



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
COMARCA DE SÃO GONÇALO
JUIZO DE DIREITO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E
FAMILIAR CONTRA A MULHER

DECISÃO

Processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004

Pugna o órgão da Defensoria Pública em favor da vítima [REDACTED] [REDACTED] (nome social) pelo deferimento de medidas protetivas, aduzindo que esta foi submetida ao constrangimento de ser internada em clínica para tratamento de drogas contra sua vontade.

Afirma a vítima, mulher assumidamente transexual desde janeiro de 2016, que sua genitora se opõe à identidade de gênero que a mesma se atribui, sustentando que tal não passa de uma doença mental, adquirida em razão de más influências.

Em decorrência das ideias defendidas pela mãe da vítima, esta se mudou para Minas Gerais juntamente com sua companheira, também

transexual, tendo lá permanecido por algum tempo até aquela tentar reconciliação familiar.

Ocorre que quando a vítima retornou ao lar, em imóvel próximo ao de sua genitora, esta teria retomado seu comportamento intolerante à orientação sexual de sua filha e ao gênero adotado, contratando serviço de ambulância com profissionais de enfermagem, os quais teriam submetido a vítima à situação extremamente vexatória, consubstanciada na imposição de força física a fim de colocá-la no interior da ambulância, deixando-a praticamente nua na presença da vizinhança, enquanto esta resistia, sem êxito, à internação forçada.

Narra a vítima que na ocasião foi dopada e conduzida coativamente à clínica de internação localizada em outro Estado da Federação, apesar da inexistência de laudo médico que ateste qualquer enfermidade mental ou incapacidade civil da vítima.

É o breve relatório.

No caso vertente, já é possível a este magistrado decidir por sua competência. Cabe-nos analisar a existência ou não de questão de gênero e concluir pela competência ou não para apreciação do pleito cautelar.

Passando a análise da competência, entendemos tratar-se de violência doméstica familiar. Nota-se pela narrativa dos fatos que, ao menos em tese, está ilustrado um típico caso de reprodução da cultura machista e patriarcal arraigada em nossa sociedade, de modo que deve a pessoa aceitar o sexo biológico “escolhido por Deus”.

Verifica-se que a vítima, já internada na clínica, foi submetida a uma série de constrangimentos, tendo inclusive sido “raspado” seu cabelo (fl. 05), em clara violação aos direitos fundamentais da mesma, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da CRFB.

É difícil precisar o sentido do enunciado “dignidade humana”, porém a chamada teoria de cinco componentes de Podlech parece adequada à realidade constitucional brasileira. Transportando para a Constituição pátria o mesmo raciocínio de Canotilho em relação à Constituição Portuguesa, vê-se que a base antropológica remete ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado (Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 249).

Daí se extrai uma integração dos direitos fundamentais, iniciando pela afirmação da integridade física e espiritual do homem como aspectos irrenunciáveis de sua individualidade, seguindo com a garantia da identidade e integridade da pessoa através do desenvolvimento de sua personalidade e passando à chamada libertação da angústia da existência da pessoa, libertação essa através de mecanismos sociais de providências que garantam possibilidade de condições mínimas existenciais. O quarto componente é a consagração da autonomia individual através da limitação dos poderes públicos relativamente aos conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito, e, por fim, o quinto componente reside na dignidade social, ou na igualdade de tratamento normativo, ou seja, igualdade perante a lei. (Idem, p. 248-249)

Vale ressaltar que o corte coercitivo de cabelo, por si só, viola a integridade física, ou seja, o primeiro componente da dignidade. Porém, como

no caso, em um contexto de opressão de gênero e desrespeito à diversidade sexual, afronta também o respeito à identidade que também compõe a dignidade (HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In Dimensões da Dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76).

Assim, convicções contrárias à orientação e identidade sexuais da pessoa não merecem acolhida nos dias de hoje, devendo o Poder Judiciário repelir violação ao arcabouço de direitos fundamentais da pessoa humana, em obediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No caso em tela, verifica-se que a genitora da vítima desrespeitou gravemente a identidade de gênero assumida por sua filha, internando-a em clínica de outro Estado, privando-a do convívio com sua companheira e afastando-a dos demais entes familiares e de seus amigos.

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. (NICOLITTI, Manual de Processo Penal, RT, 2016, p. 575 e seguintes)

Judith Butler afirma que não existe uma diferença objetiva anterior ao gênero (tal como o sexo), mas é o gênero, ele mesmo, que produz a diferença e a perpetua (BUTLER, Judith. *Trouble dans le genre: pour un féminisme de la subversion*. Prefácio de Éric Fassin, tradução de Cynthia Kraus. Paris: La Découverte, 2005).

