os seus órgãos genitais lhes dão prazer. Por conseguinte, não têm qualquer aversão ao seu sexo biológico, mas sua atividade sexual é comumente voltada para pessoas de sexo biológico idêntico ao seu, pelos quais se sentem exclusivamente atraídos.

Por sua vez, o sujeito travesti apresenta uma inclinação ou preferência pelo uso de vestimentas típicas do sexo oposto, e segundo especialistas e doutrinadores, ele pode ser tanto um indivíduo heterossexual como homossexual, assim cita Peres (2001, p. 122):

Sofrem um tipo de inversão psíquica que se traduz no interesse pela indumentária do sexo oposto. Disso resulta a feminilidade dos travestis, ao passo que os homossexuais podem vir a ser, no máximo, efeminados, quando se apresentam de forma excêntrica, fazendo paródia das mulheres.

Para Rodrigues e Paiva (1976, p. 7), o “travestismo” seria uma “entidade na qual os indivíduos apresentam como característica principal o uso da roupa cruzada, por fetichismo ou por defesa.”

O termo “travestismo” é o *cross-dressing*, ou seja, se vestir com roupas do sexo oposto, podendo de acordo com estudos, serem divididos em duas categorias:

Dentro dessa categoria estão presentes dois diferentes estilos de comportamento. No primeiro as pessoas são excitadas por uma única, ou umas poucas, peças de vestuário e a preferência por esses itens particulares permanece constante por toda a vida. O segundo grupo começa da mesma maneira, mas com o passar dos anos há um gradual aumento, passando a usar mais e mais peças, até que finalmente o indivíduo passa a vestir-se completamente com roupas do sexo oposto. Ele deseja tanto ter sucesso em parecer um membro do sexo oposto que sai às ruas vestido dessa maneira (STOLLER, 1982, p. 44).

É importante destacar que o prazer do travesti é exclusivamente se vestir como mulher, porém, não apresenta qualquer desejo em realizar transformações para se adequar ao gênero feminino, assim explica Stoller (1982, p. 172):

Ele não se considera uma mulher presa num corpo de homem; considera-se um homem, e deseja permanecer dessa forma. Mesmo quando vestido em roupas de mulher, seu maior prazer é sentir seu pênis oculto por baixo. Esses são quase sempre homens de aparência e comportamento masculinos, exceto quando acometidos de seus impulsos sexuais, que se dedicam a profissões masculinas, casados, atraídos pelo corpo de mulheres, e heterossexuais em seu comportamento patente. Seu travestismo é intermitente, não permanente.

E continua (1982, p. 173-174):

O travesti também confirma sua virilidade mais sutilmente pela competitividade que expressa em relação às mulheres; em suas fantasias, ele é a melhor mulher do mundo. Excede todas as mulheres, afirmando que, se lhe fosse dada a oportunidade, seria capaz de cumprir aquele papel melhor do que qualquer mulher. Primeiro, acredita que poderia exceder uma mulher porque teria que alcançar tal posição, em vez de tê-la dada pela natureza; segundo, ele tem, como afirma, o melhor de ambos os mundos, dos homens e das mulheres; e terceiro, não é anatomicamente defeituoso como uma mulher mas, antes, tem um pênis.

Outro ponto relacionado aos travestis é que em suas transformações, tais indivíduos não se tornam exatamente parecidos com uma mulher, mas podemos dizer que possuem características de identificação “exibicionísticas” e próprias como por exemplo:

usam perfumes muito fortes, penteados chocantes, maquiagem grosseiramente coloridas, roupas também extremamente coloridas, roupas íntimas exageradas e feitas para serem sexy, mas não do tipo usado por uma mulher que se sinta confortável como tal (STOLLER, 1982, p. 174).

Os papéis sociais dos travestis são alternados, se revezando entre momentos femininos e momentos masculinos, mantendo assim uma vida em duplicidade. Essa condição também não causa aversão ao sexo biológico, pois reconhecem o seus órgãos genitais externos. E aqui, destacamos que a rejeição pelo sexo biológico continua sendo o principal ponto de diferenciação em relação aos transexuais, conforme destacado:

Esse é um ponto relevante de distinção entre os travestis e os transexuais, visto que, para estes últimos, os seus órgãos sexuais lhes dão verdadeira repulsa, não constituindo uma fonte de prazer. Essa repugnância dos transexuais pelo seu sexo biológico faz brotar um desejo compulsivo de reversão sexual só satisfeito mediante intervenção cirúrgica (PERES, 2001, p. 122-123).

Em uma breve comparação entre homossexuais, travestis e transexuais, Stoller (1982, p. 77-78), afirma o seguinte:

No caso do homossexual efeminado, ele ter-se-á identificado excessivamente com mulheres, ocasionalmente assume o papel de mulher por um curto período de tempo e pode mesmo, consciente ou inconscientemente, rejeitar que possa estar sendo masculino, mas igualmente não questiona o fato de que pertence ao sexo masculino, aprecia seu pênis, e não pede uma mudança de sexo. No caso do travestido fetichista existe novamente uma poderosa identificação feminina e um desejo ainda mais forte (intermitentemente) de vestir-se e agir como mulher do que o encontrado no homossexual, e ainda, em seu fetichismo, o paciente demonstra a necessidade, o medo de perda, e o grande prazer que tem com sua masculinidade. (...) Contudo, nenhum desses estados é o mesmo encontrado no transexual, exceto que este igualmente não tem dúvidas (nem tiveram seus pais) de que é anatomicamente masculino e de que foi classificado no sexo biológico correto. Assim que ele é capaz de expressar em comportamentos, em palavras, sua identidade genérica, revela uma intrincada combinação entre o *conhecimento* de pertencer ao sexo masculino e um *sentimento*, igualmente poderoso, de que 'de alguma forma' é feminino. Isso, resumidamente, é a forma singular de bissexualidade encontrada em transexuais.

O autor (1982, p. 119), completa ainda que o travesti e o homossexual, ao contrário do transexual, possuem perfeita aceitação ao seu órgão genital masculino e que inclusive se consideram masculinos:

“Deixe-nos olhar resumidamente para o travestido. Por enquanto preciso apenas notar que, como o travestido teve um período de desenvolvimento masculino em seus primeiros anos de vida, seu pênis está imbuído de importância. Ele significa sua virilidade e, igualmente, tem pleno valor erótico.

Assim, por mais que seja levado a vestir roupas de mulher, o travestismo deriva sua intensidade do conhecimento daquele pênis (aquela masculinidade, aquele núcleo masculino de identidade genérica, aquela virilidade) oculto por baixo. Sua primitiva convicção é de que é homem; em resposta a ameaças a seu senso de virilidade, esconde-se num disfarce seguro: roupas femininas.

O homossexual efeminado também se considera um homem e aprecia seu pênis. Teve, igualmente, ameaçado o senso de virilidade. Ele não é travesti para tornar-se sexualmente excitado, mas antes para zombar das mulheres odiadas, admiradas e invejadas.

[...]

Note a diferença na cronologia do desenvolvimento da identidade genérica: no transexual nunca existiu um comportamento masculino observável desde a mais tenra infância, mas no homossexual efeminado, já se desenvolveu uma masculinidade suficiente...”

O transexual será estudado em subtópico específico, onde serão abordados elementos psicológicos e sociais que contribuem para a aversão ao seu sexo biológico, a qual se faz presente na vida do indivíduo desde sua infância.

2.2 Considerações Sobre a Origem e Sintomas do Sentimento “Transexual”

O transexual é definido desde a Idade Média como *anima mulieris in corporevirile inclusa*, isto é, “um corpo masculino em uma alma feminina”. De maneira rasa a transexualidade pode ser definida como a incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica do indivíduo, nesse sentido discorre Holdemar Oliveira de Menezes (1978, p. 85):

transexualismo é a inadequação psicológica ao sexo somático, que é aquele denunciado pela genitália interna, pela genitália externa e pelos caracteres secundários; ou ainda, a não harmonização entre o sexo somático e o sexo psicossocial, com alterações no comportamento sexual do indivíduo

Para Dorina R. G. EppsQuaglia (1980, p. 133), trata-se de “uma entidade que se caracteriza basicamente pela profunda rejeição que o indivíduo afetado sente em relação ao sexo anatômico.”

Luiz Miller de Paiva e Amando Canger Rodrigues (1976, p.7), acrescentam que a transexualidade é caracterizada por “indivíduos biologicamente normais que insistem em transformar cirúrgica e hormonalmente, o sexo.”

Segundo Maranhão (1995, p. 111), “os transexuais são pessoas que fenotipicamente pertencem a sexo definido, mas psicologicamente ao outro e se comportam segundo este.” Ou seja, de acordo com Hojda (1982, p. 52), trata-se do “indivíduo que recusa totalmente o sexo que lhe foi atribuído.”

Ao analisar as diferentes definições atribuídas aos transexuais por diversos autores, identificamos que todos levam em consideração um ponto em comum, que é a incompatibilidade entre as características do sexo biológico do indivíduo e a identificação psicológica que ele tem de si mesmo.

Mesmo possuindo todas as características compatíveis com seu sexo biológico, o transexual se identifica totalmente com o sexo oposto, conforme registrado por Sutter (1993, p. 106):

Identifica-se psicologicamente com o sexo oposto, embora biologicamente não seja portador de qualquer anomalia. Possui pois o transexual perfeita genitália externa e interna de um único sexo, mas, psicologicamente responde a estímulos de outro.

Esse sentimento de pertencer ao sexo oposto é tão significativo para o transexual, que ele chega a se considerar vítima de um “erro da natureza”, o que motiva uma intensa repulsa aos seus órgãos genitais:

Os transexuais têm um sentimento de pertencer ao sexo oposto do de sua anatomia e, mesmo, sentimento de terem nascido no sexo errado. Podem achar seus órgãos sexuais repugnantes e ter um desejo persistente de transformação para o sexo oposto, por tratamento hormonal ou cirúrgico. Desejam viver como membros permanentes do sexo oposto (GOODWIN; GUZE, 1981, p. 189).

Nesse sentido, completa ainda Hilário Veiga de Carvalho (1987, p. 289):

os transexuais são pessoas que, partindo de uma constituição física nada equívoca, isto é, puramente masculina ou feminina, exigem reiterada e insistentemente “trocar de sexo” morfológico, endócrino e jurídico, por meio de uma cirurgia que lhes modifique os genitais, tomando hormônio e, também, requerendo a mudança de seu estado civil.

Pode-se observar que realmente há muitas semelhanças entre transexuais, travestis e homossexuais, e a diferença entre eles se caracteriza basicamente e diretamente pelo desejo incontrolável de alterar seu sexo, ou melhor, alterar sua genitália exterior para se adequar ao gênero pretendido, ou seja, essa pretensão é o que puramente o extrema das demais categorias de desvios sexuais.

A linha de diferenciação é tão tênue a ponto de alguns autores defender que o transexual não é uma categoria a parte, mas sim um homossexual ou um travesti que apenas almeja a alteração do sexo, assim afirma Sznick (1979, p. 61):

Ademais, inexistente a figura do transexual. Existe o homossexual e o travesti. O transexual seria ambos, acrescido apenas do “desejo de mudar de sexo” (ou, como querem os que gostam de complicar as coisas, “impulso obsessivo de redeterminação de sexo”). Ora, o “desejo de mudar de sexo” não cria nenhuma entidade determinante a ponto de se constituir em nova classe, dentro da sexualidade.

Tal entendimento persistiu durante muitos anos entre profissionais da psicologia e da psiquiatria, os quais consideravam o transexual apenas como um homossexual extremamente efeminado, levando em consideração a preferência de ambos por parceiros sexuais homens e o fato de agirem como mulheres.

No entanto, a motivação do comportamento efeminado é um fator de diferenciação entre homossexual e transexual, posto que, a motivação do homossexual em agir como uma mulher é o medo e o desconforto em ser rejeitado por outros homens pelo fato de apresentar comportamentos efeminados. Em contrapartida, o transexual se aproxima e começa a agir como mulheres simplesmente pelo fato de se sentir como uma.

Em relação ao travesti, a diferença é que o transexual, a partir do momento em que ele realmente assume um comportamento feminino, ele se passa tranquilamente por uma mulher, ao contrário do travesti, que em um ambiente social, não consegue esconder por muito tempo que é um homem vestido de mulher.

Isso ocorre porque na maioria dos casos o travesti possui apenas pensamentos ocasionais de “qual a sensação de ter um corpo feminino” ou “como seria ser mulher por um dia”, mas essa fantasia não é permanente como no caso do transexual, que deseja se tornar mulher a qualquer preço. Isto é, enquanto o travesti não nega sua natureza masculina, o transexual faria qualquer coisa para deixar se ser um.

Sobre as diferentes motivações dos transexuais e dos travestis, Stoller discorre da seguinte maneira (1982, p. 176):

O transexual, por vontade própria, não vive intermitentemente como homem e como mulher. Se a oportunidade lhe for dada, vive exclusivamente como mulher, e não tem dificuldade em passar-se por uma. Adolescentes transexuais obtêm êxito na primeira experiência. Em contraste, os travestis vestem-se em segredo durante anos, antes que sintam que suas aparências são femininas o bastante para que não sejam presos na rua. Eles estão certos; o desejo de revelar triunfalmente seus secretos pênis é tão forte que realmente correm esse risco. Mas os transexuais não necessitam revelar o fato de que são homens (seus fálus) como parte da excitação do travestismo.

Eles não ficam sexualmente excitados por peças de roupas femininas. Não imitam mulheres. Embora as invejem, não são competitivos. Os transexuais nunca afirmam que podem ser uma mulher melhor do que qualquer outra – eles ficariam felizes em ser apenas mulheres comuns, nem mais nem menos do que as que conheceram.

Mesmo que a vida de um transexual dependesse disso, ela não teria sucesso em imitar um homem masculino. Todos relatam que durante a

adolescência, quando havia poderosas forças influenciando-os para que agissem mais como um homem, não o podiam fazer, e como resultado suas vidas tornaram-se desesperadas por causa das humilhações que suportavam por serem tão femininos. Por outro lado, os travestis não têm dificuldades em ser masculinos, não apenas quando a situação requer, mas também em outras ocasiões quando espontaneamente desejam sentir sua própria masculinidade.

Com base em todas as considerações já feitas, resta claro que o transexual não é um homossexual ou um travesti. Trata-se basicamente de um indivíduo que se considera amaldiçoado por pertencer ao sexo errado, desejando a mudança cirúrgica para poder possuir uma relação heterossexual como qualquer outra mulher.

Pacificando tal entendimento dentro do nosso âmbito de estudo, passamos a estudar então a origem desse sentimento de recusa ao sexo biológico por parte de tais indivíduos. Aracy Augusta Leme Klabin (1981, p. 28), registra que “a maior parte dos especialistas em identidade sexual concorda que a condição de transexual se estabelece antes da criança ter capacidade de discernimento, provavelmente nos primeiros dois anos de vida.”

A discussão sobre a origem da aversão ao sexo biológico ser de origem hormonal ou psicológica é antiga e até os dias atuais não apresentou grandes conclusões. De um lado, há especialistas que defendem que a transexualidade resulta de hormônios pré-natais que atingem o cérebro, causando uma forte ânsia em mudar de sexo. De acordo com esse entendimento, a pessoa já nasceria com esse desejo.

Ao nosso ver, tal teoria, denominada como “Teoria do Hormônio Pré-Natal no Transexualismo” não merecia prosperar, visto que não explica os seguintes pontos apontados por Stoller (1982, p. 137):

por que o transexualismo ocorre quase que invariavelmente em apenas uma criança da família? Se um defeito materno libera os hormônios que prejudicam o feto, esse defeito deveria, necessariamente, ocorrer de vez em quando, em mais de uma gravidez; por outro lado, se a criança herda um defeito genético que provocou no feto a presença anormal de hormônios opostamente sexuais então, por que esse defeito genético também só é encontrado em apenas uma criança da família, e não é visto em gerações anteriores?

Há também aqueles que afirmam que o transexual nada mais é que um psicótico possuidor de um delírio, que o faz pensar que é uma mulher no corpo de

homem, ou um homem no corpo de uma mulher. Stoller (1982, p. 153), considera tal afirmação radical em razão dos seguintes fundamentos:

Obviamente, o transexual tem uma convicção errônea, mas nem todas as convicções errôneas são delírios (pois, se assim fosse, seria a prática psiquiátrica mais medíocre diagnosticar todos os membros de uma religião exótica como psicóticos, por se estar convencido de que suas convicções não estão baseadas na realidade).

Por outro lado, porém, os psicóticos apresentam comumente grandes distúrbios na masculinidade e feminilidade, e alguns alucinam transformações do corpo, como se suas anatomias se estivessem tornando as do sexo oposto. Entretanto, *desejos* transexuais, frequentemente encontrados em muitas pessoas (não apenas nos psicóticos) não equivalem à *diagnose*: transexualismo. Obviamente, tais alucinações – que são muito dolorosas – nascem apesar disso, de desejos (repugnantes, proibidos, reprimidos) de uma natureza transexual, embora as mudanças sexuais desejadas pelo transexual sejam tão egossintônicas quanto a identidade genérica normal. E assim, o psicótico e o quase- psicótico são facilmente distinguidos dos transexuais. Inicialmente, o primeiro utiliza mecanismos psicóticos muito difundidos. Depois, psicóticos não são descontraidamente femininos. E mais, suas defesas contra os desejos de mudança de sexo são ubíquas (o próprio uso de alucinações egodistônicas para expressar o desejo é evidência de defesa contra ele). O quadro em tais pacientes é caótico, ao passo que o transexual é possuído por uma identidade coerente, apesar de ela ser construída em torno de uma esperança irreal.

