

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO
DE SÃO PAULO

RECORRIDO: L A DA S F

ADVOGADOS: ARILDO PEREIRA DE JESUS - P136588
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. MULHER TRANS. VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA. CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICO. AFASTAMENTO. DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO. IDENTIDADE. VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DOMÉSTICO. RELAÇÃO DE PODER E *MODUS OPERANDI*. ALCANCE TELEOLÓGICO DA LEI. MEDIDAS PROTETIVAS. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A aplicação da Lei Maria da Penha não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

2. É descabida a preponderância, tal qual se deu no acórdão impugnado, de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, cujo arcabouço protetivo se volta a julgar autores de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres. Efetivamente, conquanto o acórdão recorrido reconheça diversos direitos relativos à própria existência de pessoas trans, limita à condição de mulher biológica o direito à proteção conferida pela Lei Maria da Penha.

3. A vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em argumentos simplistas e reducionistas.

4. Para alicerçar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha à espécie, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher.

5. A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres. Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado. Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que, no meu entender, o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher é.

6. Na espécie, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei n. 11.340/2006, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal.

7. As condutas descritas nos autos são tipicamente influenciadas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha. O *modus operandi* das agressões – segurar pelos pulsos, causando lesões visíveis, arremessar diversas vezes contra a parede, tentar agredir com pedaço de pau e perseguir a vítima – são elementos próprios da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino. Isso significa que o modo de agir do agressor revela o caráter especialíssimo do delito e a necessidade de imposição de medidas protetivas.

8. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 5º da Lei n. 11.343/2006 e cassar o acórdão de origem para determinar a imposição das medidas protetivas requeridas pela vítima L. E. S. F. contra o ora recorrido.

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO interpõe recurso especial, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele estado no Recurso em Sentido Estrito n. 1500028-93.2021.8.26.0312.

Extrai-se dos autos que L. E. S. F., **mulher transexual**, requereu **medidas protetivas contra seu pai**, ora recorrido, nos termos do art. 22 da Lei n. 11.340/2006, o que foi **indeferido** pelo Juízo de primeiro grau.

Irresignado, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso em sentido estrito, ao qual foi negado provimento, por maioria.

Nas razões recursais, o *Parquet* estadual sustenta contrariedade ao art. 5º da Lei n. 11.340/2006, porquanto

a Lei Maria da Penha faz expressa menção não só ao que dispõe o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal [...], como também à *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Internacional para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. A profundidade dessas referências nos remete à Carta das Nações Unidas, à Declaração Universal dos Direitos Humanos e às resoluções, declarações e recomendações aprovadas pelas Nações Unidas, que objetivam, em última análise, favorecer a igualdade entre homens e mulheres, reafirmando o princípio na não discriminação (fl. 110).

Nesse sentido, alega que "a decisão do Tribunal de origem encapsulou-se em um universo bastante restrito, ao justificar que a expressão gênero somente faria referência ao sexo feminino

(biologicamente mulher). Nisso reside o equívoco, diante do afastamento da proteção integral e eficiente, sempre e incansavelmente buscada pela Lei Maria da Penha" (fl. 111).

Argumenta, então, que o art. 5º da Lei Maria da Penha "cirurgicamente construiu o conceito de violência contra a mulher, no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto, quando a violência for baseada no gênero" (fl. 112), motivo pelo qual não haver se falar em analogia, mas sim de aplicação do texto da lei, o qual se refere à violência baseada no gênero mulher, e não no sexo biológico.

O recorrente ressalta que a lei em comento teve a intenção de alcançar todas formas de união e de relação afetiva, independentemente de orientação sexual, com destaque aos julgamentos da ADI 4277 e da ADPF 132, por meio dos quais o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar.

Acrescenta o julgado do STF na ADI 4275, em que foi reafirmado o entendimento de autodeterminação de gênero, ao permitir à pessoa trans a mudança de nome e gênero no registro civil, "mesmo sem a comprovação de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo e, ainda, sem a necessidade de judicialização, podendo o pleito, inclusive, ser formulado diretamente no Cartório de Registro de Pessoas Naturais" (fl. 113). Nesse cenário, evoca a tese aprovada em repercussão geral no RE n. 670.422, que também tratou dos direitos garantidos às pessoas trans, no que diz respeito ao seu registro civil.

O recorrente também lembra decisão proferida pela Quarta Turma deste Tribunal Superior, em que se concluiu: "a identidade psicossocial deveria prevalecer em relação à identidade biológica, não sendo a intervenção médica nos órgãos sexuais um requisito para a alteração do gênero em documentos públicos" (fl. 113).

Assim, com especial destaque à particular vulnerabilidade a que estão sujeitas as mulheres trans, o Ministério Público estadual insiste que **"a única interpretação que se admite e encontra ressonância na Lei Maria da Penha é aquela que protege a mulher contra qualquer espécie de violência fundada no gênero e não apenas no sexo biológico,** pois as relações pessoais enunciadas no artigo 5º, da Lei nº 11.340/06 independem de orientação sexual" (fl. 115, grifei).

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja cassado o acórdão proferido pela Corte de origem, **"deferindo-se as medidas protetivas de urgência em favor da vítima"** (fl. 116, destaquei).

O recurso foi admitido (fl. 125) e, apesar de devidamente intimada, a defesa não ofertou contrarrazões (fl. 125).

Posteriormente, instado a se manifestar (fl. 196), o recorrido, por meio da Defensoria Pública da União, apresentou contrarrazões às (fls. 207-211).

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 173-194, opinou pelo **provimento do recurso**.

VOTO

I. Admissibilidade do recurso

Inicialmente, observo que o recurso suplanta o juízo de prelibação, haja vista a ocorrência do necessário prequestionamento, além de estarem presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo, tempestividade e regularidade formal), razões pelas quais avanço na análise de mérito da controvérsia.