Thomas Laquer, na esteira de Michel Foucault, ensina que a partir do século XVIII foi realizada, com o a florescimento da biologia e da medicina, uma “sexualização” do gênero, o qual era, até então, pensado muito mais em termos de identidade ontológica e cultural do que física. O gênero define, desde então, qualidades, virtudes e papéis de acordo com as raízes biológicas. (LAQUEUR, Thomas. *La fabrique du sexe: essai sur le corps et le genre em Occident*. Paris: Gallimard, 1992.)

A partir da ideia culturalista, a tradição feminista não essencialista, que vai de Simone Beauvoir a Judith Butler, faz uma crítica radical do sistema sexo-gênero. A multiplicação dos gêneros proposto por J. Butler, por meio da noção da performatividade, poderia se traduzir juridicamente pela ideia de que cada indivíduo adota o gênero que deseja. Adviria assim, um sujeito de direito sem gênero (ou ainda com vários gêneros) se tornaria o princípio que governaria a nova gramática sexual. Bastaria, para isso, pôr fim à prática de colocar o sexo dos indivíduos na certidão de nascimento. Isso permitiria regularizar os problemas encontrados pelos intersexuais e transexuais e acabaria com a proibição do casamento e da adoção de casais de mesmo sexo. (BORRILLO, Daniel. *O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei*. *Meritum – Belo Horizonte – v. 5 – n. 2 – p. 289-321 – jul./dez. 2010*)

Com fulcro na ideia de dignidade humana, é possível pensar em “um sujeito de direito sem gênero e um laço familiar livre de sua dimensão biológica” o que permitiria dar ou realçar no direito sua dimensão convencional, “libertando-o da metafísica da diferença de sexos e da naturalização de parentesco”. Nesta ordem de ideias “uma ordem jurídica democrática não pode continuar a funcionar na base da divisão binária dos gêneros e da injunção à heterossexualidade” (BORRILLO, op.cit.).

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.

As agruras da intolerância que se vê no presente caso estão sofrendo resistência e pautando as lutas de movimentos de direitos humanos por longa data. Caso muito parecido ocorreu na França.

Desde 1983, é admissível, na França, a orientação de que o tabelião deve se restringir ao sexo tal como está mencionado nas certidões de nascimento para efeitos de casamento. Com isso, há possibilidade de um transsexual se casar após a mudança de sexo na certidão (PARIS. Tribunal de Grande Instance (TGI). Décision du 13 déc. 1983 (Si le mariage d'un transsexuel était possible). Dalloz, 1983, e PARIS. Cour d'Appel, 17 fév. Dalloz, p. 350, 1984, note M.-L. Rassat, RTD civ., p. 135, 1985, obs. J. Rubellin-Devichi.). A CEDH considerou igualmente que o impedimento ao casamento ligado à diferença de sexo é suprimido assim que a modificação da certidão de nascimento for efetuada (COMISSION EUROPEENNE DES

DROITS DE L'HOMME. Décision Christine Goodwin vs. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n. 289/57, Dalloz, p. 1.936, 2003, obs. J-J. Lemouland; Dalloz, p. 525, 2003, obs. C. Birsan.)

Curiosamente, na França, ocorreu um caso muito parecido com o dos autos. A Sra. Camille Barré, transexual de 46 anos, e o Sr. Martin Léon Benito, também transexual de 30 anos, conhecido como “Mônica”, decidiram se casar. O Procurador da República, a pedido do prefeito de Rueil- Malmaison, se opôs ao casamento por falta de “[...] uma verdadeira vontade matrimonial, pois o objetivo principal, o de se comportar como marido e mulher, era estranho a ele”. Causava estranheza ao Procurador o fato de que, embora a certidão de um fosse do sexo masculino e a de outro feminino, que ambas se apresentassem como mulher e quisessem se casar. Na verdade, se insurgia ele contra a ausência de desejo heterossexual, pois afinal, se tratava de duas pessoas biologicamente masculinas e ambas ostentavam o gênero feminino e ainda assim queriam se unir em matrimônio. Nesse caso, o Procurador denunciou o caráter duplamente homossexual do ato (BORRILLO, op.cit.).

Com efeito, não há dúvida de que a questão dos autos envolve uma discussão e opressão sobre o gênero feminino, o que encontra abrigo no art. 5º da Lei Maria da Penha.

Todavia, cumpre analisar se o fato da suposta agressora ser mulher afastaria a competência do juízo, pois estamos diante de violência de mãe contra filha.