Por fim, há ainda o entendimento de que a sensação sentida pelo transexual advém das inúmeras interferências externa que ele sofre ao longo da vida. Para Luiz Alberto David Araujo (2000, 47-48), tais interferências podem ser de ordem psíquicas ou sociais:

A consciência que se tem de ser do gênero masculino ou feminino é, portanto, adquirida e induzida pelo comportamento e pelas atitudes dos pais, dos familiares e do meio social a que se pertence, além da percepção e interiorização das experiências vividas. Esse processo pode sofrer várias interferências, que podem levar a um sério comprometimento na identificação do gênero. Tais interferências poder ser de várias ordens: desde a psíquica até a social. Há diversos exemplos que levam o indivíduo a não conseguir estabelecer uma identidade de gênero adequada. O mais comum ocorre quando a família deseja um menino e nasce uma menina ou vice-versa. Essas crianças são criadas de modo dúbio, meninas que se vestem como meninos, meninos que vivem num contexto absolutamente feminino, e assim por diante. Em contrapartida, existem relatos de meninos que foram criados como meninas, mas que, chegando à adolescência, com as devidas mudanças hormonais, tornaram-se homens, ou seja, com uma identificação de gênero absolutamente adequada ao meio social em que vivem. Por que, em certos indivíduos, essas interferências são fundamentais e em outros não? Ainda não há conclusão definitiva. O que há são várias hipóteses, que vão do biológico ao social. Pode-se afirmar, porém, que não há uma única causa, e sim um conjunto delas, que fazem o indivíduo não ter identificação de gênero que corresponda ao seu sexo biológico.

Percebe-se que o autor ainda deixa claro que não há respostas para tais questões, destacando que as causas do desvio de sexualidade do transexual pode ser causado tanto por fatores psicológicos, quanto por fatores sociais, não descartando também a possibilidade de interferência de fatores biológicos.

Sobre o papel ocupado pela família do indivíduo no desenvolvimento desse desvio, ele ainda continua (2000, p. 49):

O menino identifica-se com a mãe e gradativamente há manifestações de desejos e fantasias de a querer só para si. Há então uma interdição do superego, e, como consequência, passa a se identificar com o pai. Esse processo permite uma conciliação entre a percepção que o menino tem de seu corpo e o sentir-se masculino. Atitudes e regras sociais tomadas e seguidas pelo indivíduo acabam refletindo o processo de equilíbrio entre corpo e mente. O bebê menina identifica-se com a mãe, instala-se a separação e, conseqüentemente, a disputa pela figura paterna. Num processo idêntico ao do menino, seus desejos são recalçados e seus sentimentos desejam estabelecer uma aliança, na medida em que seu objeto de prazer é inatingível. Com o relacionamento e com o processo de identificação, passa a procurar alguém do sexo oposto, partindo de um modelo masculino interiorizado. Há também a correspondência entre a percepção corporal e o sentir-se feminina.

Em seus estudos, Freud criou o termo Complexo de Édipo, o qual trata-se de um estudo que elenca e qualifica o conjunto de manifestações que desejos amorosos que os indivíduos apresentam ainda quando crianças. Stoller (1982, p. 28), de maneira resumida explica esse estudo da seguinte maneira:

o menino separou-se suficientemente de sua mãe para desejá-la com objeto de seu amor. Sua mãe, embora encoraje isso parcialmente, deixa claro que sua escolha final é um adulto, normalmente o pai. Se o menino se opõe a seu pai, descobre que esse último é mais forte. Talvez o lugar de maior vulnerabilidade para o menino, exceto o medo de ser morto é que ele vá perder sua identidade como homem. Não somente o símbolo desta virilidade, seu pênis, pode assim ser posto em perigo, como também – o que é mais difusamente experimentado – todas as inúmeras realizações do ego que são entendidas como masculinidade podem, da mesma forma, ser ameaçadas. E assim, ele recua no desejo por sua mãe, volta-se para outras mulheres, e aprofunda sua identificação com o pai para solidificar a masculinidade que torne possível não apenas a renúncia, mas também, as estruturas psíquicas necessárias para ter êxito como um homem masculino no futuro. Isso esboça o clássico conflito edipiano e sua resolução; mesmo com modificações, a descrição se encaixa suficientemente bem à vida real para satisfazer nossos propósitos no momento.

A conclusão psicanalítica se encaminha para o sentido de que se a criança não resolve esse conflito edipiano na sua infância, provavelmente

desenvolverá comportamentos e pensamentos transexuais. Isso ocorre porque o menino não consegue distinguir a figura da mãe, como explicado a seguir:

Trauma (psíquico), conflito e resolução do conflito através da formação de identidade, ao invés de serem invariavelmente considerados como processos patológicos, são essenciais para a produção da masculinidade. Uma prova desta afirmação talvez esteja no menino transexual, em quem o conflito negado significa masculinidade negada, primeiro na proximidade demasiadamente amorosa com sua mãe. Assim, pela natureza singular de sua família, lhe é negado o necessário trauma (psíquico) do conflito de Édipo. Ele não distingue adequadamente sua mãe como um objeto heterossexual desejado, e não tem que perder uma batalha (e adiar a vitória) contra um rival masculino mais poderoso. Com uma mãe tão possuída por ele que, às vezes, chega a ser ele próprio, e com o pai totalmente ausente da família, a sua situação edipiana nunca atinge a tensão, a insatisfação e a ânsia de redução da tensão com uma mulher que o conflito edipiano deve produzir num menino (STOLLER, 1982, p. 37).

E continua (1982, p. 37):

Vimos que um homem anatomicamente normal pode tornar-se masculino e acreditar-se homem, ou feminino e acreditar-se mulher, surgindo o resultado de ambas as situações da psicodinâmica de sua família. Por volta do primeiro ano de vida, ele irá desenvolver as raízes fundamentais e aparentemente inalteráveis de sua masculinidade ou feminilidade, e os processos pelo quais ele nos fez, ao invés de serem inevitáveis, serão o resultado das personalidades de seus pais e da maneira como eles se relacionam com o menino, física e psicologicamente.

Com base no estudo realizado por Stoller, em conjunto com o Complexo Edipiano de Freud, os pais possuiriam influência direta para a formação da convicção transexual, especialmente quando se identifica ausência de laços físicos e emocionais do menino com o pai, fazendo com que ele se espelhe cada vez mais da figura materna e feminina.

As manifestações transexuais permanecem ao longo do crescimento do indivíduo. Na puberdade a rejeição ao sexo biológico começa a ganhar maior proporção, visto que o menino começa a perceber que seu organismo está desenvolvendo características fisiológicas e anatômicas masculinas, o que aumenta ainda mais sua repulsa. De acordo com Stoller (1982, p. 29-30), a adolescência do menino transexual é caracterizada como um verdadeiro desastre:

A puberdade traz consigo a prova da normalidade fisiológica e anatômica, pois esses meninos se desenvolvem em uma direção comumente masculina em todos os atributos físicos. Embora a ferocidade da luta contra essa masculinidade seja resolvido em alguns por se tornarem capazes de

reduzir o desenvolvimento de ereções e orgasmo, para muitos, incapazes de suprimir essas reações, a adolescência é um desastre. Eles não somente são incapazes de ser masculinos, sendo assim afastados da maioria dos contatos sociais, mas até mesmo seus próprios corpos são traidores; seu odiado pênis continua insistindo em sua virilidade de maneira irredutível. Os transexuais lidam com isso, a princípio, tentando evitar a masturbação e depois, se realmente têm ereções, imaginando que têm uma vagina e que a excitação sexual que sentem é vaginal. Isso não funciona muito bem, mas é o máximo que podem fazer.

No entanto, com o passar do tempo, o transexual se acostuma a viver em constante conflito com o seu organismo, e se torna capaz de realmente se comportar como um ser feminino, ao escolher suas roupas, seu modo de agir, além da maneira como vai se comportar em ambientes sociais, assim continua afirmando Stoller (1982, p. 30):

Perturbado por causa de seu corpo masculino, o transexual agora cria a ilusão de ser feminino. Depois de toda a sua vida aprendendo, ele é capaz de passar ao novo papel feminino com sucesso e sem ensaios adicionais. Repetidas vezes vemos tais pessoas, tendo feito suas escolhas, vestirem roupas do sexo oposto e saírem pelo mundo sem que seu segredo seja descoberto. Eles já sabem que roupas devem escolher, como devem vestilas, como proceder à medida que encontram as inúmeras situações sociais nas quais as pessoas (geralmente) se expressam automaticamente de modo apropriado para um homem ou para uma mulher. Sendo diferentes do travesti e do homossexual efeminado (em cujas situações a conservação do pênis é crucial e está no núcleo da perversão), cujo sucesso é precisamente expresso por uma ereção, essa passagem para o outro gênero não é uma caricatura, uma imitação ou uma exibição, e nem é intermitente. O transexual permanente, e faz o possível para que assim seja, já que deseja tornar-se feminino viver apenas como uma mulher. Crucial na transformação será a mudança anatômica: a remoção dos pelos faciais e corporais; estrógeno para a produção de seios e outras características sexuais secundárias de uma mulher; e remoção do pênis e dos testículos, e a criação de uma vagina artificial. Quando tudo isso é feito, o paciente realmente vive, daí por diante, como uma mulher.

O transexual tem a consciência de que é normal biologicamente, no entanto, essa consciência coexiste com o desejo profundo de ser feminino, por isso, está disposto a tomar qualquer medida que seja necessária para alterar seu corpo em busca de tornar-se a mulher que deseja ser externamente, já que internamente esse sentimento já é uma realidade para si mesmo.

Esse esforço para mudar de sexo, caracterizado pela motivação e pela vontade de remover de si as características do indesejado sexo masculino nada mais é que uma tentativa de resolução do conflito que ele possui desde sua infância.

Uma das associações médicas mais influentes dos Estados Unidos, a *College of Pediatricians*, se manifestou em setembro de 2017 sobre o assunto,

defendendo que uma pessoa biologicamente normal que acredita pertencer a outro sexo é portadora de um problema biológico objetivo, conforme registrado a seguir (2017, on-line):

A crença de uma pessoa de ser algo que ela não é, na melhor das hipóteses, é um sinal de pensamento confuso. Quando um menino biologicamente saudável acredita que é uma menina, ou uma menina biologicamente saudável acredita que é um menino, existe um problema psicológico objetivo, que está na mente, não no corpo, e deve ser tratado dessa forma. Essas crianças sofrem de disforia de gênero, formalmente conhecida como transtorno de identidade de gênero, uma desordem mental reconhecida na edição mais recente do Manual Diagnóstico e Estatístico da American Psychiatric Association.

O Manual Diagnóstico e Estatístico da *American Psychiatric Association* (2014, p. 495), estabeleceu o termo “Disforia de Gênero”, o qual refere-se “ao sofrimento que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero designado de uma pessoa.” Ainda de acordo com o manual esse termo seria mais “descritivo” do que o “*transtorno de identidade de gênero*”, o qual era utilizado anteriormente, pois foca a “disforia como um problema clínico, e não como identidade por si própria.”

O Manual também elencou a maneira como os sintomas da disforia se apresentam de modos diferentes durante a infância, adolescência e na vida adulta, sintomas esses que são idênticos aos já citados anteriormente como por exemplo, preferência por brincar de boneca no caso de meninos, e no caso dos adultos, preferência por roupas efeminadas.

Podemos concluir que o enfoque dado à disforia de gênero, esta possui relação direta com a transexualidade, e ambos tratar-se-iam de um transtorno que necessita de um diagnóstico, para possibilitar eventual tratamento.

Valdir Sznick (1979, p. 64), defende em sua obra que o transexual deveria receber tratamentos psicológicos e psiquiátricos, no entanto ao citar o referido estudo é necessário se atentar ao contexto em que ele foi realizado, posto que em 1979 questões relativas a desvios de sexualidade ainda eram vistos com olhar repressivo por parte da sociedade. Feita tal consideração, segue o pensamento do autor:

A cura do transexual está na psiquiatria, psicoterapia individual (e de grupo), psicodrama, aliado à farmacopéia. A aversão do transexual a esse tratamento se assemelha, em muito, ao tratamento do alcoólatra e do

drogado: nem por isso, se deixa de empregar a psicofarmacopéia. Assim também no transexual. A terapia comportamental, durante um mínimo de seis meses, curará grande parte dos transexuais, não curará, quem sabe, os libidinosos

Mais recentemente, em 2016, o ex-chefe de psiquiatria do Hospital Johns Hopkins, Paul R. McHugh, concedeu entrevista ao *The Wall Street Journal*, afirmando que (2016, on-line), “a transexualidade é um transtorno mental que merece tratamento”, e que tal tratamento não consiste apenas em realizar a cirurgia de redesignação sexual.

O médico chegou a comparar o transtorno sofrido pelo transexual com o de uma pessoa anoréxica, que ao se olhar no espelho pensa estar acima do peso.

Para ele (2016, on-line), a mudança de sexo é biologicamente impossível, assim disse na entrevista:

As pessoas que se submetem à cirurgia de troca de sexo não mudam de homem a mulher, ou vice-versa. Pelo contrário, transformam-se em homens ou mulheres masculinizados ou feminilizadas. Afirmar que isso é questão dos direitos civis e fomentar a intervenção cirúrgica é, na verdade, colaborar e promover um transtorno mental.

Sobre o assunto, torna-se necessário citar no presente trabalho a recente polêmica envolvendo o Juiz Federal Waldemar Claudio de Carvalho, do Distrito Federal, o qual autorizou liminarmente que psicólogos ofereçam terapias de reversão sexual, o que ficou popularmente conhecido como “cura gay”.

A decisão do magistrado na audiência de justificação prévia contrariou uma resolução do Conselho Federal de Psicologia, editada em março de 1999, a qual estabelece em seu artigo terceiro que (1999, on-line), “os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.”

Ocorre que, analisar a decisão do juiz na íntegra, observamos que em nenhum momento o mesmo demonstrou um comportamento homofóbico ou se referiu a homossexualidade como uma doença, mas apenas defendeu a liberdade científica de profissionais como psicólogos, assegurada pela Constituição Federal de 1988. Segue alguns trechos da ata da referida audiência (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, Ação Popular nº 1011189-79.2017.4.01.3400, 2017):

Conforme se pode ver, a norma em questão, em linhas gerais, não ofende os princípios maiores da Constituição. Apenas alguns de seus dispositivos, quando e se mal interpretado, podem levar à equivocada hermenêutica no sentido de se considerar vedado ao psicólogo realizar qualquer estudo ou atendimento relacionados à orientação ou reorientação sexual. Digo isso porque a Constituição, por meio dos já citados princípios constitucionais, garante a liberdade científica bem como a plena realização da dignidade da pessoa humana, inclusive sob o aspecto de sua sexualidade, valores esses que não podem ser desrespeitados por um ato normativo infraconstitucional, no caso, uma resolução editada pelo C.F.P.

Assim, a fim de interpretar a citada regra em conformidade com a Constituição, a melhor hermenêutica a ser conferida àquela resolução deve ser aquela no sentido de não privar o psicólogo de estudar ou atender àqueles que, voluntariamente, venham em busca de orientação acerca de sua sexualidade, sem qualquer forma de censura, preconceito ou discriminação. Até porque o tema é complexo e exige aprofundamento científico necessário.

Ao deferir a liminar e determinar a suspensão dos efeitos da referida resolução, o magistrado ainda continuou fundamentando da seguinte forma:

Por todo exposto, vislumbro a presença dos pressupostos necessários à concessão parcial da liminar vindicada, visto que: a aparência do bom direito resta evidenciada pela interpretação dada à Resolução nº 001/1190 pelo C.F.P., no sentido de proibir o aprofundamento dos estudos científicos relacionados à (re) orientação sexual, afetando, assim, a liberdade científica do País e, por consequência, seu patrimônio cultural, na medida em que impede e inviabiliza a investigação de aspecto importantíssimo da psicologia, qual seja, a sexualidade humana. O perigo da demora também se faz presente, uma vez que, não obstante o ato impugnado datar da década de 90, os autores encontram-se impedidos de clinicar ou promover estudos científicos acerca da (re) orientação sexual, o que afeta sobremaneira os eventuais interessados nesse tipo de assistência psicológica.

Com base em tudo que já foi estudado até aqui, acreditamos que a decisão do juiz é totalmente benéfica aos transexuais, posto que identificamos a angústia vivida por tais indivíduos, a qual pode ser descrita da seguinte forma:

O sofrimento de um transexual é intenso. Ele vive o conflito permanente de possuir uma genitália estranha às suas sensações, desejos e fantasias. Diferente dos travestis, que usam seus próprios genitais para a obtenção de prazer, os transexuais não se imaginam, não se vêem com a genitália que possuem, sentindo-a como corpo estranho. Há sentimento de repulsa e revolta. Os transexuais masculinos, por exemplo, sentem-se mulheres. Seu psiquismo é feminino, seus desejos são femininos. Vestir-se como homem é algo estranho e constrangedor. Pela experiência clínica, o desejo sexual é voltado para o homem, mas é um desejo tipicamente feminino. Não passa pelo seu universo ter relações como homem, pois não se vê e nem se sente como tal. O desejo é voltado para homens heterossexuais (ARAUJO, 2000, p. 55).

Portanto, proibir que esses indivíduos recebam tratamentos psicológicos e psiquiátricos, caso possuam interesse, caracterizaria um verdadeiro retrocesso, considerando o fato de que apenas a cirurgia não será a resolução para seus conflitos.

Apesar de já ser considerada uma questão pacífica no nosso ordenamento jurídico, faremos a seguir breves apontamentos sobre a cirurgia de redesignação sexual e os reflexos que sua efetivação provocou na vida social e jurídica dos transexuais.