II. Contextualização

L. E. S. F. é mulher transexual e sofreu agressões por parte do seu próprio pai, em razão dessa sua condição.

Nos termos do boletim de ocorrência, o ora recorrido:

[...] que é usuário de drogas e álcool, chegou alterado, gritando com os vizinhos, a vítima pegou sua mochila para sair de casa, pois já sabe que ele fica violento quando nessas condições, **mas seu pai a segurou pelos pulsos, causando lesões visíveis, ela se desvencilhou, mas foi agarrada novamente e arremessada de lado contra a parede, onde bateu com a cabeça, e em seguida a empurrou algumas vezes de costas contra a parede, no momento em que ele soltou um dos pulsos para pegar um pedaço de pau para agredi-la, a vítima conseguiu se desvencilhar e saiu correndo, sendo perseguida pelo**

agressor até quando encontrou uma Viatura da PM, que prestou socorro conduzindo-a até esta Delegacia para elaboração da ocorrência. Vítima pediu medidas protetivas, e aceita receber notificações pelo celular. Requisitado IML para a vítima (fls. 1-2, grifei).

Em decorrência das agressões, a vítima requereu a imposição de medidas protetivas, nos termos do art. 22 da Lei n. 11.340/2006. O Ministério Público representou pelo deferimento parcial do pleito, "com o afastamento do agressor do lar, a recondução da ofendida ao respectivo domicílio, após o afastamento do agressor, caso seja necessário, bem como a proibição de aproximação e de contato entre os envolvidos, por qualquer meio, inclusive telefônico, devendo ser fixada distância mínima entre as partes" (fl. 22).

Para tanto, ponderou

[...] o fato de a vítima ser uma mulher transexual não afasta a incidência da norma protetiva, tendo em vista que o artigo 1º, da Lei 11.340/2006, disciplina que o diploma legal "*cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher...*", evidenciando que o objeto de proteção é a pessoa que sofre violência de gênero feminino e não, propriamente, a pessoa biologicamente considerada do sexo feminino (fl. 22).

Ainda, enfatizou que "tampouco há que se falar na necessidade de retificação do sexo no assento de nascimento, pois, **independente da alteração, há identidade de gênero da vítima com o sexo feminino, o que basta para que sua vulnerabilidade seja reconhecida no contexto da violência doméstica**" (fl. 22, destaquei).

O Juízo de primeiro grau, todavia, **indeferiu** o pedido, sob a seguinte motivação:

A Lei Maria da Penha visa repelir a violência de gênero, decorrente de uma posição de hipossuficiência física ou

econômica, no âmbito da unidade doméstica, da família ou de qualquer relação íntima de afeto, a qual gera uma situação de opressão da vítima. Segundo Maria Amelia Teles e Monica de Melo, a violência de gênero representa 'uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos.

E essa vítima, necessariamente, tem que ser mulher, ou seja, pertencer ao gênero feminino. Eventual prática de violência doméstica em que a vítima seja um homem poderá ser tipificada como lesões corporais (artigo 129, parágrafo 9º, do CP); não ensejando a aplicação dos dispositivos da Lei 11.340/2006.

É por essa razão que tanto a Convenção de Belém do Pará (artigo 1º) como a Lei Maria da Penha (artigo 5º, caput) fazem referência ao termo 'gênero' e não ao termo 'sexo'.

Enquanto este apresenta natureza biológica e é determinado quando a pessoa nasce, aquele é definido ao longo da vida, sendo uma construção social, que identifica papéis de natureza cultural, e que levam à aquisição da masculinidade ou da feminilidade.

Neste tocante, relevante a compreensão trazida em 2006, por um grupo de especialistas internacionais que, reunidos na Universidade Gadjah Mada, na cidade de Yogyakarta, Indonésia, estabeleceram princípios voltados à aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos no que concerne à orientação sexual e à identidade de gênero - mais conhecidos como Princípios de Yogyakarta.

No referido diploma, tem-se que a orientação sexual é a capacidade de cada indivíduo atrair-se emocional, afetiva ou sexualmente por indivíduos de gênero distinto, do mesmo ou de mais de um gênero, assim como de manter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; por sua vez, **a identidade de gênero é definida como a experiência pessoal de gênero, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, englobando o sentimento em relação aos seus aspectos corporais e outras expressões de gênero, como a vestimenta, o modo de falar e maneirismos.**

Vale enaltecer, ainda, que este documento internacional não limita o conceito de identidade de gênero aos aspectos extrínsecos ou secundários do sexo biológico, muito embora permita expressamente ao indivíduo a modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros.

Assim, o presente expediente não contém elementos de convicção necessários à concessão, *in limine*, das medidas de proteção postuladas (fls. 25-26, destaquei).

Contra essa decisão a vítima interpôs recurso em sentido estrito, ao qual foi negado provimento pelo Tribunal de Justiça local. O voto condutor do acórdão assentou-se nos fundamentos a seguir:

Não desconheço a existência de várias decisões, desta Corte inclusive, apoiando a pretensão; todavia, a meu ver ela encontra dois obstáculos: um, como causa, científico; outro, como consequência, jurídico (constitucional).

Não desconheço, também, que os Princípios de Yogyakarta 1, (vinculantes, como já deixou claro o STF), estabeleceram vários direitos considerados de nível constitucional, inalienáveis. Tais direitos, sem dúvida alguma, são mesmo devidos; não creio que pessoa alguma divirja quanto a isso.

Todavia, a meu ver, não incluem o direito que aqui se pleiteia.

São eles (chamo à atenção o terceiro):

[...]

3) direito ao reconhecimento perante a lei;

[...]

Todos esses direitos e obrigações (pois, para não mencionar o último também entre si os transexuais têm de respeitá-los) são devidos; e, repito, ninguém (de bom senso, é claro) discordará disso. Porém, **nenhum deles dá ao transgênero masculino o direito de ser considerado**

mulher; nenhum, para colocar de outra forma, autoriza a afirmativa de que 'transgênero feminino = mulher' e 'transgênero masculino = homem'.

Com efeito, 'mulher' e 'homem' são (como reconheceu o douto Promotor de Justiça) conceitos científicos, biológicos. E não podem ser igualados se se está a tratar a questão seriamente.

Com efeito, há muito se sabe que dentre os vinte e três pares de cromossomos de todo o ser humano, mulheres possuem o par XX e homens, o XY.