Há quem pense que o conceito de violência baseado no gênero trazido à baila pela Lei Maria da Penha indicaria como sujeito ativo dos crimes apenas

o homem, fundando-se na ideia de que a lei enfrentaria uma “suposta superioridade de forças do homem sobre a mulher” e que esta é muito “clara quando se trata da força física, do potencial de intimidação”. E assim, se imagina que “uma mulher não pode discriminar a outra por pertencer ao gênero feminino, já que ambas pertencem ao mesmo gênero”. Sustenta-se a ideia de que a LMP serve para proteger “a mulher em face do homem, supostamente mais forte, ameaçador e dominante no quadro cultural” e, por tal razão, não se aplicaria à legislação “quando o sujeito ativo for do gênero feminino” (PORTO, Pedro Rui Fontoura. *Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 30-33).

De nossa parte, a LMP cuidou da violência baseada no gênero e não vemos qualquer impossibilidade de que o sujeito ativo do crime possa ser uma mulher. Isso porque a cultura machista e patriarcal se estruturou de tal forma e com tamanho poder de dominação que suas ideias foram naturalizadas na sociedade, inclusive por mulheres. Sendo assim, não raro, mulheres assumem comportamentos machistas e os reproduzem, assumindo, não raro, o papel de opressor, sendo instrumentalizadas pelo dominador, como na escravidão existiu o negro que era “capitão do mato”, o que vem sendo tratado às vezes como Síndrome de Estocolmo.

Com efeito, é perfeitamente possível que atos de violência fundados no gênero, possam ser cometidos por mulheres. Basta imaginar a mãe que cria o filho de forma absolutamente diversa da filha, quando aquele goza de direitos e liberdades impensáveis para esta, cuja repressão, não raro pode ser feita com violência, ainda que psicológica.

Neste sentido já decidiu o STJ no Conflito de Competência 88027:

“Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. **Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher**, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.”

No caso vertente, é evidente que, ao que tudo indica, os fatos se deram porque custa à mãe acreditar que seu filho “macho” resolveu abrir mão de todas as prerrogativas desta condição para se transformar numa “mulherzinha”, e que tal fato só pode ser “coisa do demônio”, “loucura” ou “má influência”, mas nunca fruto de um direito da personalidade, afeto à sua dignidade. Em outros termos, os atos se inspiram na reprodução, mesmo por uma mulher, de uma cultura sexista, machista, preconceituosa e patriarcal que domina o imaginário social do qual as mulheres não estão excluídas.

Há que se reconhecer que outro ponto nevrálgico do tema se refere à incidência da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas. O parágrafo único do art. 5.º da lei em exame dispõe que as relações pessoais ali referidas independem da orientação sexual.

O problema reside nas relações homoafetivas que envolvam pessoas do sexo biológico masculino, pois, no caso de homem homossexual ou que assuma o gênero feminino, considerando o princípio da tipicidade, não se enquadraria na elementar penal “mulher” prevista no art. 5.º da lei. Quando a lei fala em “mulher”, não pode o termo receber interpretação extensiva ou aplicação analógica, contra o réu, para englobar pessoa que, apesar de exercer o papel social da mulher (como a travesti, por exemplo), assumindo um gênero feminino, não pode, para efeito penal incriminador, ser equiparado à

mulher, embora, em nosso pensar, devesse o legislador lhes dar idêntico tratamento, o que não foi feito.

Diante de tal quadro, há que se fazer uma análise quanto à natureza penal ou processual das normas contidas na Lei Maria da Penha. Sobre o tema tivemos oportunidade de escrever o seguinte:

“A Lei 11.340/2006 é preponderantemente uma lei processual que cuida da assistência, do atendimento, do procedimento e da proteção à mulher. São poucas as normas penais que afetam a esfera de liberdade das pessoas e/ou interfiram no direito de punir do Estado, podemos mencionar basicamente o art. 16, que diante da interpretação dada pelo STF, agiganta o direito de punir ao tornar a ação penal nos crimes de lesão corporal pública incondicionada; o art. 17 que veda a aplicação de penas pecuniárias ou sic de “cestas básicas”, bem como a substituição de pena isoladamente por multa e o art. 41, que afasta alguns institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995.

Ademais, nas disposições finais, a Lei 11.340/2006, dá nova redação à alínea f do inc. II do art. 61 do CP, criando uma circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitua ou qualifique o crime, o fato de ter o réu praticado o crime com violência contra a mulher; dá nova redação ao art. 129 do CP e ao art. 152 da LEP, neste último, possibilitando ao juiz, impor a frequência à programa de recuperação e reeducação, nos casos de violência doméstica, quando da pena de limitação de final de semana.