2.3 Cirurgia de Redesignação Sexual e Seus Reflexos Jurídicos

Como vimos acima, o transexual sente a necessidade de procurar auxílio médico para se aceitar e na medicina atual, após acompanhamentos psicológico e psiquiátrico, em conjunto com uso de hormônios, a cirurgia de redesignação sexual é o meio utilizado para adequar essas pessoas ao sexo desejado.

A cirurgia consiste basicamente em amputar o órgão sexual no caso dos homens e remoção de seios e formação de um novo pênis usando parte da pele da região abdominal ou inguinal no caso das mulheres, conforme explica Peres (2001, p. 160):

Os homens têm seus órgãos sexuais amputados, sendo a pele sensível do pênis aproveitada para a feitura de uma vagina artificial, aumentando-se ainda os seios. Nas mulheres, a cirurgia consiste em remover os seios e em realizar uma histerectomia. Remove-se parte da pele da região abdominal ou inguinal, preparando-se, assim, o novo pênis (faloneoplastia), conseguindo-se, muitas vezes, segundo relatos médicos, um pênis de dimensões normais e funções também quase normais.

Durante muito tempo esse procedimento foi proibido pelo Conselho Federal de Medicina no Brasil, pois acreditava-se que tal cirurgia configuraria ofensa à integridade física do indivíduo, podendo até mesmo responsabilizar penalmente o médico que a realizasse pelo crime de Lesão Corporal, tipificado pelo artigo 129 do Código Penal brasileiro.

Ocorre que, em 1997, o CFM editou a Resolução nº 1.482, a qual foi a primeira a tratar sobre o tema. Essa resolução passou a considerar que a realização

da cirurgia de redesignação sexual não configura crime de lesão corporal, “visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico”.

Sobre essa evolução proporcionada pela medicina, Guilherme de Souza Nucci afirma (2012, p. 50):

Surge na modernidade, calcada na dignidade da pessoa humana, a possibilidade cada vez maior de mudança de sexo, por cirurgias invasoras e corretivas, antes consideradas nítidas lesões corporais de natureza grave; hoje, no entanto, concebidas como operações de cura e adaptação do ser humano ao seu íntimo e ao seu psicológico. Busca-se assegurar a boa harmonia entre o sexo idealizado e sentido pela pessoa com a realidade física oposta. A medicina, mais adiantada que o Direito, passou a visualizar essa cirurgia como corretiva, tal como se faz com a vítima de queimaduras graves, quando se recompõe o corpo ao estado ideal.

Inicialmente, a resolução permitiu a realização da cirurgia apenas a título experimental, autorizando-a ainda apenas em hospitais universitários ou hospitais públicos que fossem adequados à pesquisa. Além disso, estabeleceu critérios de definição do transexualismo, passivo a se submeter a tal procedimento, os quais seriam: desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos e ausência de outros transtornos mentais.

O último critério merece atenção especial, em razão de que a realização da cirurgia em uma pessoa que não tenha capacidade de se entender como transexual por possuir outros transtornos psicológicos pode causar danos irreversíveis ao indivíduo.

Em 2002 editou-se a Resolução nº 1.652, a qual revogou a primeira e passou a permitir a realização da cirurgia para adequação do fenótipo masculino para feminino em hospitais públicos ou privados, independente de possuírem ou não atividade de pesquisa, desde que o corpo clínico desses hospitais estivessem devidamente registrados no Conselho Regional de Medicina, possuindo ainda uma equipe de profissionais multidisciplinar, envolvendo psiquiatras, cirurgiões, psicólogos, assistentes sociais e endocrinologistas.

Tal observação é muito importante no sentido de que quando falamos em cirurgia de redesignação sexual, a abrangência é muito maior do que uma simples operação, conforme discorre Araujo (2000, p. 65):

Quando se fala em cirurgia de redesignação de sexo não se está a falar apenas na operação, mas em todos o preparo necessário para a orientação psicológica e psiquiátrica, como, por exemplo, o tratamento hormonal que precede e sucede a operação, as plásticas necessárias, o tratamento fonoaudiólogo, enfim, todas as providências para que a adaptação ao novo sexo seja feita da forma mais íntegra possível, adaptando o indivíduo para que ele possa assumir, com possível tranquilidade, a nova realidade.

Dessa maneira, o transexual que sofrer a cirurgia de redesignação sexual passará por todo um período de adaptação anterior e posterior à cirurgia propriamente dita.

E continua (2000, p. 65):

A realidade do transexual não será alterada apenas pela cirurgia, mas por todo o cuidado pós-cirúrgico. O indivíduo operado passará por um acompanhamento psicológico para que mais facilmente se adapte à nova realidade. Esse acompanhamento será também de ordem médica, além de ser necessária a assistência de outros profissionais. Mesmo a voz do transexual operado deverá ser adaptada ao seu novo sexo e, para isso, deverá contar com a ajuda de um fonoaudiólogo.

Por fim, sobreveio a Resolução nº 1.955 de 2010, a qual está vigente até hoje e prevê que os estabelecimentos onde serão realizados os procedimentos de “tratamento do transgenitalismo” deverão preencher os requisitos dessa resolução, e ainda possuírem equipe multidisciplinar, sem fazer qualquer referência quando a necessidade do local ser direcionado à pesquisa.

Tal resolução continuou dando atenção especial aos tratamentos prévios e pós-cirúrgicos, ao afirmar que “as terapêuticas prévias, as cirurgias e os prolongado acompanhamento pós-operatório são atos médicos em sua essência.”

Dois pontos em comuns nas três resoluções merecem destaque. O primeiro é que ambas consideraram o paciente transexual “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual”, o que reforça nossa posição de que o sentimento transexual parte de um sentimento psicológico da pessoa que provoca a disforia de gênero.

O outro ponto é quanto a idade mínima exigida para que o paciente seja autorizado a se submeter à redesignação sexual, a qual é de 21 anos. Atualmente o CFM discute a possibilidade de reduzir para 18 anos, sob a argumentação de que se a maioridade é de 18 anos, não há porque esperar três anos para autorizar o procedimento.

Até dezembro de 2016, o Sistema Único de Saúde havia realizado 370 procedimentos hospitalares e 13.863 procedimentos ambulatoriais em transexuais, relacionados à mudança de sexo, incluindo cirurgias.

No que diz respeito à repercussão jurídica da cirurgia de redesignação sexual, em março deste ano, o Supremo Tribunal Federal decidiu que seria possível a alteração do registro civil de transexuais e transgêneros mesmo que não tenham passado pelo procedimento.

Ao julgar a ADI 4.275, o STF decidiu também pela dispensabilidade da autorização judicial para que o registro civil seja alterado, assim a mudança pode ser solicitada administrativamente.

Em seu voto, ao defender a autorização para alteração do registro civil, a Ministra Carmen Lúcia argumentou no sentido de que “não se respeita a honra de alguém se não se respeita a imagem do que ele é, e não há coerência entre a essência e a aparência, e ter de viver segundo a aparência que o outro impõe é uma forma permanente de sofrimento”.

Diante desta decisão, em maio o Diário de Justiça Eletrônico do Estado de São Paulo publicou o provimento 16/18, o qual regulamenta a atuação dos cartórios do Estado, autorizando a alteração administrativa do registro civil dos transexuais.

De acordo com a regulamentação, basta que o transexual, maior de 18 anos, com capacidade para expressar sua vontade inequívoca e livremente, se dirija até um Cartório de Registro Civil do Estado, portando documentos pessoais e preencher pessoalmente um requerimento.

O provimento estabelece ainda que feita a alteração, o novo prenome só poderá ser alterado mediante autorização judicial.

Sabemos que já temos grandes avanços legais dentro do nosso ordenamento no que diz respeito ao reconhecimento de direitos dos transexuais, no entanto, no âmbito penal ainda temos muito a ser conquistado.

3 CONTEXTO HISTÓRICO E LEGAL DA LEI MARIA DA PENHA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS MEDIDAS PROTETIVAS NELA ELENCADAS

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, foi criada, como o próprio artigo primeiro diz, para “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Ficou conhecida como Lei Maria da Penha como uma forma de homenagear Maria da Penha Maria Fernandes, a qual foi de certa forma, quem fez com que a violência contra a mulher fosse debatida no Brasil.

A farmacêutica Maria da Penha era casada com o economista colombiano e naturalizado brasileiro, Marco Antônio Heredia Viveiros, o qual, desferiu um tiro de espingarda contra sua esposa, enquanto dormia. Tal fato ocorreu no dia 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza, onde residiam. O tiro desferido contra Maria por Marco Antônio, atingiu sua coluna e destruiu a terceira e a quarta vértebras, deixando-a paraplégica.

Como se não bastasse, uma semana depois, Maria foi vítima de um novo ataque do marido. Desta vez, enquanto tomava banho, recebeu uma descarga elétrica. Após esse fato, a farmacêutica entendeu o porquê de Marco não utilizar o banheiro do casal já há algum tempo, sempre utilizando o banheiro das filhas para tomar banho, o que evidenciou ter sido ele o autor da segunda agressão. Na ocasião, o então esposo de Maria afirmou que a referida descarga elétrica não seria capaz de produzir qualquer lesão.

Sobre o primeiro ataque, o agressor tentou negar a autoria alegando que havia ocorrido um assalto na residência onde morava com Maria, no entanto, as provas obtidas no Inquérito Policial juntamente com as provas testemunhais de empregados do casal, os quais relataram o gênio extremamente violento de Marco, foram suficientes para incriminá-lo em embasar a denúncia oferecida pelo Ministério Público em 28 de setembro de 1984.

Foi encontrada também, a espingarda utilizada no crime, porém o autor permanecia negando, além de ter declarado que não possuía qualquer arma de fogo.

O réu foi levado a júri no dia 4 de maio de 1991, sendo condenado pelo plenário, no entanto, na apelação, a defesa conseguiu que uma nulidade decorrente na elaboração de quesitos fosse reconhecida, anulando o julgamento. O segundo

juízo ocorreu em 15 de março de 1996, sendo nesta oportunidade, condenado a dez anos e seis meses de prisão. Após novos recursos da defesa, em 2002 foi preso, ou seja, apenas dezenove anos depois da prática do crime.

A repercussão do presente caso foi tão grande, que em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia elaborada pela própria vítima Maria da Penha. Assim, em 16 de abril de 2001, a comissão publicou o Relatório 54/2001, o qual, trata-se de um documento indispensável para o estudo e análise da violência contra mulher no Brasil, incentivando também que o assunto fosse discutido, resultando na publicação da Lei Maria da Penha em 2006.

A respeito da importância do referido relatório, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007, p. 13-14), discorrem da seguinte forma:

Nesse relatório é realizada uma profunda análise do fato denunciado, apontando-se, ainda, as falhas cometidas pelo Estado brasileiro que, na qualidade de parte da Convenção Americana (ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) e Convenção de Belém do Pará (ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 2005), assumiu, perante a comunidade internacional, o compromisso de implantar e cumprir os dispositivos constantes desses tratados. Dentre as diversas conclusões, ressaltou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que “a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso (pelo Brasil) de reagir adequadamente ante a violência doméstica”. E nem poderia ser diferente: passados quase 19 anos desde a prática do crime até a elaboração do relatório pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a impunidade verificada por conta, principalmente, da lentidão da justiça e da utilização desenfreada de recursos, revela que o Estado brasileiro, de fato, não aplicou internamente as normas constantes das convenções por ele ratificadas.

Mais especificamente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos fez as seguintes recomendações ao Estado Brasileiro:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso

rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

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 consequências 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.

5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana.

Cabe destacar que o Brasil se omitiu à essas recomendações, e em razão dessa omissão e em face do artigo 51.1 do Pacto San José da Costa Rica, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tornou público o teor do relatório, conferindo repercussão internacional ao caso.

Em entrevista pública na internet à época dos fatos, Maria da Penha apud Cunha e Pinto (2007, p. 16), discorreu sobre a importância que seu caso teve para que assuntos relacionados a violência doméstica contra a mulher recebessem a devida atenção no ordenamento jurídico brasileiro:

Para mim foi muitíssimo importante denunciar a agressão, porque ficou registrado internacionalmente, através do meu caso, que eram inúmeras as vítimas do machismo e da falta de compromisso do Estado para acabar com a impunidade. Me senti recompensada por todos os momentos nos quais, mesmo morrendo de vergonha, expunha minha indignação e pedia justiça para meu caso não ser esquecido.

Tendo abordado brevemente o contexto histórico da Lei Maria da Penha, passaremos a analisar e interpretar o texto legal, conferindo um enfoque especial às medidas protetivas de urgência estabelecidas por ela, como mecanismo de proteção à mulher vítima de agressão doméstica e familiar.

3.1 Disposições Preliminares do Dispositivo Legal

Como destacamos anteriormente, o artigo primeiro da Lei nº 11.340/2006 estabelece os objetivos do dispositivo, conforme segue:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A Lei Maria da Penha basicamente extraiu da violência comum um subtópico de violência, a qual ficou caracterizada como àquela praticada contra a mulher no ambiente doméstico, familiar ou íntimo. Destaca-se que tal dispositivo não busca proteger a vítima mulher apenas de maneira repressiva, mas conta também com importantes mecanismos preventivos e assistenciais para mitigar essa modalidade de agressão.

Muito se discutiu sobre a constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006, em razão desta conferir proteção apenas para as mulheres, o que não merece ser considerado visto que determinados sujeitos merecem sistemas de proteção específicos e diferenciados, segundo Helena Omena Lopes de Faria e Mônica de Melo (1998, p. 373):

O sistema geral de proteção tem por endereçamento toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade. Por sua vez, o sistema especial de proteção realça o processo de especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto de forma concreta e específica, pois determinados sujeitos de direitos, ou certas violações de direitos exigem uma resposta diferenciada. Importa o respeito à diversidade e a diferença, assegurando-se um tratamento especial.

Nesse sentido, e conforme estabelecido pelo artigo segundo da Lei, toda mulher tem o direito de viver sem violência, tendo sua saúde física e mental preservada:

Art. 2º 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.

E o artigo terceiro segue estabelecendo garantias para as mulheres:

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Salienta-se que mesmo o rol de garantias parecer ser extenso e detalhado após a leitura dos dois dispositivos citados acima, parte dos estudiosos entendem que a Lei ainda deixou lacunas em branco:

O óbvio não precisa constar em lei, ainda mais se está dito, em termos mais adequados, pelo texto constitucional de maneira expressa e, identicamente, em convenções internacionais, ratificadas pelo Brasil, em plena vigência. De outro lado, o extenso rol de classificações realizado é, também, pueril, pois, quanto mais se busca descrever, sem generalizar, há o perigo de olvidar algum termo, dando brecha a falsas interpretações. Inseriu-se 'independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião.' Omitiu o legislador, por exemplo, os termos 'cor' e 'origem' (existentes no art. 3º, IV, CF) e a expressão 'procedência nacional' (art. 1º, *caput*, da Lei 7.716/89). Por acaso mulheres de 'cores' diversas gozam de direitos humanos fundamentais diversificados? (NUCCI, 2006, p. 861).

Merece atenção, em razão do tema principal desse trabalho, citarmos o fato de que o legislador assegura a proteção à mulher, independentemente de sua orientação sexual, no entanto, isso será tratado mais adiante, quando formos estudar a aplicação da Lei em casos concretos, baseando-se em jurisprudências dos Tribunais brasileiros.

A seguir, faremos uma breve definição de acordo com o texto legal em questão, dos diferentes tipos de violência sujeitos à proteção da Lei Maria da Penha.

3.2 Violência Contra a Mulher: Conceito e Diferentes Modalidades

A Lei Maria da Penha dispõe no artigo 5º, que se caracteriza violência doméstica e familiar como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Esse tipo de violência praticada contra a mulher tem o objetivo de intimidá-la e humilhá-la, na maioria das vezes, pelo simples fato de ser mulher, conforme bem destacou Cunha e Pinto ao reescreverem em sua obra a definição dada pelo Conselho da Europa:

Qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meio de enganos, ameaças, coação ou qualquer outro meio, a qualquer mulher, e tendo como objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais (CONSELHO DA EUROPA apud CUNHA; PINTO, 2007, p. 24).

Nesse sentido, a agressão praticada contra a mulher tem como principal efeito a usurpação de seus direitos, aproveitando da sua hipossuficiência e vulnerabilidade para obter êxito nisso. Não por acaso, o artigo 6º da Lei assegura ainda que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

Para buscar suprir eventuais lacunas que seriam causadas pelos casos concretos envolvendo violência contra a mulher, o legislador buscou esclarecer o que seria entendido como ambientes doméstico, familiar e íntimo dentro dos parâmetros de abrangência da Lei Maria da Penha, conforme seguem os incisos do artigo 5º do dispositivo legal:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Para Cunha e Pinto (2007, p. 30), a violência praticada no âmbito doméstico “compreende aquela praticada no espaço caseiro”, destacando ainda que inclusive “insere-se, na hipótese a agressão do patrão em face da empregada”.

Destacamos que o homem também pode ser vítima de violência doméstica, no entanto, será amparado pelo parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, tendo em vista que as medidas de proteção e assistência da Lei nº 11.340 de 2006 são limitadas às vítimas mulheres.

Na esfera da família, segundo Cunha e Pinto (2007, p. 20), é abrangida a violência “praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção).”