E, se se examinarem os cromossomos do interessado, L., ver-se-á que ele possui o segundo tipo, XY.

Mas não é só isso. Pesquisas recentes mostram que as diferenças entre os sexos são muito maiores; afirmam, v. g., Moran Gershoni e Shmuel Pietrokovski 2: 'Homens e mulheres possuem genomas quase idênticos mas são diferentemente dimórficos'; essa diferença de formas advém, principalmente, de 'expressão diferenciada de genes presentes em ambos os sexos', e, por sua vez, resulta em 'expressões genéticas altamente específicas a cada sexo'.

Daí por que o conceito de 'identidade de gênero' constante dos Princípio de Yogyakarta³ é, confessadamente, diferente do conceito de identidade sexual: no conceito mesmo é dito que essa identidade 'pode ou não corresponder ao sexo atribuído pelo nascimento'. (Bem o notou, aliás, a digna sentenciante, ao afirmar que o documento 'não limita o conceito de identidade de gênero aos aspectos intrínsecos ou secundários do sexo biológico'; cf. fls. 26).

Em síntese: **o conceito de 'identidade de gênero' é diferente do de 'identidade sexual': a segunda, sim, está à disposição do legislador para ser manejada; a primeira, não, a não ser que se passe a desconsiderar a ciência biológica.**

É claro que mesmo a manipulação do sexo pode ser, na prática, feita pelo legislador mas, dado o perigo daí decorrente para vários direitos fundamentais, apenas pelo legislador; e, a meu ver, somente pelo legislador constitucional: afinal, **o conceito 'mulher' é usado na**

Constituição Federal, e nada justifica seja ele interpretado (ao menos em matéria penal) como diferente do sentido científico. Imagine-se o que se poderia fazer com a manipulação do conceito de tempo, em relação, por exemplo, ao princípio da irretroatividade da lei penal. **Dessa constatação científica decorre o empecilho jurídico à pretensão do douto Promotor de Justiça: é claro que a equiparação do interessado a mulher (e a esta está vinculado o pedido) ofende o princípio da tipicidade estrita e o da proibição da analogia *in malam partem*.**

É claro que, já se viu, nada impede que o legislador estenda a proteção que se confere à mulher ao transexual feminino. (E, nesse caso, poderá retirá-la do transexual masculino? Isso basta para mostrar os perigos que decorrem da pretensão.) Não é por outra razão que os elaboradores dos Princípios de Yogyakarta não incluíram nos direitos ali previstos o da equiparação jurídica ao sexo com que o transexual se identifica; previu, isso sim, e corretamente, o direito ao reconhecimento perante a lei a mostrar que talvez seja hora de o legislador brasileiro elaborar legislação específica (afinal, recordo, o STF já afirmou serem esses Princípios direito vinculante).

Enquanto isso não ocorre, porém, não é possível, pena de ofender princípios constitucionais de importância para todos (inclusive dos transexuais; os elaboradores dos Princípios não ignoraram isso: basta ver os direitos 7 a 10 para que isso fique claro) **não é possível, eu dizia, fazer a equiparação 'transexual feminino = mulher'.**

Seria possível, é claro (como requereu o Ministério Público), o uso do art. 319 do Código de Processo Penal. Todavia, a digna Juíza de Direito entendeu não haver elementos que o justificassem ao que parece, corretamente, pois não localizei outras ocorrências entre o recorrido e o interessado. O recorrido responde a um processo por desacato; nada, porém, relativo a crime com violência contra a pessoa (fls. 89-93, grifei).

O Ministério Público do Estado de São Paulo aponta violação do art. 5º da Lei n. 11.340/2006, com base nos argumentos expostos no relatório e pede a cassação do acórdão de origem, a fim de que a vítima L. E. S. F. receba a proteção das medidas lá elencadas.

III. Os fundamentos do acórdão recorrido e sua crítica

Primeiramente, cumpre bem delimitar as razões de decidir do Tribunal de origem usadas com vistas a afastar aplicação da Lei n. 11.340/2006 para a proteção de uma mulher transgênero.

Pela detida leitura do voto condutor do **acórdão recorrido**, percebe-se que, apesar de reconhecer diversos direitos relativos à própria existência de pessoas trans, **limita à condição de mulher biológica o direito à proteção conferida pela Lei Maria da Penha**. Vale dizer, chama a ciência para cingir a imposição de medidas protetivas, exclusivamente, às mulheres portadoras dos cromossomos XX em sua constituição genética.

Ademais, repisa que o conceito de identidade de gênero é diverso de identidade sexual e que apenas essa última "está à disposição do legislador para ser manejada" (fl. 92), de modo que a definição de mulher contida na Constituição Federal não pode ser interpretada de forma diversa da biológica. Conclusão outra ofenderia os princípios da tipicidade estrita e o da analogia *in malam partem*.

Entendo estar semelhante argumento apoiado em falso silogismo, uma vez que a pretensão da vítima, ora defendida no recurso do Ministério Público estadual, corroborada pelo Ministério Público Federal, e que ora endosso, **não rejeita nem ignora a ciência**. Tampouco será o debate reduzido ao apontado (e não explicado) "politicamente correto" como suposto fundamento para a aversão à biologia.

Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra minorias.

A propósito, aqui cabe a inserção do **conceito jurídico de discriminação**, trazido por Roger Raupp Rios, que, baseado em

documentos internacionais, diz ser "*qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar ao reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública*" (RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 20, grifei).

As digressões constantes do aresto impugnado atraem as reflexões postas na introdução do "**Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**", desenvolvido e divulgado pela **Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (Antra)**, assim colocadas:

A violência transfóbica, o discurso de ódio e uma ideologia antitrans tem crescido e ganhado muita força nas redes sociais desde 2014, e fez-se mais presente em 2020 e em 2021, diante da crise política, econômica e humanitária em que nos encontramos. Aliado a cena caótica, houve à disseminação de fakenews e o recorrente uso do *trans panic* como forma de ter alcance (e muitas vezes, relevância sobre a pejorativização dos grupos) na internet, angariando adeptos e aproximando grupos antagônicos para a unificação e fortalecimento de uma disputa cissexista.