Com efeito, entendemos que todas as normas não penais, ou seja, processuais, civis e administrativas, contidas na Lei Maria da Penha, são aplicáveis ao homem que exerça o papel social de mulher, isto é, que possua o gênero feminino, como os travestis, transexuais, gays, por exemplo.

Desta forma, tanto a competência para o julgamento, como todas as medidas protetivas, podem ser aplicadas ao ser humano que possua o gênero feminino, independentemente do sexo. Todavia, ao acusado de qualquer crime no âmbito da violência doméstica, perpetrado contra pessoa do sexo masculino, ainda que

com o gênero feminino, não pode ser aplicada a agravante do art. 61, relacionada a condição de “mulher”, igualmente não poderá ser submetido à programa de reeducação no âmbito da execução penal da limitação de fim de semana, ou ainda, ser privado das possibilidades despenalizadoras da Lei 9.099/1995, tampouco ver contra si, considerada pública incondicionada a ação penal por lesão corporal leve.

Já o § 9.º do art. 129 do CP, não exige a condição de mulher, bastando a condição de parentesco ali dispostas e a prevalência das relações domésticas de coabitação ou hospitalidade.” (NICOLITTI, *Manual de Processo Penal*, RT, 2016, p. 584 e seguintes).

Diante de tais argumentos, não vislumbramos razão para excluir da requerente, as medidas protetivas da Lei Maria da Penha.

Passemos em seguida à análise das medidas protetivas requeridas.

Observa-se a urgência e o risco pela própria narrativa dos fatos, o que caracteriza, ao menos, a ocorrência de violência psicológica (art. 7º, II da Lei nº 11.340/06). Assim, impõe-se um atuar deste Juízo, com o fito de evitar a ocorrência de violência ainda maior ou mais duradoura. Os documentos acostados indicam o emprego de força e internação compulsória, transferência para outra unidade da federação, interferência na integridade física através do corte coercitivo do cabelo, sendo certo ainda, que todos os pertences da vítima encontram-se fora de seu alcance.

Foram requeridas pela vítima medidas protetivas conforme consta dos autos, bem como busca e apreensão de pertences.

Ademais, as medidas protetivas pretendidas são plenamente reversíveis com a formação do contraditório. Por outro lado, seu indeferimento pode trazer sérios riscos de consequências irreversíveis.

Isto posto e com amparo no art.22, caput, da Lei nº 11.340/06, DEFIRO PARCIALMENTE a aplicação das medidas postuladas, consistentes na:

a) Proibição de aproximação da vítima, fixando o limite mínimo de 500 (quinhentos) metros de distância entre a autora do fato e a vítima, na forma do artigo 22, inciso III, "a" da Lei nº 11340/06;

b) Proibição de contato da autora do fato com a vítima por qualquer meio de comunicação, na forma do artigo 22, inciso III, "b" da Lei nº 11340/06.

Defiro o requerimento de busca e apreensão dos objetos pessoais da autora e de sua companheira, bem como de todos os bens que guarnecem o imóvel situado no endereço Rua Alvorada, Lote 21, Quadra 31, Bairro Jardim Mirambi, São Gonçalo, RJ.

Expeça-se mandado de busca em apreensão facultando o OJA a lançar mão de auxílio de força policial se necessário, bem como a proceder ao arrombamento.

Intime-se a autora do fato para o imediato cumprimento das medidas ora aplicadas, dando-lhe ciência de que, em caso de descumprimento, poderá ser decretada sua prisão preventiva para assegurar o cumprimento das

presentes medidas protetivas. Consigne-se, ainda, que esta deverá constituir advogado ou procurar a Defensoria Pública, caso discorde das medidas que lhe foram impostas, sem prejuízo, em caso de silêncio, de sua defesa em eventual processo criminal. Proceda-se com urgência.

Notifique-se a vítima para comparecer à Defensoria Pública deste Juízo fim de acompanhar a execução da medida e a ação penal.

Caso haja manifestação da autora do fato, dê-se vista à vítima e ao MP, voltando posteriormente para conclusão.

Decorrido o prazo de 90 dias, o qual deve ser certificado, sem novo requerimento da vítima, havendo ou não manifestação da autora do fato, dê-se vista ao MP e, após, retornem conclusos.

Concedo a gratuidade de Justiça à vítima. Anote-se onde couber.

Dê-se ciência ao MP.

Intimem-se.

São Gonçalo, 26 de maio de 2017.

André Luiz Nicolitt
Juiz de Direito