O problema maior em relação à interpretação dos ambientes em que a violência contra mulher é praticada de acordo com a Lei Maria da Penha está no inciso III, pois a expressão “relação íntima de afeto” é ampla, podendo se referir a qualquer tipo de relacionamento fundado não apenas com amor, mas também com uma simples confiança entre a vítima e o agressor. Tal inciso se torna ainda mais abrangente quando assegura que a violência restará caracterizada “independentemente de coabitação”, previsão essa que causa divergências e discussão na doutrina penalista:

Creemos ser inaplicável o dispositivo no inciso III do art. 5º, desta lei, para efeitos penais. Na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher, no art. 2º, §1º, prevê-se que a violência contra a mulher tenha ocorrido ‘dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual’. Logo, é bem menos abrangente do que a redação do inciso III do art. 5º, da Lei 11.340/2006. Exige-se, no texto da Convenção, a existência de coabitação atual ou passada. Na Lei 11.340/2005 basta a convivência presente ou passada, independentemente de coabitação. Ora, se agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do dispositivo no inciso III (NUCCI, 2006, p. 865).

Creemos que no inciso III, o legislador buscou abranger situações de namoro por exemplo, visto que, esse tipo de relação não seria enquadrada nos incisos I e II por não possuir convívio permanente em um mesmo espaço ou vínculo parental, e por isso assegurou ainda que a violência seria caracterizada independentemente do agressor residir ou não na mesma casa que a vítima.

A Lei nº 11.340 também diferencia as formas como a violência contra a mulher poderá ser praticada, categorizando-as em física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. O artigo 7º ainda tenta detalhar as condutas que serão enquadradas em cada uma dessas modalidades, mas deixa claro no *caput* que não se trata de um rol taxativo, ao destacar a expressão “entre outras”, conforme segue:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida 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;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A violência física é aquela literalmente praticada com o esforço físico do agressor, por meio de socos, chutes, empurrões, arremessos de objetos, queimaduras, ofendendo a integridade física e a saúde da vítima. Nem sempre esse tipo de agressão vai deixar marcas permanentes no corpo da vítima, o que eventualmente pode dificultar os exames de corpo de delito. Esse tipo de agressão é tradicionalmente denominada *de vis corporalis*.

A agressão psicológica é tão grave quanto a física, e se caracteriza por condutas de ameaça, rejeição, humilhação do agressor contra a vítima, com o

objetivo de humilhá-la e inferiorizá-la, figurando o que a doutrina chama de *vis compulsiva*.

É muito comum situações em que o agressor obriga a mulher vítima a manter relação sexual com ele contra sua vontade, o que configura a violência sexual. No entanto, a lei assegura que esse tipo de violência também restará caracterizada quando a vítima forma obrigada pelo agressor a não apenas manter relação sexual com ele mesmo, mas também quando for abrigada a ter ou presenciar relações sexuais de terceiros contra sua vontade. Em todos os casos haverá condutas de ameaça, coação ou uso de força por parte do agente agressor.

A Lei traz ainda situações em que a mulher é obrigada a comercializar de qualquer modo sua sexualidade, proibida de usar métodos contraceptivos ou forçada a praticar um aborto, por meio de chantagem, manipulação ou suborno. Para Cunha e Pinto (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”.

Como o próprio dispositivo acima diz, entende-se por violência patrimonial qualquer forma de retenção, subtração ou destruição de objetos que sejam de propriedade da vítima, sejam eles pessoais, de valores, instrumentos de trabalho ou recursos econômicos. Para os autores citados (2007, p. 38), a violência patrimonial “raramente se apresenta separada das demais, servindo, quase sempre, como meio de agredir, física ou psicologicamente, a vítima”.

Por fim, a violência moral será configurada quando houver prática de calúnia, difamação e injúria contra vítima, no entanto, se referenciando ao gênero feminino e à sua condição de mulher, sempre buscando colocá-la em posição de inferioridade ou de humilhação.

Antes de passarmos para o estudo das medidas protetivas de urgência elencadas na Lei, é importante destacarmos a previsão do parágrafo único do artigo 5º do dispositivo em estudo, o qual estabelece que as relações que configuram violência doméstica, familiar ou íntima contra a mulher independem de sua orientação sexual. Ou seja, a mulher se torna beneficiária da proteção e assistência conferidas pela Lei independentemente de possuir um relacionamento heterossexual ou homossexual, por exemplo, visto que não perde sua condição de ser mulher.

Ao nosso ver, tal previsão é digna de ser aplicada desde que seja caracterizada a vulnerabilidade física e psicológica da vítima em relação ao

agressor, o que não ocorrerá por exemplo no caso de um homem transexual, que é aquele indivíduo pertencente ao sexo feminino, mas que se enxerga psicologicamente como homem, buscando por meio de tratamentos hormonais e cirúrgicos passar a pertencer, pelo menos, ao gênero desejado.

No entanto, tal discussão será aprofundada quando tratarmos da possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de agressões doméstica, familiar e íntima contra transexuais femininos.

3.3 Das Medidas Protetivas de Urgência: Disposições Gerais e Natureza Jurídica

O artigo 18 da Lei dispõe que após receber o expediente com o pedido da vítima ofendida, o juiz tem o prazo de 48 horas para decidir sobre a medida protetiva de urgência que caberá ser aplicada ao caso concreto, além de comunicar o Ministério Público sobre as providências cabíveis e, se for o caso, encaminhar a ofendida à uma assistência judiciária gratuita.

O artigo seguinte assegura ainda que a concessão das referidas medidas protetivas não depende apenas de requerimento da ofendida, podendo ser concedidas também de ofício pelo juiz, ou ainda, mediante requerimento do ministério público. A aplicação também pode ser cumulativa, além de ser possível substituir a medida aplicada por outra que seja mais compatível e eficaz para com o caso específico.

Um ponto introdutório a respeito das medidas protetivas de urgência que merece destaque é a possibilidade de prisão preventiva do agressor, conferida pelo artigo 20 da Lei nº 11.340/2006:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Tal determinação também é prevista no inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que a prisão preventiva será admitida “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança,

adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantia a execução das medidas protetivas de urgência”.

No entanto, apesar da intenção prioritária do legislador sempre ser a proteção da ofendida vítima de violência, a doutrina recomenda cautela na aplicação da prisão preventiva, pois deve-se levar em consideração que nem todo crime é compatível com a privação de liberdade decretada preventivamente:

fundamental muita cautela para tomar essa medida. Há delitos incompatíveis com a decretação de prisão preventiva. Ilustrando: a lesão corporal possui pena de detenção de três meses a três anos; a ameaça, de detenção de um a seis meses, ou multa. São infrações penais que não comportam preventiva, pois a pena a ser aplicada, no futuro, seria insuficiente para ‘cobrir’ o tempo de prisão cautelar (aplicando-se, naturalmente, a detração, conforme art. 42 do CP). Leve-se em conta, inclusive, para essa ponderação, que vigora no Brasil a chamada ‘política da pena mínima’, vale dizer, os juízes, raramente, aplicam pena acima do piso e, quando o fazem, é uma elevação ínfima, bem distante do máximo (NUCCI, 2006, p. 877).

Em contrapartida, corrente de pensamento diversa defende que a aplicação da prisão preventiva é providencial, levando em consideração que assume um papel coercitivo essencial de efetivação das medidas protetivas elencadas na Lei, objetivando sempre a completa proteção da mulher:

O dispositivo é providencial, constituindo-se em um utilíssimo instrumento para tornar efetivas as medidas de proteção preconizadas pela novel legislação. Não houvesse essa modificação, a maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher ficaria privada do instrumento coercitivo da prisão preventiva por ausência de sustentação nos motivos elencados no art. 312, CPP, tradicionalmente e nos casos de cabimento arrolados no art. 313, CPP (CABETTE, 2006, on-line).

O citado autor já havia dissertado sobre o assunto em outra obra:

a utilidade dessa inovação é cristalina. Basta, para exemplificar, destacar a inocuidade da medida protetiva de urgência de proibição ao agressor de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando um limite mínimo de distância entre estes e o agressor (art. 22, III, a, da Lei 11.340/2006). Tal determinação judicial desprovida de um instrumento coercitivo rigoroso não passaria de formalidade estéril a desacreditar a própria Justiça (CABETTE, 1996, p. 208).

Cunha e Pinto (2007, p. 81), também defendem a cautela na abordagem do tema:

Primeiro, porque não basta, para a decretação da medida de exceção, que o crime tenha sido perpetrado contra a mulher, no âmbito doméstico ou familiar. É preciso que, além disso, estejam presentes, também, os pressupostos e fundamentos justificadores da prisão preventiva, elencados no art. 312 do CPP, de início, se exigirá a presença de prova da existência do crime e indício de sua autoria, a configurar o *fumus boni iuris*.

Além disso, a fim de contemplar o binômio clássico que inspira toda e qualquer medida cautelar, é de rigor a demonstração do *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*)

Antonio Scarence Fernandes (2005, p. 315-316), assegura que nesse caso o *periculum in mora* está previsto no próprio dispositivo:

previsto nas quatro hipóteses autorizadoras da prisão constantes da parte inicial do mencionado artigo, ou seja, prisão para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Outra peculiaridade que merece ser citada a respeito das medidas protetivas diz respeito à sua natureza jurídica, o que também interfere diretamente na constitucionalidade da prisão preventiva, conforme discorrem Cunha e Pinto (2007, p. 82):

Outro dado nos parece fundamental. O art. 41 da lei, que ampliou a redação do art. 313 do CPP, permitiu a prisão preventiva “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. Tais medidas protetivas estão previstas nos arts. 18 *usque* 24 da lei. Ocorre que várias dessas medidas possuem, inequivocamente, caráter civil. Ora, se decretar a prisão preventiva do agressor, como forma de garantir a execução de uma medida protetiva de urgência, de índole civil, parece provimento que incorrerá na inevitável pecha de inconstitucionalidade.

Com efeito, se a medida protetiva é de caráter civil, a decretação da prisão preventiva, em um primeiro momento, violará o disposto nos arts. 312 e 313 do CPP, que tratam, por óbvio, da prática de crimes. E, pior, afrontará princípio constitucional esculpido no art. 5º, LXVII, que autoriza a prisão civil apenas para as hipóteses de dívida de alimentos ou depositário infiel. Tais hipóteses, como é cediço, compõem um rol taxativo que, por importarem em restrição da liberdade, não admitem ampliação. De forma que, ao se imaginar possível a decretação da prisão preventiva para assegurar o cumprimento de uma medida de urgência de índole civil, se estaria criando uma nova hipótese de prisão civil, por iniciativa que é vedada ao legislador infraconstitucional.

A respeito da natureza jurídica das medidas protetivas, ainda prevalecem controvérsias sobre o tema, visto que não foi esclarecida pelo dispositivo legal, cabendo tal constatação à interpretação de juristas e operadores do Direito.

A respeito desta discussão discorre Fausto Rodrigues de Lima (2011, p. 329):

A doutrina tem discutido sobre a natureza jurídica das medidas protetivas: segundo alguns, se for penal, as medidas pressupõem um processo criminal, sem a qual a medida protetiva não poderia existir; outros pregam sua natureza cível, de forma que elas só serviriam para resguardar um processo civil, como o de divórcio. Acessórias, as medidas só funcionariam se e enquanto perdurar um processo principal, cível ou criminal.

Entendemos que essa discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. E só. Elas não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Elas não visam processos, mas pessoas.

Para Amom Albernaz Pires (2011, p. 161), prevalece a natureza cível das medidas protetiva, distinguindo-as das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal no seguinte sentido:

As medidas protetivas têm natureza jurídica cível *sui generis* no sentido de constituírem ora ordens mandamentais satisfativas, ora inibitórias e reintegratórias (preventivas), ora antecipatórias, ora executivas, todas de proteção autônomas e independentes de outro processo, as quais visam proteger os bens jurídicos tutelados pela Lei Maria da Penha e não proteger eventual futuro ou simultâneo processo [...] cível ou penal. Assim, as medidas protetivas se distinguem das medidas cautelares previstas no CPP e no CPC e com elas não se confundem.

E prossegue:

O deferimento das medidas protetivas não depende do interesse da vítima na persecução penal e, uma vez deferidas as medidas, a manutenção de sua vigência, embora transitória, não depende da propositura de eventual ação cível ou penal. As medidas protetivas têm demonstrado que se afiguram eficazes em termos penais de prevenção especial, ao diminuir a probabilidade de reincidência do agressor destinatário da medida e contribuir para a interrupção do ciclo da violência de gênero, trazendo alívio e segurança à vítima (PIRES, 2011, p. 162).

De acordo com o Promotor de Justiça de Minas Gerais, Mario Antônio Conceição (2014, on-line), as medidas protetivas de urgência possuem caráter cível, uma vez que seus efeitos persistem mesmo que inexista ação penal:

O pedido de medida de proteção de urgência (MPU) deve ser compreendido como direito de ação, como nova tutela inibitória, a ser processada conforme o rito do artigo 273, CPC, podendo inclusive resultar em

provimento de natureza mandamental. As MPU's não tem natureza de cautelar penal, pois além de ser deferida por juízo com competência híbrida (cível e penal) seus efeitos persistem ainda que inexista persecução penal, o que garante plena e eficaz proteção à mulher

Nos Tribunais o entendimento não é pacífico, enquanto alguns entendem que as medidas protetivas dependem da existência de um processo penal ou cível, outras Cortes entendem que as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha possuem caráter cível, pois visam sobretudo a proteção de pessoas e bens.

É esse, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido. (STJ Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/02/2014, T4 - QUARTA TURMA).

Portanto, seguindo os entendimentos acima destacados, vincular as medidas protetivas da Lei Maria da Penha à existência de um procedimento criminal impediria a proteção efetiva da vítima. Um exemplo prático disso são os crimes de ação penal privada ou pública condicionada, uma vez que em certos casos a ofendida busca apenas ser amparada pelas medidas protetivas, não desejando portanto, que seja movido um procedimento penal contra o agressor, o que é facultado pelo artigo 12, inciso I, da Lei nº 11.340, ao dispensar a representação no momento da oitiva da vítima.

Assim sendo, as medidas protetivas devem permanecer enquanto persistirem ameaças morais, sexuais, físicas e patrimoniais contra a vítima, independentemente da existência ou não de representação criminal desta contra o

agressor, levando em consideração o objetivo principal de efetiva proteção contra a violência doméstica e familiar.

Na discussão sobre o tema, Anaílton Mendes de SáDiniz (2017?, on-line) aborda a questão da prisão preventiva:

Constata-se, que no capítulo em que se encontram inseridas as medidas relacionadas, há uma única, de natureza criminal, utilizada em situação extrema que é a prisão preventiva, que tem por fim garantir a execução das aludidas medidas protetivas. A prisão preventiva, medida cautelar de caráter eminentemente criminal, exige para sua decretação, no mínimo, um procedimento de investigação criminal ou processo penal em andamento, por força dos arts. 20, da LMP; 311, 312 e 313, III, do Código de Processo Penal (CPP). Daí se compreender que para sua subsistência seja imprescindível a existência de um procedimento de natureza criminal.

Para esclarecer a relação entre a possibilidade e necessidade de decretação da prisão preventiva e o reconhecimento da natureza cível das medidas protetivas segue um exemplo citado por Cabette (2006, on-line), no qual o mesmo deixa claro que as medidas protetivas sem um mecanismo coercitivo para acompanhá-las, não haveria qualquer eficácia prática:

Basta, para exemplificar, destacar a inocuidade da medida protetiva de urgência de proibição ao agressor de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando um limite mínimo de distância entre estes e o agressor (art. 22, III, "a", da Lei 11.340/06). Tal determinação judicial desprovida de um instrumento coercitivo rigoroso não passaria de formalidade estéril a desacreditar a própria Justiça.

Para Diniz (2017?, on-line), o descumprimento das medidas protetivas configura crime de desobediência, previsto no artigo 359 do Código Penal Brasileiro, o qual “como delito permanente, autoriza a iniciativa da Polícia ou qualquer pessoa do povo a prender o agressor em flagrante delito, enquanto durar a permanência da desobediência.”, conforme § 1º do artigo 10º da Lei Maria da Penha e artigos 301 e 303 do Código de Processo Penal.

O tipo penal em questão estabelece que será configurada a desobediência quando o agente, “Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial.” Apesar de a doutrina penal tradicional defender que a referida decisão judicial deve ser àquela proferida em processo de natureza criminal, nesse caso a norma deve ser interpretada de maneira literal e teleológica, abrangendo qualquer tipo de decisão, se

relacionamento diretamente com os princípios que norteiam a Lei Maria da Penha, os quais visam a completa proteção da vítima de violência doméstica e familiar.

Destaca-se que partindo desse objetivo principal da Lei nº 11.340/2006, seus dispositivos nunca devem ser interpretados de maneira abrandada, conforme estabelecido por Diniz (2017?, on-line):

Abrandar a interpretação das normas penais no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, como se o crime estivesse ocorrendo entre estranhos, é fragilizar toda a estrutura familiar e desmoralizar a Lei Maria da Penha que nasceu por imposição de Tratados e Convenções internacionais e por força da nossa Constituição Federal

Diniz (2017?, on-line), conclui que sendo o descumprimento das medidas, mesmo que de caráter cível, considerado crime de desobediência, é perfeitamente possível a decretação de prisão preventiva:

sendo o descumprimento considerado crime de desobediência, mesmo que não haja ainda inquérito policial ou processo penal em andamento, excepcionalmente por não ter havido infração penal antes, o que raramente ocorre, é perfeitamente concebível que, a Polícia, o Ministério Público ou o Judiciário tomando conhecimento e, havendo elementos comprobatórios, determine a instauração de inquérito para apuração do delito e adote as providências no sentido de ser decretada a prisão preventiva, como meio de garantir a execução das aludidas medidas (art. 5.º, I e II; e 313, III, do CPP). Ou, caso não haja preenchimento dos requisitos para a prisão preventiva, que seja aplicada qualquer das medidas cautelares, previstas no art. 319, do CPP, como por exemplo, o monitoramento eletrônico.