O sentido inferiorizante das identidades de trans, assim como o desejo de manter essa população invisibilizada e em um lugar subalterno gera engajamento e tem promovido adoecimento, contribuindo para a vulnerabilização e criminalização de pessoas trans e Não Binárias, com diversos casos sendo denunciados em perfis no Twitter, Instagram, TikTok, Facebook e grupos de WhatsApp/Telegram.

Dentre eles, **diversos ataques organizados pela aliança entre grupos historicamente LGBTIfóbicos, políticos de extrema direitas, milícias paramilitares e grupos neo-nazistas que ganharam força desde a eleição do atual governo, líderes religiosos fundamentalistas, diversos grupos que compõem as redes bolsonaristas, grupos de Lésbicas, Gays e Bissexuais cisgêneros antitrans e do feminismo radical trans excludente (RADFEM/TERF) tem se mobilizado em torno de**

construir, fortalecer e disseminar narrativas antitrans que incitam o ódio, o medo e a desumanização de travestis e demais pessoas trans.

Seja por ação ou por omissão, muitos estados têm se furtado de reconhecer a existência de uma violência específica, que inclui a orientação sexual e/ou a identidade de gênero das pessoas como fator determinante dessa violência e das violações de direitos humanos, sociais e políticos, e pautar política de enfrentamento das mesmas, que garantam dignidade, respeito, proteção e a garantia dos direitos as pessoas trans e Não-Binárias.

[...]

A **influência religiosa** junto ao estado se agrava em momentos de crise e **faz crescer um forte sentimento conservador com ideais misóginos, machistas e LGBTifóbicos, promovendo ataques a democracia, ameaças ao estado laico, enfraquecimento de políticas sociais e de apoio ao trabalhador.** Contribuindo de forma direta para o cenário distópico que temos vivenciado e colocando mulheres, pessoas negras e LGBTQIA+ em risco aumentado de violências, como evidenciado por todas as organizações de direitos humanos com seus dados produzidos sobre intensa violência contra os defensores de direitos humanos e de proteção a grupos minorizados.

[...]

O projeto de governo autoritário, patriarcal, negacionista, anti-científico, anti-direitos humanos, anti-gênero, anti-LGBTQIA+ coloca um desafio ainda maior quando vemos o aparelhamento das instituições do estado, o fortalecimento de correntes alinhadas com ideologias fascistas que unem a base bolsonarista no executivo e no legislativo, nos estados e municípios, e avança no judiciário com a indicação de mais um ministro “terrivelmente evangélico”, fundamentalista e subserviente ao presidente. Consolidando-se como um dos piores cenários para a democracia e especialmente para as pessoas LGBTQIA+.

[...]

Mesmo com as constantes manipulações de nossos dados, com a inclusão de narrativas falaciosas para manobrar a opinião pública, advindas de agentes do estado, é muito difícil acreditar que haja qualquer sinalização por parte do estado, destinação de verba e investimento ou avanço em políticas pró-trans. **A realidade é que pessoas trans não tem proteção e tampouco se sentem seguras em existir e viver em uma sociedade cissexista, que desumaniza essas existências, incluindo os requintes de crueldade. E onde o próprio estado, governos e agentes público tem sido parte do problema sob diversas óticas** (BENEVIDES, Bruna G. *Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021* (Org). – Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022. p 9-15. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: mar. 2022, destaquei).

Em adição, o dossiê faz a seguinte ponderação sobre as reiteradas negativas de aplicação da Lei Maria da Penha na proteção de travestis e mulheres trans:

Apesar dos avanços que vinham sendo conquistados no reconhecimento da violência de gênero contra travestis e mulheres trans, com a devida aplicação da Lei Maria da Penha em alguns casos que abriram precedentes importantes nessa discussão, Temos observado um **retrocesso** desse entendimento, quando acompanhamos **casos em que a violação do direito à identidade de gênero tem sido permitida por decisões de juízes, que tem negado a proteção prevista na Lei Maria da Penha, alegando entre outras questões, que estas não seriam mulheres, e que, portanto, a lei não se aplicaria a elas, em uma flagrante violação dos direitos humanos da população trans.**

A revista Isto É produziu uma matéria sobre a omissão do sistema judiciário com casos de violência doméstica contra mulheres trans, por desconsiderar seu gênero como válido para a proteção contra a violência de gênero. Aliado a isso, o **judiciário, muitas vezes, adota posturas transfóbicas ao emitir decisões nos poucos casos cujas denúncias são acolhidas.** Em matéria, o jornalista Fernando Lavieri elucida que **o judiciário ainda trata**

mulheres trans no masculino, tirando, portanto, seu direito a serem acolhidas pela Lei Maria da Penha (BENEVIDES, Bruna G. *Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021* (Org). – Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022. p 77. Disponível em:<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: mar. 2022, grifei).

No capítulo "**A epidemia crescente de transfobia nos feminismos**", a organizadora do documento não deixa esquecer o comportamento nocivo inclusive dentro dos movimentos feministas, em que, por vezes, insiste-se na "disseminação de uma ideia em que supostamente a opressão de gênero é igual para todas as mulheres cisgêneras independente de raça, classe e construção social, **e que se basearia em seu sexo biológico** (sistema sexo-gênero em que o gênero é informado pelo genital)"(BENEVIDES, Bruna G. *Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021* (Org). – Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022. p 130-131. Disponível em:<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: mar. 2022, destaquei).

Como bem pontua Roger Raupp, "a abordagem de direitos humanos das **demandas de identidade de gênero**, a seu turno, vislumbra a existência concreta dos indivíduos com base em um amplo leque de possibilidades, isto é, na diversidade sexual. (RIOS, Roger Raupp, *Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos Direitos Sexuais no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília ano 52 n. 207 jul./set. 2015 p. 344, destaquei). E nos lembra, ainda, que "[a]s travestis, encarnando quiçá a experiência mais radical da autonomia individual diante das convenções sociais sobre o que é padronizado como 'natural' quanto ao sexo e sobre o que é tolerável pelos padrões tradicionais e dominantes de convívio entre homens e mulheres, ousam inventar um novo modo de ser em termos de gênero, transitando verdadeiramente nas 'fronteiras do gênero'" (*op. cit.*, p. 346, sublinhei).