Ocorre que, em 4 de abril de 2018, a Lei nº 13.641/2018 alterou a Lei Maria da Penha, acrescentando o artigo 24-A, o qual torna crime a conduta de “descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei”, cominando pena de detenção de três meses a dois anos, portanto, após a alteração legislativa, o indivíduo que descumprir medidas protetivas impostas à luz da Lei Maria da Penha não responderá mais pelo crime de desobediência, mas sim por esse delito específico, o que ao nosso ver, continua conferindo legitimidade à possibilidade de decretação de prisão preventiva, visto que, agora não há mais dúvidas a respeito da desobediência à ordem judicial que defere uma medida protetiva ser ou não uma conduta criminosa.

Diniz finaliza, defendendo o caráter cível das medidas protetivas, com forma de garantia a proteção integral da mulher:

Para uma maior proteção à mulher em situação de violência não resta dúvidas de que a melhor interpretação a se conceber é de que as medidas protetivas previstas nos arts. 22 a 24 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), são de natureza cível, de caráter satisfativo, desvinculadas de inquéritos ou processos cíveis ou criminais, cujo prazo de duração deverá se estender enquanto for necessário (DINIZ, 2017?, on-line).

Ao aplicarmos tal entendimento ao assunto principal do presente trabalho, ou seja, proteção de transexuais femininos vítimas de violência doméstica, é possível e perfeitamente concebível a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha a esses indivíduos, visto que possuem reconhecimento jurídico assegurado no âmbito cível.

3.3.1 Das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor

O artigo 22 da Lei nº 11.340/2006 elenca as medidas protetivas que impõem obrigações e deveres ao agressor, assim segue:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

As medidas elencadas nesse artigo, assim como aquelas dos artigos 23 e 24, as quais também serão abordadas posteriormente por este trabalho, são

caracterizadas pelo legislador como medidas de urgência. De acordo com Antonio Scarence Fernandes (2005, p. 311) as cautelares em geral:

são providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consiste em uma prestação jurisdicional justa.

No entanto, no contexto geral da Lei Maria da Penha e a partir dos objetivos de tal Lei, podemos concluir que as medidas protetivas aqui elencadas possuem uma atribuição além de apenas assegurarem o resultado útil do processo, mas também, de proteger a integridade física e psíquica da vítima.

Assim como ocorre com as cautelares, é preciso que sejam preenchidos dois pressupostos para a concessão das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, são eles *periculum in mora* e *fumus bonis jûris*, justamente porque segundo Fernando Célio de Brito Nogueira (2006, on-line), “sem que haja pelo menos um começo de prova e uma situação de incontornável urgência, em tese amparada pelo direito positivo, o magistrado não tem como deferir nenhuma das medidas previstas, pois isso traduziria algo temerário.”

O inciso I estabelece a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, levando em consideração dados e estatísticas colhidos em 2005, à época em que se discutia o referendo sobre o desarmamento da população. Alguns dados dessa pesquisa realizada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, foram retratados por Pinto e Cunha (2007, p. 87-88):

Os dados estatísticos referentes à prática de crimes contra mulheres, com utilização de arma de fogo são assustadores. Apenas para dar alguns números, interessante o teor de moção formulada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 16 de setembro de 2005, à época em que se discutia o referendo que iria decidir, no dia 23 de outubro seguinte, sobre o desarmamento da população. Consta do documento que “nas capitais brasileiras, 44,4% das mulheres vítimas de homicídios em 2002 foram mortas com armas de fogo (ISER, 2005: com dados do Datasus, 2002). Em homicídios e tentativas de homicídios com armas de fogo, mais da metade das mulheres vítimas (53%) conheciam seu agressor. E mais de um terço (37%) dessas mulheres tinham uma relação amorosa com seu agressor. (ISER, 2005: com dados das Delegacias Legais do Rio de Janeiro, entre 2001 e 2005).

Deve-se comunicar o Sinarm (Sistema Nacional de Armas), além da Polícia Federal, por se tratar do órgão que autoriza o porte de armas no território

nacional, e, em casos de armas de uso restrito ou de propriedade de colecionadores, atiradores e caçadores, comunica-se ainda o comando do Exército.

Por se tratar de medida cautelar, sabendo que esse instituto não possui caráter permanente e definitivo, a partir do momento em que a situação for definida com a obtenção de conciliação ou pacificação dos ânimos, não haverá mais impedimento para se utilizar a arma.

Nada impede também que em casos de profissões que autorizam o porte de armas o juiz determine que um policial, por exemplo, porte sua arma apenas em serviço, e que a deixe no local de trabalho quando terminar sua jornada, não a levando consigo para o lar.

Destaca-se também que a restrição ou suspensão aqui tratada se refere a armas regularizadas, devidamente registradas e autorizadas, caso contrário, será configurado um dos delitos dos artigos 12, 14 ou 16 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), o que agravaria a situação do agressor.

O inciso II impõe que o agressor se afaste do lar, domicílio ou qualquer outro local de convivência com a ofendida. Tal medida nada mais é que a cautelar prevista os artigos 7º, §1º da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio) e 1.562 do Código Civil de 2002, no entanto, estes dispositivos abrangem apenas casos em que há o casamento formal e efetivo.

Em contrapartida, nesse caso, quando se trata de casos abrangidos pela Lei Maria da Penha, a proteção conferida por esta cautelar se estende à companheira que mantém uma união estável com o homem, instituto este que segundo o artigo 1.723 do Código Civil, é configurado pela “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família”.

O artigo 1.727 do Código Civil traz ainda a figura do concubinato, o qual se caracteriza por “relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar”, e em casos de agressão, a concubina também será protegida pela Lei Maria da Penha.

O inciso III proíbe uma série de condutas por parte do agressor, as quais também possuem de certa forma, relação com sua aproximação da vítima. As alíneas estabelecem não apenas que o agressor não tenha contato e não frequente locais relacionados à vítima, mas também a familiares e testemunhas desta, posto que é muito comum que para amedrontar ou constranger a vítima, o agressor passe a perseguir e importunar pessoas de seu convívio próximo e diário.

As obrigações impostas nesse inciso não se resumem apenas ao recesso do lar, visto que deste na maioria das vezes o agressor já foi afastado por força do inciso anterior, portanto aplicam-se tais medidas para casos em que o agressor passe a atormentar a vítima em seu local de trabalho e em outros lugares frequentados por ela, como academias, clubes, bares etc.

Salienta-se que tal fiscalização nem sempre será tão simples, por isso é necessário que o magistrado estabeleça limites mais claros para garantir a eficácia da medida:

Nem sempre será fácil a observância dessa limitação e nem vai se exigir que o agressor porte uma fita métrica a fim de respeitá-la fielmente. Nesses casos, para garantir a eficácia da medida, é conveniente que o juiz imponha limites mais claros. Assim, por exemplo, determinando que o agressor não transite pela rua na qual a vítima mantém residência, ou que ele não se aproxime do quarteirão onde instalada a casa da ofendida (CUNHA; PINTO, 2007, p. 90).

Nesse sentido, é preciso que o magistrado tenha uma certa cautela ao determinar quais os limites serão impostos ao agressor, observando seu direito de se movimentar e circular livremente, sob pena de configuração de constrangimento ilegal.

É comum ainda, que além da ofensa física contra mulher, familiares e testemunhas, o agressor também passe a utilizar meios de comunicação para constranger a vítima, prejudicando muitas vezes seu trabalho e colocando em risco seu emprego.

Da mesma forma em que o inciso III estende proteção aos familiares e testemunhas, o inciso IV aplica essa extensão aos dependentes menores ou incapazes que tenham contato com o agressor, ao determinar a restrição ou suspensão de visitas.

Se enquadra na figura de menor ou incapaz dependente o filho, enteado ou aquele que o agente seja guardião ou tutor.

No entanto, deve-se levar em consideração que há casos em que por mais que o agente perpetre ataques contra a mulher, ele ainda mantenha uma boa relação com os filhos, nesses casos, bastaria apenas evitar visitas realizadas no lar da ofendida.

Por fim, o magistrado pode determinar que o agressor preste alimentos provisionais ou provisório à vítima, de acordo com o inciso V. De acordo com as lições de Sérgio Gischkow Pereira (1983, p. 49):

a diferenciação entre as duas é apenas terminológica e procedimental; em essência, em substância, são idênticas, significam o mesmo instituto, a saber, prestações destinadas a assegurar ao litigante necessitado os meios para se manter na pendência da lide.

Nesse sentido, para Cunha e Pinto (2007, p. 92), “provisionais ou provisórios, os alimentos possuem nítido caráter cautelar, fixados liminarmente, sujeitos à mutabilidade e de eficácia temporal limitada, enquanto não julgada a ação principal”.

Tal medida leva em consideração a dependência da vítima em relação ao agressor e a morosidade judiciária, assim discorre Rolf Madaleno (2002, p. 17):

com processos tradicionalmente morosos, seria impensável permitir que a subsistência diuturna de um dependente alimentar pudesse aguardar no tempo, enquanto fossem travadas as longas discussões jurídicas, num sistema processual que assegura tantas oportunidades de defesa e uma infinidade de engenhosos e intermináveis recursos, capazes de postergar, até a exaustão a tolerância humana, a solução jurídica dos litígios

Apesar da Lei não especificar, há entendimentos de que é possível deferir tal prestação também aos filhos, posto que, além de ter sido vítima de violência, a mulher também terá que arcar sozinhas com as despesas da casa, o que caracterizaria uma dupla vitimização, conforme entendimento de Cunha e Pinto (2007, p. 94):

Embora a lei não tenha dito, entendemos que os alimentos previstos nestes dispositivos, podem ser deferidos, também, em favor dos filhos e não apenas da mulher. Dado o caráter de urgência já mencionado, restringir os alimentos provisionais ou provisórios apenas à mulher acabaria por vitimá-la duas vezes: a primeira, em decorrência da violência que suportou e, a segunda, em virtude da dificuldade que experimentará para fazer frente às despesas com a manutenção dos filhos.

Por isso, mesmo que se trate, por exemplo, de uma mulher formalmente empregada, com condições de manter-se, nada inibe que o juiz, ao determinar o afastamento do marido do lar conjugal, imponha a ele a obrigação liminar de alimentar os filhos.

Feitas as presentes considerações a respeito das medidas protetivas elencadas no artigo 22, passaremos a analisar a seguir as medidas protetivas que se aplicam diretamente à ofendida.

3.3.2 Das medidas protetivas de urgência à ofendida

Como previsto pelo parágrafo 1º do artigo 22, a aplicação das medidas protetivas elencadas no referido dispositivo não impede que outras sejam também aplicadas, por isso, o artigo 23 traz medidas aplicadas diretamente à ofendida, conforme segue a seguir:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

A primeira medida elencada nesse dispositivo estabelece o encaminhamento da ofendida, juntamente com seus dependentes, para programas de proteção ou atendimento, ou seja, a vítima de agressão será encaminhada para centros de atendimento integral e multidisciplinar ou casas-abrigos, conforme estabelecido pelo artigo 35, incisos I e II da Lei Maria da Penha:

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

[...]

As casas-abrigos serão locais, onde as mulheres vítimas de agressão possam se sentir protegidas, devendo representar um lugar seguro para ela e seus dependentes, conforme consta Susana Ramos (2001, p. 139):

deverá ser um local onde as mulheres vítimas de violência conjugal, em situações-limite, se sintam protegidas, possibilitando o início de uma nova forma de vida, para elas e também para os filhos. Ter um lugar seguro para viver é fundamental para a obtenção do reequilíbrio físico e psicológico, constituindo um fulcral requisito para a recuperação. Para tal, é importante trabalhar a sua valorização e segurança pessoal, possibilitando às crianças uma nova noção de família, dando-lhes a conhecer outras relações que não passem pela violência.

Os incisos seguintes do artigo 23 tratam basicamente do afastamento entre a vítima e o agressor, já tratado pelo artigo 22, inciso II. O juiz pode então determinar que a vítima volte para seu domicílio após o afastamento do agressor, determinar o seu afastamento do lar sem que seja considerado abandono, não interferindo assim nos seus direitos relativos a guarda dos filhos por exemplo, ou ainda, determinar a separação de corpos, a qual como já registrado anteriormente, também é determinada pelo Código Civil e pela Lei de Divórcio.

Destaca-se que a competência para determinar a separação de corpos estritamente como medida protetiva de urgência é do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, no entanto, se a vítima posteriormente desejar ingressar com ação principal de separação judicial por exemplo, a competência será do Vara da Família, posto que não faz sentido considerar que o Juizado teria competência para apreciar ações relativas a divórcio, alimentos, entre outras, conforme entendimento de Cunha e Pinto (2007, p. 99):

Ocorreria, nesse caso, um total esvaziamento das varas de família com o deslocamento da competência para os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Não foi essa, decerto, a intenção do legislador. Seu objetivo foi, claramente, propiciar ao juiz dos Juizados a adoção de medidas de urgência, necessárias num exato momento, sempre em proteção da mulher. A parti daí, o que deixa de ser urgente foge, por completo, da competência dos Juizados e deve ser discutido pelas vias adequadas, conforme indicar a organização judiciária local.

É importante citar também, mesmo parecendo óbvio, que o Juizado só será competente para apreciar a separação de corpos quando estiver caracterizada uma das situações de risco previstas em Lei, ou seja, quando se tratar de separação

de corpos consensual, a competência também será da vara cível ou da família, a depender da organização da comarca.

Por fim, o artigo 24 estabelece medidas direcionadas para a proteção patrimonial dos bens do casal ou da mulher, são elas:

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

A restituição de bens será mais facilmente aplicável quando se tratar de bens pessoais da vítima, como instrumentos de trabalho, por exemplo. Quando se tratar de bens do casal, fica mais difícil de identificar a propriedade, principalmente quando casados em regime de comunhão parcial de bens, quando conforme artigo 1.658 do Código Civil, “comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento”.

Nesse caso, levando em consideração que tal medida está prevista dentre as medidas protetivas de urgência à ofendida, a doutrina defende ser propício que o juiz realize um arrolamento e nomeie a mulher como depositária dos bens, até que a propriedade seja definida na ação principal.

A proibição conferida pelo inciso II, como a própria letra da lei estabelece, se aplica apenas para os bens comuns do casal, ou seja, se o regime é de separação absoluta de bens, cada um administra exclusivamente e independentemente seu patrimônio, podendo alienar seus bens sem qualquer restrição. Para o Código Civil de 2002 não é necessária também a autorização do cônjuge ou companheiro para a efetivação da compra de um bem, visto que, há a presunção de que a aquisição acrescenta o patrimônio comum e por isso confere benefícios para ambos, portanto, a proibição relativa a compra seria para casos em

que o valor do bem a ser comprado seja excessivamente superior ao valor de mercado, podendo causar prejuízos para a mulher.

O inciso III cita procurações se referindo ao “instrumento de mandato”, o qual tem seus requisitos elencados pelo parágrafo 1º do artigo 654 do Código Civil e conforme afirma Roberto de Ruggiero (1973, p. 329):

tem a função de “encarregar outrem de praticar um ou mais atos por nossa conta e no nosso nome, de modo que todos os efeitos dos atos praticados se liguem diretamente à nossa pessoa como se nós próprios os tivéssemos praticado, é que tecnicamente se chama conferir ou dar mandato.

A relação contratual estabelecida pelo mandato pressupõe uma relação de confiança entre mandante e mandatário, a qual é facilmente rompida por conta da agressão, autorizando o rompimento unilateral, posto que o inciso I do artigo 682 do Código Civil prevê a possibilidade de extinção do mandato por meio de revogação por iniciativa do mandante, que nos termos da Lei Maria da Penha, deve ser a mulher.

O objetivo do legislador no inciso IV, ao determinar a prestação de uma caução provisória foi de garantir a proteção de determinado valor, em dinheiro ou em objetos preciosos, mediante depósito judicial realizado pelo agressor em favor da mulher vítima, que possa servir posteriormente como pagamento de eventual indenização pelo ato ilícito causado.

Registra-se que de modo geral, a caução serve, na definição de De Plácido e Silva (1982, p. 405):

Para indicar as várias modalidades de garantias que possam ser dadas pelo devedor ou exigidas pelo credor, para dar fiel cumprimento da obrigação assumida, em virtude de contrato, decorrente de algum ato a praticar, ou que tenha sido já praticado por quem está obrigado a ele

Por fim, a Lei nº 11.340/2006 confere às vítimas de agressão assistência judiciária por meio de órgãos como Ministério Público, Defensoria Pública e equipes de atendimento multidisciplinar, incluindo profissionais psicossociais e da área da saúde.

Passaremos a seguir, a realizar uma correlação entre princípios do direito penal e a possibilidade de estender as medidas citadas neste capítulo para casos de violência doméstica envolvendo transexuais como vítimas.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAS E A POSSIBILIDADE DE ESTENDER A APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/2006 PARA CASOS DE TRANSEXUAIS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

No ordenamento jurídico, os princípios têm a meta de assegurar a aplicação coerente das normas do Direito, independente da área. De acordo com as lições de Nucci (2012, p. 41), não se pode deixar de considerar o princípio como “a causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo.”

Robert Alexy (2008, p. 90), caracteriza os princípios como “*mandamentos de otimização*”:

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

É sabido que há princípios constitucionais, além de princípios infraconstitucionais, os quais são deduzidos em Códigos e leis especiais. Nucci (2012, p.43) destaca o seguinte:

os princípios constitucionais explícitos merecem primazia sobre os infraconstitucionais. Afinal, são os vetores do Estado Democrático de Direitos. Os princípios constitucionais implícitos, igualmente, devem predominar sobre os infraconstitucionais.

O autor (2012, p. 44) completa seu entendimento, discorrendo sobre a aplicação dos princípios no direito penal e processual penal:

com maior razão, a primazia dos princípios precisa ser respeitada, vez que lida, diretamente, com a liberdade individual e, indiretamente, com vários outros direitos fundamentais (vida, intimidade, propriedade, integridade física etc.).

Para Araujo (2000. P. 75), os princípios “constituem verdadeiros integrantes desse complexo conjunto significativo, não se colocando acima ou além do direito.”, ou seja, são valores incorporados ao ordenamento jurídico, podendo ser caracterizados também como, segundo o autor (2000, p. 90), “responsáveis pela coerência geral do sistema.”

Pode-se afirmar que os princípios são tão importantes para a base do nosso ordenamento, que chegam a possuir maior relevância que a própria norma, conforme consta a seguir (SILVA, D.P., 1986, p. 447):

Princípios. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa.

E, assim, 'princípios' revelam o conjuntos de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito. b

Nesse mesmo sentido, Luis Roberto Barroso (1996, p. 287), afirma que “os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas e uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo um sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.”

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 23), “os valores superiores havidos na sociedade são postos como raiz e meta do sistema constitucional, encarnando-se nos princípios abrigados na Constituição e dotados de normatividade jurídica e eficácia plena.”

Portanto, a efetividade dos princípios resulta na aplicabilidade da norma ao caso concreto, com os valores por ela determinados, além do cumprimento do direito assegurado, conforme afirma Barroso (1996, p. 283):

Disto resulta que o Direito Constitucional, tanto quando os demais ramos da ciência jurídica, existe para realizar-se. Vale dizer: ele almeja à efetividade. Efetividade, já averbamos em outro estudo, designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ela simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-semnormativo* e o *ser* da realidade social.

Destacamos que o estudo dos princípios, o qual será realizado a seguir, é essencial para a análise a respeito da integração social do transexual, e que eles são capazes de fornecer bases e preceitos seguros para a proteção destes, não devendo ser considerados meras sugestões diretivas.

4.1 Dignidade da Pessoa Humana

Dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais que norteiam a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 19), esse princípio representa “o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo.”

Destaca-se que apesar do cunho moral que a expressão “dignidade da pessoa humana” carrega, autores constitucionalistas defendem que não foi isso que o legislador buscou enfatizar, mas sim, o fato de que o Estado deve sempre buscar proporcionar todos os meios necessários para que as pessoas sejam dignas. Nesse sentido lecionam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p. 425):

Em última análise, a dignidade tem uma dimensão também moral. São as próprias pessoas que conferem ou não dignidade às suas vidas.

Não foi este sentido, todavia, o encampado pelo constituinte. O que ele quis significar é que o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o que ele está a indicar é que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas.

É de lembrar-se, contudo, que a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras.

Nucci (2012, p. 45) caracteriza esse princípio como “um princípio regente, cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial.”

O autor ainda continua (2012, p. 46):

Para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada torna-se essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem alijado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal.

Em contrapartida, Barroso (1996, p. 298) apresenta entendimento contrário à inserção do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição

Federal, afirmando que o referido princípio não possui qualquer valor jurídico, como se verifica a seguir:

Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. O princípio, no entanto, não se presta à tutela de nenhuma dessas situações. Por ter significativo valor ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade da pessoa humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador.

No âmbito penal o princípio em questão se relaciona com a ofensa aos bens jurídicos tutelados, consagrando a ideia de que a concretização dos delitos ofendem de alguma forma a dignidade da pessoa humana. Por isso, a lei penal busca proteger diversos direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, a vida, integridade física, patrimônio, honra, dentre outras.

A Lei Maria da Penha, por sua vez, surgiu para enaltecer esses direitos e garantias atinentes às mulheres, garantindo a defesa das garantias fundamentais mínimas a todas, e de acordo com seu artigo 2º, independente de “classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião”.

No artigo 3º o legislador elenca os direitos básicos que devem ser exercidos por qualquer mulher, sendo eles “vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

Destaca-se que as previsões dos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.340 de 2006 são garantidos a qualquer ser humano e não apenas às mulheres, mas essa repetição proposital por parte do legislador buscou direcionar a atenção de todos para esses direitos que deveriam possuir caráter de obviedade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, conforme discorre Nucci (2012, p. 49):

Ora, sem dúvida alguma, todos os direitos supramencionados são aplicáveis a qualquer ser humano e não somente à mulher. A sua explícita repetição na abertura da Lei 11.340/2006 obedece a um critério didático do legislador, buscando a criação de um *fato novo*, de modo a despertar a atenção de todos à obviedade – não tão clara para alguns – dos direitos humanos fundamentais. Assim, editada a novel lei, divulgada amplamente pelos órgãos de comunicação, insiste-se na reiteração de preceitos básicos de respeito à dignidade da pessoa humana. Com particular cuidado no tocante à mulher, parte fragilizada no cenário doméstico, sujeita ao domínio

machista, muitas vezes sem recursos próprios e expurgada do mercado de trabalho, denota-se o objetivo de concentrar os esforços das autoridades para o reequilíbrio de forças, conferindo proteção distinta às mulheres.

Esse mesmo zelo com a dignidade da mulher refletido na criação em um dispositivo que confere proteção específica à figura da mulher, deve ser aplicado nos dias atuais, na interpretação renovada e moderna da lei, com base nas evoluções sociais. Em relação ao transexual por exemplo, a dignidade da pessoa humana deverá servir de farol para assegurar as garantias básicas e necessárias para a sua proteção constitucional.

Como já destacado no presente trabalho, o transexual vive um conflito permanente e também merece que sua dignidade seja tutelada, como forma de mitigar os efeitos refletidos por esse conflito na sua vida.

Nesse sentido, ao analisar os pedidos de medidas protetivas, o judiciário deve realizar uma interpretação à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual é assegurado especialmente pelo Estado Democrático de Direito.

4.2 Proteção Deficiente: Proporcionalidade e Razoabilidade

O princípio da proporcionalidade surgiu no século XVIII, como forma de limitação do poder e da arbitrariedade do Estado. Também é chamado de princípio da proibição do excesso, o que exige que se realize uma relação entre meios e fins:

A expressão “princípio da proibição do excesso” é aplicável no âmbito do controle legislativo, em que “suscita o problema do espaço de decisão dos órgãos legiferantes”, questionando a adequação do atos legislativos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais (LOPES, 1999, p. 473).

Seguindo esse mesmo raciocínio, afirma Luís Afonso Heck (1995, p. 177):

Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado.

Assim, o princípio da proporcionalidade estabelece a ponderação de valores entre o bem *lesionado* analisado em conjunto com a gravidade do fato e a

privação que será aplicada ao agente causador, ou seja, a gravidade da pena que será imposta. A desproporção restará caracterizada quando houver um desequilíbrio, o qual é inaceitável.

Nesse sentido, tal princípio alcança dois destinatários, sendo eles segundo García-Pablos de Molina (1995, p. 289), “o poder legislativo (que tem que estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).”

A importância do princípio da proporcionalidade é notável no direito penal, posto que busca adequar a tipificação das condutas dentro das descrições legais das normas, além de atenuar os rigores das sanções cominadas em abstrato.

Nesse seguimento, discorre José Joaquim Gomes Canotilho (1991, p. 387):

À medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. O controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender a “relação de adequação medida-fim”, pressupõe a investigação e prova de sua aptidão para e sua conformidade com os fins que motivaram a sua adoção.

Para Lopes (1999, p. 476), “os caminhos da proporcionalidade podem fornecer substrato necessário ao equilíbrio entre os direitos individuais atingidos pelo Direito Penal e os direitos da comunidade protegidos pelo mesmo legislador”.

Após realizada a análise entre os meios e os fins, deve-se avaliar se o resultado que será obtido com determinada intervenção será proporcional à carga e coação da mesma, ou seja, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 152), asseguram que “os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se ‘numa justa medida’, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionais, excessivas, em relação aos fins obtidos”.

E continua Lopes (1999, p. 478-479):

O princípio da proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem juridicamente protegido e a sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido. Há, sempre, uma cláusula de necessidade embutida nas medidas que salvaguardar os interesses mais relevantes dentro da ordem social.

A proporcionalidade também está intimamente ligada com o princípio do Estado Democrático de Direito, o qual ao estabelecer mecanismos de defesa aos direitos humanos, pressupõe o descabimento de se aplicar penas expressamente desproporcionais à gravidade do fato, visto que caracteriza ofensa à condição humana.

No campo penal, a proporcionalidade incide sobre o grau de reprovabilidade de determinada conduta a ser proibida ou permitida pelo ordenamento jurídico, ou seja, a restrição ou privação imposta ao agente deve ser proporcionalmente adequada à lesão causa ao bem jurídico de outrem, conforme afirmado por HECK (1995, p. 177-178):

a pena deve manter uma relação justa com a gravidade do ato e a culpa do autor; a pena aplicada não deve exceder a culpa do autor. O princípio da culpa, em suas consequências limitantes à pena, corresponde, nessa medida, à proibição de excesso.

Sobre isso, também discorre Regis Prado (1997, p. 19-20):

Ora bem, pode ela ser contemplada sob uma dupla perspectiva: a de delimitação do âmbito do injusto penal e a de potencialidade da função da pena. Com frequência assinala-se que uma orientação preventiva, dirigida a evitar a prática de ilícitos penais, pode circunscrever o campo do punível de modo mais restrito e seletivo, pois, sendo seu objetivo manter a convivência, unicamente aqueles valores necessários à sua manutenção deveriam ser objeto de tutela e sanção penal.

Nesse cenário, surge também o princípio da razoabilidade, o qual foi desenvolvido na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Tal princípio também defende a existência de um equilíbrio entre a atuação dos juízes e o uso de suas sentenças, no sentido de que, conforme relatado por Lopes (1999, p. 507), “Se o juiz aplica o Direito de forma matemática, com um formalismo intransigente, fazendo justiça mesmo que pereça o mundo, distancia-se destarte da realidade humana. O silogismo, em hipótese alguma, pode ser rígido”.

Para RecasénsSiches (1971, p. 414), apenas a razoabilidade é capaz de realizar valoração dos fatos e adaptação destes ao caso concreto, pois “a lógica dedutiva é imprópria para a solução de problemas jurídicos e humanos. A lógica do razoável realiza operações que a lógica formal não comporta, especialmente operações de valorização e adaptação à realidade concreta”.

Lopes (1999, p. 508), afirma em sua obra que o princípio da razoabilidade confere consistência à aplicação da lei penal:

A própria noção de razoabilidade adquire um contorno próprio e específico no Direito, sendo mesmo erigida à categoria de princípio geral informativo do sistema jurídico positivo. E não se pense que tal procedimento pode gerar uma ruptura intra-sistêmica ao Direito, porquanto o princípio (talvez mais acertadamente o “princípio”) da razoabilidade é que dá consistência à possibilidade material de realização da justiça na aplicação concreta da lei, sobretudo da lei penal.

E continua (1999, p. 508):

A razoabilidade opera um limite para redução da normatividade positiva do Direito através de uma fixação criteriosa de métodos reconhecedores e desconhecedores da relevância ético-jurídica de fatos praticados, através de uma interpretação atual e ontológica da própria norma, individualmente considerada, e do Direito, como sistema.

E por fim, afirma (1999, p. 510):

a razoabilidade está limitada, condicionada e influenciada pela realidade concreta do mundo no qual opera o Direito; está circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular no qual e para o qual são produzidas as regras jurídicas; está, ainda, impregnada por valorações, critérios axiológicos, que devem levar em conta todas as possibilidades e todas as limitações reais.

No que diz respeito à proteção do transexual os princípios da proporcionalidade e razoabilidade não devem ser analisados de acordo com a lógica da proteção em excesso, mas sim ao oposto, ou seja, a proteção deficiente, levando em consideração a realidade em que esses indivíduos são enquadrados no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da vedação à proteção deficiente busca evitar a insuficiência da tutela penal, entendendo que apesar do agente causado do dano ser possuidor de direitos e garantias, não pode haver descuidos quanto aos direitos e garantias atinentes à vítima e à sociedade.

De acordo com esse princípio, é necessário que se tenha muita cautela ao tratar do “*garantismo penal*”:

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples *referência* aos ditames do

“*garantismo penal*”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (*quicá* pela *compreensão não integral* dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um *garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico*, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos* dos cidadãos que se vêm processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do *pensamento garantista* (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época (FISCHER apud FERNANDES, E.F., 2011, on-line).

É notável que o Estado não pode utilizar o *ius puniendi* para justificar práticas atentatórias e arbitrárias, ferindo princípios basilares da Constituição, no entanto, o Estado Democrático de Direito também confere proteção integral aos direitos de qualquer cidadão. Nesse sentido, o direito penal em aplicação conjunta com princípios constitucionais, serve tanto para mitigar os excessos da atuação estatal, quanto para combater a criminalidade e a lesão aos bens jurídicos da população como um todo, inclusive das minorias, conforme segue a seguir:

Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é único inimigo! Registre-se, nesse sentido, a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou de sua eficácia perante terceiros, produto de uma constatação básica e evidente: a de que os direitos fundamentais também são violados por particulares, e não apenas pelo Estado. No caso do direito penal, é exatamente essa a relação que se tem: uma pessoa física violando direito fundamental de outra (STRECK, 1999, n.p.).

Nesse sentido, também discorre Ingo Sarlet (2003, p. 86):

não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, em que encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

E continua (SARLET, 2003, p. 86):

O Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis

mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

Assim, há de se analisar a proporcionalidade e razoabilidade sob duas óticas: a primeira – o princípio da proibição de excesso, como forma de mitigar as intervenções arbitrárias do Estado; e a segunda – o princípio da vedação à proteção deficiente, aplicando-se contra as omissões estatais. Nessa linha de raciocínio segue:

Sintetizando, em nossa compreensão, embora construídos por premissas e prismas um pouco diversos, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso e da deficiência é *proporcional*) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o *equilíbrio* na proteção de *todos* (individuais ou coletivos) *direitos e deveres* fundamentais expressos na Carta Maior.

Quer-se dizer com isso que, em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade. O *dever de garantir a segurança* não está em apenas *evitar* condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável. Se a *onda* continuar como está, poderá varrer por completo a também necessária proteção dos interesses sociais e coletivos. Então poderá ser tarde demais quando constataremos o equívoco em que se está ocorrendo no presente ao se maximizar exclusiva e parcialmente as concepções fundamentais do *Garantismo Penal* (STRECK apud FERNANDES, 2011, on-line).

Nota-se que o transexual na condição de sujeito de direito, não pode e não deve ser vítima da insuficiência protetiva do Estado, posto que também faz jus aos mecanismos de tutela por este conferidos, além de serem detentores de direitos fundamentais como qualquer outro indivíduo. Sobre esse dever de proteção conferido ao Estado segue entendimento a seguir:

Por força do princípio da proibição de proteção deficiente nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, ele cria um dever de proteção para o Estado (ou seja: para o legislador e para o juiz) que não pode abrir mão dos mecanismos de tutela, incluindo-se os de natureza penal, para assegurar a proteção de um direito fundamental. O princípio da proibição de proteção deficiente emana diretamente do princípio da proporcionalidade, que estaria

sendo invocado para evitar a tutela penal insuficiente (GOMES, 2009, on-line).

Diante desse contexto, resta caracterizado o dever do Estado, não apenas de fiscalizar suas próprias intervenções desnecessárias, mas também de atuar em todas as ocasiões em que forem necessárias medidas de proteção e efetivação de direitos fundamentais dos transexuais.

4.3 Proteção Constitucional do Transexual

O Estado Democrático de Direito remete o ordenamento jurídico brasileiro a um sistema que proteja as minorias, sejam elas, raciais, políticas, econômicas, ideológicas, religiosas ou sexuais.

Araujo (2000, p. 6-7), defende o seguinte:

Não se pode conceber um Estado Democrático sem a vontade da maioria. Seus valores devem prevalecer, suas ideias predominar. Isso não significa o aniquilamento da vontade dos grupos minoritários, seus valores e suas ideias. Seus temores também devem ser objeto de proteção do Estado.

No que diz respeito ao sexo e gênero, a maioria está relacionada a um comportamento heterossexual, ou seja, com compatibilidade entre gênero psicológico e sexo biológico, mas sabemos que há casos em que resta caracterizado uma espécie de “*disforia*”, conforme citado no início do trabalho.

Verifica-se diante das conceituações elencadas nesse capítulo que o direito do transexual à integração social está em perfeita sintonia com princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Para Araujo (2000, p. 18):

a opção sexual (ou o direito de perseguir a orientação derivada de seu sexo psicológico” faz parte dos direitos intransmissíveis, indisponíveis e inalienáveis, pois forma um conteúdo mínimo dentro do conjunto da personalidade do ser humano.

No entanto, o autor acentua que o atual cenário jurídico brasileiro não colabora com a integração desses indivíduos à sociedade, posto que o sistema não é capaz de reconhecer e integrar situações definidas como “anormais”:

nosso sistema social, político, jurídico e econômico segue uma lógica que muitas vezes não representam as necessidades dos indivíduos na sociedade. E a necessidade básica do indivíduo é estar integrado consigo mesmo, pois é somente a partir dessa integração que há possibilidade de se inserir de modo harmonioso na sociedade. O indivíduo, para ser (existir com dignidade), tem de ter uma identidade física, mental, moral. O arcabouço jurídico, no entanto, como será visto oportunamente, não acompanha o enfoque da Psicologia e da Psiquiatria. Mantém o indivíduo com o seu sexo biológico, preso em suas contradições, vivenciando suas angústias, seus medos e suas dificuldades. O sistema jurídico trata de não permitir sua integração social como indivíduo se possui tendências diferentes da média. Sua “anormalidade” não é reconhecida pelo sistema como “recuperável” (ARAUJO, 2000, p. 57-58).