IV. Os números da violência contra travestis e transexuais

Em 2021, foram 140 registros de assassinatos de transexuais e travestis. Apesar da redução, em comparação com o ano de 2020 (175 assassinatos), o número foi maior do que o contabilizado em 2019 (124 óbitos). Esses dados (extraídos do Dossiê Assassinatos e Violências contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2021, estudo realizado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra) com apoio de universidades estaduais e federais) constam em matéria publicada na página eletrônica da Agência Brasil. A notícia é que **o Brasil ocupa, pelo 13º ano consecutivo, o primeiro lugar no ranking dos países que mais matam pessoas trans no mundo** (VALENTE, J. *Brasil registrou 140 assassinatos de pessoas trans em 2021*. Agência Brasil, Brasília, 29/1/2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2022-01/brasil-registrou-140-assassinatos-de-pessoas-trans-em-2021>. Acesso em: fev. 2022).

Efetivamente, "[d]o total de 4.042 assassinatos catalogados pela TGEU, 1.549 foram no Brasil. Ou seja, sozinho, **o país acumula 38,2% de todas as mortes de pessoas trans do mundo**". Acrescenta que "[a] atualização de 2021 revelou ainda o total de 375 casos reportados de pessoas trans em 74 países em todo o mundo, entre 1 de outubro de 2020 e 30 de setembro de 2021. **O Brasil permanece como o país que mais assassinou pessoas trans do mundo** neste período, com 125 mortes, seguido do México (65) e Estados Unidos (53)" (BENEVIDES, Bruna G. *Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021* (Org). – Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022. p. 70. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: mar. 2022, destaquei).

Nesse cenário, Carneiro e Mello, citando Carrara e Viana (2006), ponderam que **"a vulnerabilidade social que as travestis estão inseridas, uma vez que a histórica marginalização escolar e laboral desta classe a sujeita a situações mais próximas da prostituição e exposição pública a homofobia**. Os autores apontam ainda a discriminação, a violência e exclusão social como determinantes da extrema vulnerabilidade social em que esta classe se encontra" (CARNEIRO, Melyssa Inêz Silva; MELLO, Antônio Cesar. *A aplicabilidade da Lei Maria da Penha Para Travestis e Transexuais*, Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-aplicabilidade-da-lei-maria-da-penha-para-travestis-e-transexuais/>. Acesso em: fev. 2022, grifei).

V. Resistência à heteronormatividade

O debate merece uma breve consideração sobre as raízes da dificuldade em se tratar temas como o dos autos sem as amarras do preconceito contra corpos estranhos na visão heteronormativa. O diálogo com as teorias *queers* ainda é incipiente na literatura jurídico-penal e criminológica brasileira.

Em relação às **teorias *queer***, pondera Salo de Carvalho que

[Elas] **procuram desestabilizar zonas de conforto culturais criadas pelo heterossexismo, que se estabelecem historicamente como dispositivos de regulação e de controle social, como (a) a polarização entre homens e mulheres e (b) a institucionalização da heteronormatividade compulsória.** Segundo Welzer-Lang, o "heterossexismo é a discriminação e a opressão baseada em uma distinção feita a propósito da orientação sexual. O heterossexismo é a promoção incessante, pelas instituições e/ou indivíduos, da superioridade da heterossexualidade e da subordinação simulada homossexualidade." (Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. In CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito, racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204, grifei).

Nesse contexto, adverte o referido autor:

A naturalização da norma heterossexual, ao aprisionar as subjetividades no binarismo hétero/homossexual, cria automaticamente mecanismos de saber e de poder nos quais a diferença é exposta como um *desvio* ou como uma *anomalia*. Definido o comportamento ou o modo de ser desviante a partir da regra heterossexual, o controle social formal é instrumentalizado nos processos de **criminalização** (direito penal) e de **patologização** (psiquiatria) **da diferença.** Outrossim, para além destas respostas sancionadoras produzidas nas e pelas agências de punitividade (violência institucional), a **lógica heteronormativa potencializa inúmeras outras formas de violências (simbólicas e interindividuais) nas quais a**

diversidade sexual é vitimizada (homofobia) (*op. cit.*, 2017, p. 204-205, destaquei).

A elucidativa explanação segue:

A teoria *queer*, ao dialogar com o feminismo, direcionará sua crítica, à *inferiorização das diversas identidades de gênero e de orientação sexual* estabelecidas no processo histórico de naturalização do ideal *heterossexual*. Não se trata, portanto, apenas da denúncia da desigualdade derivada dos papéis atribuídos aos gêneros (masculino e feminino). **As teorias *queer* procuram, em primeiro lugar, desconstruir a hierarquia estabelecida entre hétero e homossexualidade, independentemente do gênero; e, em segundo, romper com a fixidez dos conceitos e superar a lógica binária que cinde e rotula as pessoas como hétero ou homossexuais. Hierarquização, fixidez e binarismo o que instituem e legitimam no cotidiano formas específicas de violência homofóbica** (*op. cit.*, 2017, p. 207, destaquei).

A título de enriquecimento da discussão, ensina Paul Preciado que "a tomada da palavra pelas minorias queer é um advento mais pós-humano do que pós-moderno" e alerta que "as políticas das multidões *queer* se opõem não somente às instituições políticas tradicionais, que se querem soberanas e universalmente representativas, mas também às epistemologias sexopolíticas *straight*, que dominam a produção da ciência" (PRECIADO, Paul B. Multidões queer: notas para uma política dos "anormais", *In*: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento Feminista, conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, p. 427/429, grifei).

O sucesso do entendimento exige, portanto, a desconstrução do cenário da heteronormatividade, de sorte a permitir o acolhimento, como iguais, de pessoas com alguma diferença, para que sejam, então, tratadas com igualdade.

VI. Conceitos de gênero, sexo, identidade de gênero, etc.

Antes de adentrar a discussão, propriamente dita, relativa à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha ao caso dos autos, **necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis**, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher.