Mencionamos nesse trabalho diversas angústias, as quais o transexuais são submetidos, como problemas na vida social, tudo decorrente da falta de identificação entre seu sexo biológico e gênero desejado. Como se não bastasse ainda sofrem com a deficiência protetiva por parte do Estado, que não confere mecanismos suficientes para que sua integridade física e psicológica sejam efetivamente protegidas.

No que diz respeito a aplicação da Lei Maria da Penha a casos de violência doméstica contra transexuais deve-se ter em mente que o texto legal não pode ser interpretado apenas formalmente, mas sim levando em consideração aspectos reais e sociais. Sobre isso discorrem Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007, p. 27):

Não que se pretenda, com isso, negar a importância da chamada interpretação gramatical ou filológica, que toma por base o significado da palavra contida na lei ou sua função gramatical. Tem ela sua relevância e se constitui, mesmo, no primeiro passo para a interpretação da lei. Mas não é suficiente. De sorte que, a simples análise do alcance da palavra, insulada do contexto em que foi produzida, sem se atentar ao espírito da norma, induz a uma interpretação defeituosa, fincada na velha afirmação de que o texto claro prescinde de interpretação, sintetizada no brocardo latino segundo o qual *in claris cessat interpretativo*.

Foi longe o tempo em que, por ilusão, se entendia que o legislador tudo podia prever e, com isso, ao juiz nada mais restava senão, como verdadeiro matemático, aplicar a lei. O Código da Baviera, de 1812, chegava a proibir o juiz de interpretar a lei. À época do Código de Napoleão, o civilista não ensinava o direito civil a seus alunos, mas sim o Código.

E continuam (2007, p. 28):

Essa falsa impressão, atualmente, não mais sobrevive, cabendo ao intérprete, assim, adequar a norma aos dias em que vive. Preso a valores éticos ou religiosos, incorreria em enorme equívoco o juiz que, por exemplo, deixasse de reconhecer, nos tempos modernos, a existência de

relacionamentos homossexuais a exigirem a proteção da lei. Eles sempre existiram. Mas a necessidade de sua tutela, hoje, é muito maior do que era há cinquenta anos, em face do surgimento de novos direitos, novas relações e novas realidades inconcebíveis àquela época.

É com esse espírito, desarmado, despido de preconceitos, livre de fetichismos e atento à realidade que o cerca, que deve o intérprete, em nosso entendimento, enfrentar os desafios propostos pela lei

Destaca-se que a mulher homossexual é amparada pela lei, quando se configura como vítima de violência por parte de sua parceira:

no momento em que é afirmado que está sob o abrigo da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção (DIAS, 2006?, on-line).

Assevera-se ainda a forma inédita como a Lei Maria da Penha garante inclusive, a possibilidade de se aplicar as medidas protetivas nela previstas à parceira agressora, em casos de relacionamentos homossexuais:

A lei em estudo, portanto, de forma até então inédita em nosso arcabouço normativo, prevê que as medidas nela previstas, de caráter penal e civil, aplicam-se, também, às uniões homossexuais entre mulheres, permitindo inclusive, em nosso entendimento, que se determine, por exemplo, o afastamento do lar da agressora (art. 22, II), a restrição de visitas ao filho eventualmente adotado (por analogia ao art. 22, IV), a fixação de alimentos (art. 22, V) etc (CUNHA; PINTO, 2007, p. 33).

Nesse sentido, se uma mulher pode ser destinatária da proteção em questão quando agredida por sua parceira, também mulher, por que não uma transexual, que se vê, se comporta, se veste, e é tão vulnerável quanto uma mulher, não poderia também ser destinatária das mesmas proteções quando agredida por seu parceiro homem? Afinal, vimos anteriormente que a mulher transexual sempre vai buscar parceiros masculinos, posto que acreditam que podem tem um relacionamento heterossexual com eles.

Inicialmente, é importante ressaltar análise já feita por esse estudo e lecionada também por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2006, p. 115):

o transexual não se confunde com o homossexual, bissexual, intersexual ou mesmo com o travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia

físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica.

Nessa linha, Cunha e Pinto (2007, p. 21), citam duas posições da doutrina a respeito da proteção dos transexuais aplicada dentro do contexto da Lei Maria da Penha:

uma primeira, conservadora, entendendo que o transexual, geneticamente, não é mulher (apenas passa a ter órgão genital de conformidade feminina), e que, portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial; já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa portadora de transexualismo transmute suas características sexuais (por cirurgia e modo irreversível), deve ser encarada de acordo com sua nova realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, retificação de registro civil. Hoje, inclusive, há doutrinadores admitindo transexual vítima, em abstrato, do crime de estupro (mesmo a lei falando somente em mulher)

Sobre o tema, Rogério Greco (2006, p. 530), se posiciona favorável a aplicação do dispositivo em questão em casos de violência doméstica contra transexuais:

Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em uma mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive penal.

Tal entendimento ainda se apresenta de maneira tímida no ordenamento jurídico brasileiro, porém, a seguir faremos uma análise jurisprudencial da possibilidade de estender as medidas protetivas elencadas na Lei nº 11.340/2006 como forma de buscar a efetiva proteção dos transexuais.

5 POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A jurisprudência sobre o tema ainda é tímida, mas algumas comarcas e Tribunais já admitiram a possibilidade de conferir a aplicação das medidas protetivas elencadas na Lei nº 11.340/2006 à transexuais vítimas de violência doméstica e familiar.

Apesar da presente discussão ter começado a conquistar espaço recentemente, em 2011 a juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães, da 1ª Vara Criminal de Anápolis – GO, se posicionou contrariamente ao Ministério Público, que afirmou que o caso em questão, apesar de configurar violência doméstica, não estaria sujeita à disciplina da Lei Maria Penha, visto que vítima e agressor teriam o mesmo gênero.

No entanto, a magistrada reconheceu o equívoco do Ministério Público, afirmando que a vítima, além de ter passado por cirurgia de redesignação sexual, possuía profissão de cabeleireira e se apresentava socialmente como mulher, o que não poderia ser ignorado pelo juízo.

A juíza, inclusive, afirmou em sua sentença que deixar de conferir a proteção e ignorar a identidade que a pessoa assume na sociedade, caracterizaria preconceito e discriminação, conforme consta a seguir:

Somados todos esses fatores (a transexualidade da vítima, as características físicas femininas evidenciadas e seu comportamento social), conferir à ofendida tratamento jurídico que não o dispensado às mulheres (nos casos em que a distinção estiver autorizada por lei), transmuda-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível, em afronta inequívoca aos princípios da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual, da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual, posturas que a Lei Maria da Penha busca exatamente combater.

Para estender a proteção, a magistrada ainda buscou fundamento nos princípios da Isonomia, Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade, além de elencar minuciosamente as diferenças entre “sexo” e “gênero”, afirmando que “o termo ‘mulher’ pode se referir tanto ao sexo feminino, quando ao gênero feminino.”, e que a Lei Maria da Penha busca proteger as discriminações que vão além da simples diferença biológica entre homem e mulher, e por isso é diretamente baseada no gênero feminino e não no sexo, conforme segue:

Assim, diz-se que aquele sistema normativo é baseada no gênero, pelo fato dessa violência se referir às características sociais, culturais e políticas impostas a homens e mulheres e não às diferenças biológicas entre homens e mulheres. Desse modo, a violência de gênero não ocorre apenas de homem contra mulher, mas pode ser perpetrada também de homem contra homem ou de mulher contra mulher.

E finaliza, se referindo à vítima do caso como sendo mulher e aplicando a ela todas as medidas protetivas da Lei Maria da Penha:

Diante do exposto acima, tenho com a emérita, preclara e erudita Desembargadora Maria Berenice Dias que transexuais que quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica.

Esta magistrada não pode deixar a mulher Alexandre Roberto Kley, desabrigada em seus direitos! Não posso deixá-la à margem da proteção legal já que ela se reconhece, age íntima e socialmente como mulher.

Para a mulher Alexandre Roberto Kley, eu aplico TODAS as prerrogativas esculpidas na Lei Federal nº 11.340/2006!

Alexandre Roberto Kley, independentemente de sua classe social, de sua raça, de sua 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.

A mulher Alexandre Roberto Kley, para os efeitos da Lei Maria da Penha, foi vítima de violência doméstica e familiar contra a sua pessoa, padecendo de lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral e patrimonial por parte do imputado Carlos Eduardo Leão.

Em 2015, foi a vez da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo reconhecer as medidas protetivas de urgência do artigo 22, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*, da Lei nº 11.340/2006 a uma transexual que passou a ser ofendida verbalmente e ameaçada pelo seu então ex-namorado.

A vítima registrou boletim de ocorrência e solicitou a aplicação das medidas protetivas elencadas na Lei Maria da Penha, no entanto seu pedido foi negado pelo juiz da Vara Central de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, sob o argumento de que ela pertencia biologicamente ao sexo masculino e que o dispositivo em questão tinha o objetivo de coibir agressões motivadas pela desigualdade de gênero. A vítima então impetrou Mandado de Segurança em face da presente decisão.

No acórdão, a relatora Ely Amioka afirmou que “a lei em comento deve ser interpretada de maneira extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.”

Como fundamentação, levou em consideração a maneira como a vítima em questão se apresentava à sociedade:

Assim é que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a IMPETRANTE se apresenta social e psicologicamente.

Tem-se que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais GABRIELA não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui GABRIELA pode ser considerada mulher.

A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. Acrescenta-se, por oportuno, que ela assina o documento como GABRIELA, e não como JEAN CARLOS.

A magistrada afirmou ainda que a aplicação da Lei Maria da Penha se torna necessária, a partir do momento em que se caracteriza a situação de vulnerabilidade da vítima diante do agressor, se utilizando dos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada de RAFAEL, que a IMPETRANTE vem sendo ameaçada por este, inconformado com o término da relação.

GABRIELA sofreu violência doméstica e familiar, cometida pelo então namorado, de modo que a aplicação das normas da Lei Maria da Penha se fazem necessárias no caso em tela, porquanto comprovada sua condição de vulnerabilidade no relacionamento amoroso.

Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Berenice Dias: “(...) *Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenha identidade com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra ela no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência (...)*” (DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

O juiz Alberto Fraga, do I Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Nilópolis – RJ, reconheceu em 2016, ainda em primeira instância, a proteção à uma vítima que se apresentou como transexual na Delegacia e que teria sofrido agressões de seu companheiro, com quem convivia há 11 anos.

O magistrado fundamentou que o transexual deve ser visto socialmente como sendo do gênero feminino, conforme segue parte da sentença:

Inicialmente, antes de fazer um juízo de valor sobre os fatos constantes do Registro de ocorrência, mister que se decida sobre a possibilidade jurídica de deferimento de medidas protetivas para a pessoa que se diz transexual. E nesse ponto a resposta só pode ser afirmativa.

Como se sabe, com o advento da lei 11.340/06 o legislador ordinário deu efetividade à norma constitucional descrita no artigo 226, §8º da Constituição da República, passando a dar uma maior tutela às mulheres no âmbito de suas relações domésticas. Assim, tem-se que a Lei Maria da Penha inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao prever medidas de proteção às vítimas de violência doméstica ou familiar pertencentes ao gênero feminino.

Ocorre que, com relação ao transexual, a questão ganha relevante interesse, na medida em que, dentro de um raciocínio mais simplista e puramente biológico, o transexual seria pessoa do sexo masculino e, portanto, não poderia sofrer violência de gênero. Todavia, a identidade de gênero deve ser definida como a experiência pessoal de gênero, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído biologicamente. Portanto, trata-se de questão que se refere ao sentimento da pessoa em relação aos seus aspectos corporais e a outras características de gênero, sendo uma construção social, relacionada à lógica de pensamento, emoções e representação da subjetividade íntima de cada pessoa.

Com relação ao transexual, tem-se que esse possui uma necessidade íntima de adequação ao gênero com o qual se identifica psicologicamente, tanto física quanto socialmente. Neste sentido, deve se concluir que o transexual deve ser visto como pessoa do gênero feminino, devendo ser dito que o procedimento cirúrgico ou a alteração registral não podem ser determinantes para que o transexual seja considerado pertencente ao gênero com o qual ele já se identifica intimamente.

Continuando sua fundamentação, também se utilizou dos preceitos estabelecidos pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como mecanismo de mitigação a qualquer tipo de discriminação:

Por isso, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível que a livre escolha do indivíduo, baseada em sua identidade de gênero, seja respeitada e amparada juridicamente a fim de se garantir o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Entendimento diverso a esse configuraria verdadeira discriminação, deixando em desamparo o transexual, o que não pode ser cancelado por esse juízo.

Finalizou, deferindo a aplicação e determinando o afastamento do autor do lar, proibição de aproximação entre o autor e a vítima e a proibição de qualquer contato entre ambos, inclusive por meio de internet.

No ano de 2017 o judiciário do estado do Rio de Janeiro se destacou novamente no âmbito do presente tema, proferindo importantes decisões a respeito da proteção a transexuais. Em maio, o juiz da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de São Gonçalo deferiu a aplicação das medidas previstas nas alíneas *a* e *b*, do inciso III, do artigo 22, da Lei nº 11.340/2006 a uma transexual, vítima de violência doméstica por parte de sua genitora, a qual chegou a interná-la forçadamente, por não aceitar sua opção sexual.

Para o magistrado, o direito não consegue ainda resolver questões e temáticas relacionadas à diversidade sexual presentes atualmente na sociedade:

Com efeito, apesar de não ter sido submetida ainda à cirurgia de transgenitalização, a vítima se considera mulher. As novas estéticas e temáticas ligadas à diversidade e à liberdade sexual não têm sido resolvidas pelo direito, até mesmo porque exigem uma análise interdisciplinar, o que é de certo modo uma novidade no mundo jurídico, que sempre ostentou uma certa pretensão de completude. Dessa forma, torna-se necessária alguma reflexão sobre tais aspectos.

Enquanto o sexo que pode ser masculino ou feminino, é um conceito biológico, o gênero, também feminino e masculino, é um conceito sociológico independente do sexo.

Na sentença, afirmou ainda que um terceiro não tem autoridade para se opor ao sentimento do transexual em se identificar como sendo do sexo oposto, ao citar que, “A requerente se veste como mulher, se identifica socialmente como mulher, ingere medicamentos hormonais femininos, ou seja, se vê e se compreende como mulher, não possuindo terceira pessoa autoridade para a designar de outra forma.”

Em setembro do mesmo ano, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu medidas protetivas à mulher transexual que foi agredida por seu ex-namorado, e teve seu pedido negado pelo V Juizado de Violência Doméstica da Comarca da Capital, o que a levou a interpor Agravo de Instrumento.

O curioso desse caso, é que o ex-namorado e autor das agressões também era transexual, no entanto, masculino, ou seja, de sexo biológico feminino,

mas com sentimento de se pertencer ao gênero masculino, se apresentando desta forma socialmente.

A vítima narrou em seu recurso que apesar de se apresentar socialmente como homem, seu ex-namorado registrou boletim de ocorrência uma semana depois dos fatos, alegando ser vítima mulher de violência praticada por seu ex-namorado do sexo masculino, ou seja, omitindo a transexualidade de ambos, e teve as medidas protetivas deferidas em seu favor, o que ao nosso ver, caracteriza-se como uma aberração jurídica.

O relator João Ziraldo Maia, em sua fundamentação aduziu que o texto legal deve ser interpretado de maneira extensiva, buscando acompanhar a evolução social. Nesse sentido, segue trecho do acórdão:

A jurisprudência tem afirmativamente promovido socialmente a proteção de diversos segmentos sociais, já que o processo legislativo não acompanha a evolução e a realidade que se apresenta na mesma velocidade.

Não pode o Judiciário, pelo menos por ora, enquanto zelosa instituição Republicana, deixar de promover o bem social de forma isonômica e lançar a pecha discriminatória sobre aquela pessoa, detentora de inegável dignidade, embora nascida com sexo biológico masculino, socialmente vivencia a inadequação no papel social do gênero de nascença e de forma ativa a identificação ostensiva correlata ao gênero oposto ao de nascimento.

A vedação ao retrocesso impõe, por ora, uma interpretação extensiva da lei para alcançar esse segmento social que genericamente se identifica pelo gênero feminino, como forma de promover, no mínimo, a elisão de qualquer medida de caráter socialmente excludente, valendo frisar que a integridade física, psíquica, sexual, patrimonial e moral do nacional é o que esta se pretende, no final das contas, proteger, quando se atravessa um requerimento de tutela de urgência na forma da lei 11.340/2006. É o que dispõe o artigo 7º do referido diploma.

E deferiu as medidas protetivas de proibição de aproximação e proibição de contato entre autor do fato e vítima, em favor da Agravante, concluindo da seguinte forma:

Se a finalidade social da lei é a proteção da mulher, em consideração às peculiares condições, esta peculiaridade, pelo menos por ora não se pode alijar o segmento social que genericamente se identifica pelo sexo feminino e que apresenta suas peculiares vulnerabilidades, sem que este Colegiado se posicione sobre a questão.

Não e está, frise-se, punindo quem quer que seja, porquanto a pena, efetivamente esteja restrita à reserva legal, mas sim estabelecendo, pelo menos em caráter cautelar, a proteção.

Mais recentemente, em abril de 2018, a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu por dar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão do Juízo do Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Águas Claras, que apesar de ter deferido medidas protetivas em favor da vítima transexual, declinou a competência do caso para a Vara Criminal, “por não vislumbrar que a hipótese estivesse amparada pelas normas tutelares da Lei Maria da Penha.”

O juiz de primeira instância argumentou ainda que enquanto o legislativo não resolver essas questões, apenas critérios objetivos são capazes de assegurarem segurança jurídica na aplicação das normas, portanto, levando em consideração que a Lei Maria da Penha seria mais gravosa ao réu e que ainda figurava “masculino” na cédula de identidade da vítima, seria cabível afastar a incidência da Lei nº 11,340/2006 ao presente caso.

No entanto, em seu voto, o relator George Lopes, citou a regulamentação da cirurgia de redesignação sexual por meio da Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina e a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de maio de 2017, a qual reconheceu a possibilidade de alteração do registro civil, mesmo sem realização da cirurgia de redesignação, como fatores de extrema relevância para o caso em análise, visto que caracterizam importantes efeito jurídicos sobre o tema:

Os precedentes são de extrema relevância para o caso sob análise porque reconhecem efeitos jurídicos à opção feita por transgêneros, afastando a cirurgia de redesignação sexual de seu conceito, como deve acontecer. A *ratiodecidendique* adotam estabelece que a autodefinição de gênero realizada por cada indivíduo deve ser acompanhada e não tolhida pelos institutos jurídicos. Vale dizer que a alteração do registro público, por exemplo, é efeito e não pressuposto da identidade de gênero assumida: é por viver como mulher, por assim apresentar-se socialmente, adotando nome, vestimentas, trejeitos e comportamentos socialmente construídos como "femininos", que a transgênero feminina se torna titular do direito subjetivo de alteração registral. Observa-se que a lógica é declaratória, e não constitutiva: autoriza-se a alteração de registro porque o titular da identificação é do gênero feminino, não se podendo afirmar que seja do gênero feminino porque tenha feito a alteração.

Para o desembargador, os mesmos pressupostos utilizados para resolver questões relativas a alteração do registro civil, por exemplo, podem ser utilizados para solucionar a problematização referente a aplicação ou não da Lei nº 11.340/2006 e a competência apreciar esse tipo de demanda em juízo:

A controvérsia não é simples, mas pode ser solucionada a partir dos mesmos preceitos utilizados pelos julgados expostos. O gênero feminino da vítima parte de sua liberdade de autodeterminação, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se veste e pela maneira como deseja ser tratada em suas relações. Assim, ela se identifica como Raquel, e não como Raul, modo pelo qual se reconhece e deseja ser tratada socialmente. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções postas à sua disposição para que exerça de forma plena e sem constrangimentos sua liberdade de escolha, não se tratando de condicionantes para que seja considerada mulher.

Além disso, uma vez que se apresenta dessa forma, a vítima também carrega consigo todos os estereótipos de vulnerabilidade e sujeição voltados ao gênero feminino, combatidos pela Lei Maria da Penha. Admitida socialmente como Raquel, a ela se aplicam vários dos mecanismos de posse e submissão que justificam a incidência do diploma mais protetivo.

[...]

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.

Argumentou ainda, que o fato da Lei Maria da Penha se referir ao “gênero” feminino, e não simplesmente ao “sexo”, é justamente o que legitima a possibilidade de estender sua proteção às transexuais femininas:

A utilização do termo "gênero" na Lei Maria da Penha não é fortuita, mas decorrente de um contraponto histórico e bastante discutido com o termo "sexo": enquanto este é morfobiológico, inato, aquele diz respeito às construções sociais erigidas em torno das visões de masculino e feminino. Assim, o que o legislador elegeu como objeto de proteção na Lei 11.340/2006 foi a própria noção do "feminino", socialmente construída, e não apenas o sexo biológico. Trata-se de conceito que certamente pode abranger as transexuais femininas, as quais - como já visto - são optantes deste gênero e não forçosamente do sexo correspondente. Não se realiza, portanto, analogia indevida ao admiti-las no conceito da lei, o qual já admite interpretação extensiva que as inclua.

Portanto, com base nesses argumentos, o recurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios foi provido, determinando que o feito fosse levado a prosseguimento no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, aplicando-se integralmente a Lei Maria da Penha.

Ao analisar os casos citados, verificamos principalmente a necessidade e a dificuldade do direito em acompanhar as evoluções presentes na sociedade. Sabemos que quando a Lei Maria da Penha foi criada em 2006, questões a respeito de transexuais ainda caracterizavam raridade, sendo irrazoável exigir que o

legislador da época pudesse prevenir tais situações. No entanto, atualmente, há necessidade de voltar atenção especial para esses pontos, o que exige que o ordenamento jurídico, especialmente a Lei nº 11.340/2006, seja interpretada extensivamente, levando em consideração as caracterizações de “sexo” e “gênero” feminino e a vulnerabilidade de mulheres transexuais perante seus parceiros agressores.

6 CONCLUSÃO

Conforme mostrado no desenvolvimento da presente pesquisa, não restam dúvidas a respeito do grande avanço que a Lei Maria da Penha representou para o ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à proteção da mulher diante das diversas agressões e discriminações que sofreu no decorrer da história da sociedade, no entanto, não se pode ignorar que assim como ocorre com muitos dispositivos legais brasileiros, ainda há muito o que ser adaptado e melhorado.

As evoluções sociais ocorridas desde 2006 fizeram com que surgisse a necessidade de adaptar a maneira de se interpretar os mecanismos de proteção impostos pela Lei nº 11.340/2006, especialmente em relação às hipóteses de incidência destes.

Não há dúvidas de que o sujeito passivo que faz jus a proteção da Lei Maria da Penha seja a mulher vulnerável e que possua uma certa relação de afetividade com o agente agressor, no entanto, as incertezas se acentuam quando se começa a analisar os aspectos que caracterizam uma mulher atualmente.

Sabemos que os movimentos de ideologia de gênero têm se desenvolvido e crescido cada vez mais na sociedade, e por isso, se faz necessário estudar sobre transexuais.

Levando em consideração o fato de que o transexual é muito mais do que aquele indivíduo que tem atração por pessoas do mesmo sexo ou simplesmente gosta de se vestir como pessoas do seu sexo oposto, mas é aquele que realmente se sente detentor de uma incompatibilidade entre seu sexo de nascimento e o gênero que gostaria de pertencer, o que o leva a buscar recursos e meios que lhe forneçam uma espécie de alteração de gênero.

No caso da mulher transexual, que é biologicamente homem, o indivíduo passa a se vestir e se apresentar socialmente como mulher, além de fazer uso de hormônios, com o objetivo de obter a feminilidade. Nesse contexto, uma mulher transexual, ao se relacionar com um homem, se torna tão vulnerável e frágil quando uma pessoa do sexo feminino.

Nesse contexto, é perfeitamente possível que uma mulher transexual seja vítima de agressões por parte de seu parceiro, portanto, por que não poderia ser destinatária das proteções da Lei Maria da Penha? Sendo que psicologicamente, e em alguns casos, até mesmo fisicamente, é tão vulnerável, quanto uma mulher.

A expressão “mulher” no contexto da Lei Maria da Penha deve ser interpretada de forma que abranja o sexo e o gênero feminino. A mulher transexual se identifica como pertencente ao gênero feminino, se apresentando na sociedade como tal e se colocando em uma condição de vulnerabilidade e fragilidade.

Não conceder proteção específica para as mulheres transexuais causaria uma dupla discriminação contra estas, posto que, já são vítimas de desprezo por parte da sociedade em razão de assumirem um papel de não aceitação ao sexo de nascimento, e como se não bastasse, ainda não são protegidas e amparadas legalmente quando vítimas de agressões domésticas e íntimas.

Fazendo uma síntese de todos os pontos tratados no presente trabalho, concluímos que o Poder Judiciário tem o dever e a responsabilidade de interpretar as leis de forma que adeque o texto legal à realidade social, levando em consideração o fato de que nem sempre a interpretação literal vai conduzir à obtenção da proteção integral desejada pelo legislador na época em que a lei foi criada.

Portanto, a Lei Maria da Penha, deve ser interpretada hoje, de maneira a levar os operadores do direito a observar que dentro dos parâmetros sociais atuais, uma mulher transexual, desde que colocada em situação de vulnerabilidade por se identificar com o gênero feminino, deve fazer jus às medidas protetivas do referido dispositivo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARBENZ, Guilherme Oswaldo. **Medicina legal e antropologia forense**. Rio de Janeiro: Atheneu, 1988.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. 9 v.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. **Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1.482/1997**, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 26ago. 2018.

_____. **Resolução Conselho Federal de Psicologia nº 001/99**, de 22 de março de 1999. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em: 26ago. 2018.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. **Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1.652/2002**, de 06 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 26ago. 2018.

_____. **Lei nº 10.826**, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 09. Set. 2018.

_____. **Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1.955/2010**, de 12 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 26ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Decisão constando a natureza de cautelar cível satisfativa das medidas protetivas de urgência. **Recurso Especial nº 1.419.421 – GO**. Recorrente: C A S, Recorrido: Yedda Seronni. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 11/02/2014, 4ª TURMA. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25044002/recurso-especial-resp-1419421-go-2013-0355585-8-stj/inteiro-teor-25044003>>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança impetrado contra ato do Juiz da Vara Central de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher, que indeferiu pedido de concessão de medidas protetivas em favor da impetrante. **Mandado de Segurança nº 2097361-61.20158.26.0000**. Impetrante: Gabriela da Silva Pinto, Impetrado: MM. Juiz de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Central. Relatora: Ely Amioka, Data de Julgamento: 08/10/2015, 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=061022EEEF95977EB4173BF7935AEB94.cjsg2?conversationId=&cdAcordao=8898974&cdForo=0&uidCaptcha=sajcaptcha_b8bbd355035649ee9113820e9c248905&vIaptcha=xpnts&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento interposto contra a decisão proferida pelo Juízo de Direito do V Juizado de Violência Doméstica da Comarca da Capital que indeferiu medidas protetivas ao agravante não identificado. **Agravo de Instrumento nº 0048555-53.2017.8.18.0000**. Relator: João Ziraldo Maia, Data do Julgamento: 05/09/2017, 4ª CÂMARA CRIMINAL. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha- protege-mulher-trans.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação ajuizada a fim de que fosse dada interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58 da Lei nº 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos, para que seja assegurada a possibilidade de alteração do prenome e gênero no registro civil mediante averbação no registro original, independentemente de cirurgia de redesignação sexual. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275**. Requerente: Procuradoria Geral da República,

Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Data do Julgamento:01/03/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. **Lei nº 13.641**, de 03 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Recurso do Ministério Público contra decisão do Juizado de Violência Doméstica que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha. **Recurso em Sentido Estrito nº 20171610076127**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Recorrido: Rafael de Souza Fernandes. Relator: George Lopes, Data de Julgamento: 05/04/2018, 1ª TURMA CRIMINAL. Disponível em:<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 14 out. 2018.

CABETTE, Eduardo Luis Santos.**Direito processual civil brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v.1.

_____. **Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/8822/anotacoes-criticas-sobre-a-lei-de-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/2>>. Acesso em: 20out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Hilário Veiga de, et al. **Compêndio de medicina legal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. **Pacto San José da Costa Rica**, de 22 de novembro de 1969. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. **Relatório anual nº 54**, de 4 de abril de 2001. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> . Acesso em: 07 set. 2018.

CONCEIÇÃO, Mário Antônio. **Reflexões contemporâneas sobre a identidade institucional: as medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha: A busca por um devido processo legal célere.** Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-68.pdf>>. Acesso em: 08set. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica – Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **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: 07out. 2018.

DINIZ, Anaílton Mendes de Sá Diniz. **Medidas protetivas de urgência: natureza jurídica – reflexos procedimentais.** Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/Medidas%20Protetivas%20de%20Urgencia%20-%20Natureza%20Jur%C3%ADica%20-%20Anailton%20Mendes%20de%20Sa%20Diniz.pdf>>. Acesso em: 08set. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Ata de Audiência de Justificação Prévia realizada na 14ª Vara. **Ação Popular nº 1011189-79.2017.4.01.3400.** Rozangela Alves Justino e Conselho Federal de Psicologia. Juiz: Waldemar Claudio de Carvalho, Brasília, 15 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/09/ATA-DE-AUDI%C3%8ANCIA.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

DR. Mc Hugh: “a transexualidade é um transtorno mental que merece tratamento”. **Zenit – o mundo visto de Roma.** Disponível em: <<https://pt.zenit.org/articles/dr-mchugh-a-transexualidade-e-um-transtorno-mental-que-merece-tratamento/>>. Acesso em: 26 ago. 2018

EPPS QUAGLIA, Dorina R. G. **O paciente e a intersexualidade; aspectos clínicos, endócrinos, anátomo-patológicos e genéticos.** São Paulo: Sarvier, 1980.

ESTADOS UNIDOS. American Psychiatric Association. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais.** 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

FARIA, Helena Omena Lopes de; MELO, Mônica de. **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade.** Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, São Paulo, Centro de Estudos, 1998, 373 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil – teoria geral.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2006.

FARINA, Roberto. **Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias.** São Paulo: Novolunar, 1982.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Eduardo Faria. **Princípio da vedação à proteção deficiente.** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/EduardoFariaFernandes.pdf>. Acesso em: 07out. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

FORMENTI, Lígia. CFM discute redução da idade mínima para cirurgia de mudança de sexo. **O Estado de São Paulo**, Brasília, 11 de julho de 2017. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,cfm-discute-reducao-da-idade-minima-para-cirurgia-de-mudanca-de-sexo,70001886131>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

GENDER Ideology Harms Children. **American College of Pediatricians.** Disponível em: <<http://www.acped.org/the-college-speaks/position-statements/gender-ideology-harms-children>>. Acesso em: 26ago. 2018.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Decisão deferindo medidas protetivas a favor de transexual vítima de violência doméstica por parte de seu ex-marido. **Processo nº 201103873908.** Vítima: Alexandre Roberto Kley, Indiciado: Carlos Eduardo Leão. Juíza: Ana Cláudia Veloso Magalhães, Anápolis, 23 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/homologacao-flagrante-resolucao-cnj.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente.** Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123>. Acesso em: 07out. 2018.

GOODWIN, Donald W; GUZE, Samuel B. **Diagnóstico da doença mental.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** Niterói: Impetus, 2006, v. 3.

HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

HOJDA, Matilde J. **Aborto – liberação ou restrição.** Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP, 1979.

_____. **Mudança de sexo: causas e consequências – intersexualidade e transexualidade.** Revista do IMESC, São Paulo, s. 1, Ano V, n. 3, 1982.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. **Transexualismo.** Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 17, p. 27-49, 1981.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Dos procedimentos: arts. 13 a 17. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva Jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes.** 1999. 877 f. Tese de Livre-Docência em Direito Penal – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

MADALENO, Rolf. **Revisão dos alimentos liminares.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 15, out-nov-dez 2002.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Curso básico de medicina legal.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENEZES, Holdemar Oliveira d. **Transexualismo.** Separata dos Arquivos da Polícia Civil de São Paulo. São Paulo, 1978.

MOLINA, García-Pablos de. **Derecho penal – introducción.** Madrid: Universidad Complutense, 1995.

MONEY, John. **Pesquisa de gênero homossexual/ heterossexual: do pecado à ciência e polícia secreta, *sexus– estudo multidisciplinar da sexualidade humana.*** v.02, n. 03, maio/jun. 1990.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Notas e reflexões sobre a Lei 11.340/2006, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8821/notas-e-reflexoes-sobre-a-lei-n-11-340-2006-que-visa-coibir-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 20out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAIVA, Luiz Miller de; RODRIGUES, Armando Canger. **Transexualismo, transvetismo, homossexualismo**. Arquivos da Polícia Civil de São Paulo. São Paulo, 1976.

PEREIRA, Sergio Gischkow. **Ação de alimentos**. 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1983.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIRES, Amom Albernaz. **A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha**. Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAMOS, Susana. **A importância das casas de acolhimento no território da violência conjugal**. Subjudice – Justiça e sociedade, Lisboa, v. 22/23, jul/dez de 2001.

REID, Russell W. **Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme**. In: Transsexualisme, Médecine et Droit. Pays-Bas: Vrije Universiteit Amsterdam, XXXIII Colloque de droit européen. 1993.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Pedido de medidas protetivas deduzido pela vítima, que imputa ao autor do fato a prática de violência física e psicológica. Juiz: Alberto Fraga, Nilópolis, 02 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-rj-autoriza-medida-protetiva.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Defensoria Pública pugna em favor da vítima não identificada, pelo deferimento de medidas protetivas, aduzindo que esta foi submetida ao constrangimento de ser internada em clínica para tratamento de drogas contra sua vontade. **Processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004**. Juiz: André Luiz Nicolitt, São Gonçalo, 26 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-tambem-protege-mulher.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 3ª ed. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 3.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Provimento Corregedoria Geral da Justiça nº 16/2018**, de 18 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=12&nuDiario=2579&cdCaderno=10&nuSeqpagina=11>>. Acesso em 20 de out. 2018.

SARLET, Ingo. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul, n. 12, ano 3, 2003.

SICHES, Recaséns. **Experiência jurídica y naturaliza de la cosa razonable**. México: Dianóia, 1971.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v.1.

_____. **Vocabulário jurídico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v.3.

SILVA, Maria do Carmo de Andrade. **Identidade de gênero e expressão sexual masculina e feminina**. Scientiasexualis – Revista do Mestrado em Sexologia da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, v. 03, n. 02, p. 80-88, dezembro 1997.

STF autoriza que transexual sem cirurgia mude nome e gênero sem ordem judicial. **Migalhas**, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI275446,71043-STF+autoriza+que+transexual+sem+cirurgia+mude+nome+e+genero+sem+ordem>>. Acesso em: 26 ago. de 2018

STOLLER, Robert J. **A experiência transexual**. Rio de Janeiro: Imago, 1982.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

SZANIAWSKI, Elimar. **Da noção de transexualidade. Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SZNICK, Valdir. **Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo**. 1ªed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.