Conforme bem resumem Gusmão e Fonseca, *in verbis*:

Apresenta-se que, segundo Chaves (2017, p. 44),

[...] as **travestis** não buscam a cirurgia de redesignação de sexo, pois para elas não há qualquer anomalia a ser corrigida. O pênis é funcional, lhe dá prazer e foi investido nas fases iniciais da constituição do seu Eu.

Do mesmo modo Gomes (2012, p. 14) afirma,

A questão do travesti se volta para a pessoa que utiliza a roupa e a ornamentação do sexo oposto. Na verdade, o travesti não quer mudar de sexo; ele se sente bem com o seu órgão, preserva, então, o seu sexo biológico, embora sinta prazer em usar vestuários do sexo oposto. Pode ter travesti homem e travesti mulher.

Similarmente Jesus (2012, p. 9) afirma que,

São travestis as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não gênero. **É**

importante ressaltar que travestis, independentemente de como se reconhecem, preferem ser tratadas no feminino, considerando insultoso serem adjetivadas no masculino: as travestis, sim; os travestis, não.

[...]

No caso das **transexuais**, costuma-se simplificar a situação dizendo que a pessoa nasceu com a ‘cabeça de mulher em um corpo masculino’ (ou vice-versa). Por isso, muitas e **muitos transexuais necessitam de acompanhamento de saúde para a realização de modificações corporais por meio de terapias hormonais e intervenções cirúrgicas, com o intuito de adequar o físico à identidade de gênero**. É importante ressaltar, porém, que não é obrigatório e nem todas as transexuais desejam se submeter a procedimentos médicos, sobretudo aqueles de natureza invasiva ou mutiladora, não havendo nenhum tipo de condição específica ou forma corporal exigidas para o reconhecimento jurídico da identidade transexual. (BRASIL, 2017, p. 15)

A **transgeneridade** seria a **dicotomia entre o corpo biológico e o psicológico, causando ao indivíduo a insatisfação biológica que afeta as relações deste com o meio ao qual ele se relaciona** buscando assim uma adequação bio-psicológica através de uma nova corporalidade o que é marcante aos transgêneros (CECCARELLI, 2013).

O **transgênero** é, portanto, **aquele que não se identifica com seu sexo biológico, e espera ser reconhecido e aceito no gênero oposto ao que se interliga a sua condição biológica, é dizer, é uma questão de pertencimento cultural e social.**

Em contrapartida aos termos transexual, transgênero e travesti, surge o termo **cisgênero**, que **são aquelas pessoas nas quais existe harmonia entre seu sexo biológico e o seu gênero**, ou seja, é o homem/mulher que vê coerência entre o modo como é identificado (a) e tratado (a) juridicamente, socialmente e politicamente em frente a sua identificação sexual biológica (BRASIL, 2017).

Assim sendo,

Cisgêneras são as pessoas que possuem uma identidade de gênero correspondente ao sexo biológico. Um homem é cisgênero se seu sexo biológico e sua identidade de gênero forem masculinas, independentemente da orientação sexual que tenha, homossexual ou heterossexual. Ou seja, há homens e mulheres cisgêneras homossexuais, heterossexuais e bissexuais. (BRASIL, 2017, p. 14)

Diante do que foi exposto, **é possível afirmar que a colisão entre o objetivo da lei Maria da Penha e a realidade fática de sua aplicação é evidente, vez que, esta deveria proteger o gênero feminino e por muitas vezes deixa o judiciário de reconhecer essas minorias que se encaixam dentro do gênero feminino levando em consideração tão somente o sexo biológico feminino** (GUSMÃO, Áklla Tayná Rocha; FONSECA, Maria Fernanda Soares. *A possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha para Transgêneros*. Desafios à Democracia, Desenvolvimento e Bens Comuns – VI Congresso em Desenvolvimento Social, INSS: 2358-3991, p. 990-994, ago. 2018, grifei).

As identidades são diversas e aqui não se pretende esgotar o elenco das respectivas categorias. Não se olvida, por exemplo, das pessoas não binárias, as quais não se reconhecem nem como do sexo masculino nem como do feminino, mas que, eventualmente, podem sim enquadrar-se em vulnerabilidade que exige a proteção da Lei n. 11.340/2006.

Múltiplas são as discussões feministas em torno da terminologia gênero e, neste ponto, pertinente é a inclusão do pensamento filosófico de Butler, acerca de **gênero**, segundo a qual

a forma mais ordinária de reprodução das identidades de gênero acontece nas diferentes maneiras que corpos são colocados em relação às expectativas profundamente enraizadas e sedimentadas sobre existências atribuídas de gênero. **Existe uma sedimentação das normas de gênero que produz o fenômeno peculiar do sexo natural, ou da mulher de verdade, ou qualquer outra ficção social que se faça presente e seja convincente; essa sedimentação tem produzido, ao longo do tempo, um conjunto de estilos corporais que, de maneira reificada, são apresentados como configuração natural dos corpos, divididos em sexos que se relacionam de maneira binária"** (BUTLER, Judith. *Atos performáticos e a formação dos gêneros: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista*, In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento Feminista, conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, p. 220, grifei).

Ela Wiecko de Castilho bem explica que:

O sexo é uma categoria biológica insuficiente para explicar os papéis sociais atribuídos ao homem e à mulher. **'Gênero' veio como uma categoria de análise das ciências sociais para questionar a suposta essencialidade da diferença dos sexos, a ideia de que mulheres são passivas, emocionais e frágeis; homens são ativos, racionais e fortes. Na perspectiva de gênero, essas características são produto de uma situação histórico-cultural e política; as diferenças são produto de uma construção social. Portanto, não existe naturalmente o gênero masculino e feminino.**

Gênero é uma categoria relacional do feminino e do masculino. **Considera as diferenças biológicas entre os sexos, reconhece a desigualdade, mas não admite como justificativa para a violência, para a exclusão e para a desigualdade de oportunidades no trabalho, na educação e**

na política. É um modo de pensar que viabiliza a mudança nas relações sociais e, por consequência, nas relações de poder. É um instrumento para entender as relações sociais e, particularmente, as relações sociais entre mulheres e homens. (CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. O que é Gênero *Dicionário de Direitos Humanos da ESMPU* (Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php>. Acesso em: 17 out 2020, destaqueei).

Para não deixar dúvidas acerca do proceder jurisdicional diante de temas como o destes autos, menciono a recentíssima **Recomendação n. 128, de 15 de fevereiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça** - a qual delibera sobre a adoção do "**Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**" no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

Especificamente no que diz respeito aos **conceitos de sexo, gênero e identidade de gênero**, o protocolo dispõe que:

O conceito de **sexo** está relacionado aos **aspectos biológicos** que servem como base para a classificação de indivíduos entre machos, fêmeas e intersexuais. Em nossa sociedade, seres humanos são divididos nessas categorias – em geral, ao nascer – a partir de determinadas características anatômicas, como órgãos sexuais e reprodutivos, hormônios e cromossomos. Atualmente, o conceito de sexo é considerado obsoleto enquanto ferramenta analítica para refletirmos sobre desigualdades. Isso porque deixa de fora uma série de outras características no biológicas socialmente construídas e atribuídas a indivíduos – muitas vezes em razão de seu sexo biológico – que têm maior relevância para entendermos como opressões acontecem no mundo real.

[...]

Utilizamos a palavra **gênero** quando queremos tratar do conjunto de **características socialmente atribuídas aos diferentes sexos**. Ao passo que sexo se refere à biologia, gênero se refere à cultura. Quando pensamos em um homem ou em uma mulher, não pensamos apenas em suas características biológicas; pensamos também em uma

série de **construções sociais**, referentes aos papéis socialmente atribuídos aos grupos: gostos, destinos e expectativas quanto a comportamentos. Da mesma forma, como é comum presentear meninas com bonecas, é comum presentear meninos com carrinhos ou bolas. Nenhum dos dois grupos têm uma inclinação necessária a gostar de bonecas ou carrinhos, mas, culturalmente, criou-se essa ideia – que é tão enraizada que, muitas vezes, pode parecer natural e imutável. A atribuição de características diferentes a grupos diferentes não é, entretanto, homogênea. Pessoas de um mesmo grupo são também diferentes entre si, na medida em que são afetadas por diversos marcadores sociais, como raça, idade e classe, por exemplo. Dessa forma, é importante ter em mente que são atribuídos papéis e características diferentes a diferentes mulheres³. Esse tema será elaborado de maneira mais detida na Parte I, Seção 2.a.

[...]

Para as magistradas e os magistrados comprometidos com a igualdade entre os gêneros, recomenda-se atenção à dimensão cultural da construção dos sujeitos de direito – e seus potenciais efeitos negativos. Isso pode ser feito a partir do questionamento sobre o papel que as características socialmente construídas podem ter ou não em determinada interpretação e sobre o potencial de perpetuação dessas características por uma decisão judicial. Como a atribuição de atributos não é homogênea entre membros de um mesmo grupo, é muito importante que magistradas e magistrados atentem para como outros marcadores sociais impactam a vida de diferentes mulheres.

[...]

Conforme exposto acima, quando falamos em gênero, estamos nos referindo a características socialmente construídas, atribuídas a indivíduos de acordo com o seu sexo biológico. Apesar de certas atribuições serem tão enraizadas a ponto de parecerem naturais e necessárias, elas são, em realidade, artificiais e, portanto, não fixas: **muitas vezes, uma pessoa pode se identificar com um conjunto de características não alinhado ao seu sexo designado.** Ou seja, é possível nascer do sexo masculino, mas se identificar com características tradicionalmente associadas ao que culturalmente se atribuiu ao sexo

feminino e vice-versa, ou então não se identificar com gênero algum.

Pessoas que não se conformam com o gênero a elas atribuído ao nascer foram e ainda são extremamente discriminadas no Brasil e no mundo, na medida em que a conformidade entre sexo e gênero continua a ser a expectativa dominante da sociedade. **Dessa forma, recomenda-se que magistradas e magistrados comprometidos com julgamentos na perspectiva de gênero se perguntem: essas expectativas estão guiando determinada interpretação e/ou reforçando tais expectativas de alguma maneira, em prejuízo ao indivíduo envolvido na demanda?**

E como desfecho didático, o seguinte quadro síntese:

Sexo	Referente a características biológicas (órgãos sexuais e reprodutivos, hormônios, cromossomos) dos seres humanos utilizadas para categorização (macho/fêmea).
Gênero	Referente a características socialmente construídas – muitas vezes negativas e subordinatórias – atribuídas artificialmente aos diferentes sexos, a depender das diversas posições sociais ocupadas por membros de um mesmo grupo.
Identidade de gênero	Identificação com características socialmente atribuídas a determinado gênero – mesmo que de forma não alinhada com o sexo biológico de um indivíduo (pessoas cujo sexo e gênero se alinham, são chamadas cisgênero; pessoas cujo sexo e gênero divergem, são chamadas transgênero; existem também pessoas que não se identificam com nenhum gênero).
Sexualidade	Referente à atração sexual e afetiva de um determinado indivíduo (pessoas que se atraem pelo mesmo gênero são homossexuais; pessoas que se atraem pelo gênero oposto são heterossexuais; e pessoas que se atraem por ambos os gêneros são bissexuais).

Percebe-se, então, que as relações de gênero podem ser estudadas a partir das identidades feminina e masculina. **Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres.** Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que **essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado.**

Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que, no meu entender, o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero.

VII. Art. 5º da Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha – gênero feminino, papel de mulher

Este debate tem por objetivo dizer que **mulher trans mulher é.**

A lei não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

Importa enfatizar que o conceito de gênero não pode ser empregado sem que se saiba exatamente o seu significado – o que já foi esclarecido no tópico anterior – e de tal modo que acabe por desproteger justamente quem a Lei Maria da Penha deve proteger: **mulheres**, crianças, jovens, adultas ou idosas e, no caso, **também as trans.**

Confira-se:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão **baseada no gênero** que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

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.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Neste contexto, sobre a possibilidade de aplicação da Lei n. 11.340/2006 em razão do gênero, Cerqueira nos lembra que **"o elemento diferenciador da abrangência da Lei nº 11.340/06 é o gênero feminino. Acontece que o sexo biológico e a identidade subjetiva nem sempre coincidem.** Nesta ótica, a Lei é dilatada, abrangendo, por exemplo, os homossexuais femininos e masculinos, os travestis, os transexuais e os transgêneros, os quais tenham identidade com o gênero feminino" (CERQUEIRA, Amanda P. Coutinho. *Reflexões sobre a abrangência da Lei nº 11.340/2006 e seu conseqüente potencial da efetividade em busca da constitucionalização do Direito Penal.* Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/reflexoes-sobre-a-abrangencia-da-lei-n-11-340-2006-e-seu-consequente-potencial-de-efetividade-em-busca-da-constitucionalizacao-do-direito-penal/>. Acesso em: fev. 2022, grifei).

Sob pena de soar repetitivo, vale inserir o pensamento de Tannuri e Hudler, que, ao citarem Maria Berenice Dias, registram que **"há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Assim, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenham identidade social com o sexo feminino estão sob a égide da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica"** (TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. *A possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha às transexuais femininas vítimas de violência doméstica.* São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-02/lei-maria-penha-tambem-aplicavel-transexuais-femininas#_ftn7. Acesso em: fev. 2022, grifei).

Estabelecido entendimento de mulher trans como mulher, para fins de aplicação da Lei n. 11.340/2006, vale lembrar que a violência de gênero é resultante da organização social de gênero, a qual atribui posição de superioridade ao homem. A violência contra a mulher nasce da relação de dominação/subordinação, de modo que ela sofre as agressões pelo fato de ser mulher. Nesse sentido, necessárias são as lições de Carmen Campos, segundo a qual

[as] relações sociais entre sexos são hierárquicas e organizadas para manter a dominação masculina e a subordinação feminina. Nesse sentido, a desigualdade entre os sexos é sexualizada e a relação entre sexualidade e poder adquire um papel fundamental na subordinação das mulheres. [...] Para as mulheres, a subordinação é sexualizada de um modo que a dominação está para os homens como prazer, tanto quanto a feminilidade, como identidade de gênero, para as mulheres. (CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista – teoria feminista e crítica às criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 161-162, destaque).

Dentro dessa perspectiva, consoante bem pontuado no **"Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero"** – Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021, "o conceito de gênero diz respeito a um conjunto de ideias socialmente construídas, atribuídas a determinado grupo. Essas ideias são cristalizadas no que se convencionou chamar '**estereótipos de gênero**'. E, citando Marilena Chauí, o estudo ressalta que **"quando uma mulher sofre violência doméstica, ela sofre em razão de uma situação de assimetria de poder estrutural**, que cria condições materiais, culturais e ideológicas para que esse tipo de violência – relacionada à dominação de um grupo – ocorra" (Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>., p. 27. Acesso em: mar. 2022, grifei).

No mesmo viés, segundo Gomes, "o verdadeiro objetivo da Lei Maria da Penha seria punir, prevenir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher **em virtude do gênero e não por razão do sexo**". Por isso, ressalta que

não abranger a Lei Maria da Penha a lésbicas, travestis, transexuais seria afrontar os princípios constitucionais da igualdade, da Liberdade sexual e da

dignidade da pessoa humana. (GOMES, Laura Nayara Gonçalves Costa. *A Aplicação da Lei Maria da Penha ao Gênero Feminino*. Lex Magister, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/15057212/A_APLICA%C3%87%C3%83O_DA_LEI_MARIA_DA_PENHA_AO_G%C3%8ANERO_FEMININO_Lex_Doutrina_Doutrina_A_APLICA%C3%87%C3%83O_DA_LEI_MARIA_DA_PENHA_AO_G%C3%8ANERO_FEMININO_Autor_GOMES_Laura_Nayara_Gon%C3%A7alves_Costa. Acesso em: fev. 2022, destaquei).

VIII. O caso concreto

Diante de tudo o que foi considerado, o que importa, para fins de resolução desta demanda, é constatar que, no caso que se está a analisar, **não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha**, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal.

Logo, reputo descabida a preponderância de um fator meramente biológico sobre **o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, com todo o seu arcabouço protetivo, inclusive a competência jurisdicional** para julgar ações penais decorrentes de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres.

No caso dos autos, **as condutas descritas são tipicamente movidas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha**. O *modus operandi* das agressões – **segurar pelos pulsos, causando lesões visíveis, arremessa-la diversas vezes contra a parede, tentar agredi-la com pedaço de pau e persegui-la** são elementos próprios da **estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino**. Isso significa que o modo de agir do agressor releva o caráter especialíssimo do delito e a necessidade de imposição de medidas protetivas.

A Lei Maria da Penha nada mais objetiva do que proteger vítimas em situação como a da ofendida destes autos. **Os abusos por ela sofridos aconteceram no ambiente familiar e doméstico e decorreram da distorção sobre a relação oriunda do pátrio poder, em que se**

pressupõe intimidade e afeto, além do fator essencial de ela ser mulher, conforme exaustivamente elucidado.

Conquanto a Lei n. 11.340/2006 não estabeleça o sujeito passivo "com base no sexo feminino, mas no fato de ser mulher", o que implica a compreensão sobre as "diversas experiências do que é ser *mulher*", também se deve ter presente que **"é preciso interpretar a lei com atenção para que um sujeito abstrato universal não seja interpretado de modo a restringir direitos e experiências de mulheres de carne e osso com base em estereótipos"** (MELLO, Adriana Ramos de. *Lei Maria da Penha na Prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 84-86).

IX. O voto divergente da origem

Merecem destaque as razões do **voto divergente**, proferido pela **Desembargadora Rachid Vaz de Almeida**, vencida no julgamento do acórdão ora recorrido, a fim de, ao prover o recurso, determinar a aplicação de medidas protetivas em favor da vítima, *in verbis*:

Com todo respeito ao fundamentado posicionamento do ilustre Desembargador Relator, permissa vênua, declaro entendimento em sentido contrário especificadamente sobre a possibilidade jurídica de se estender e aplicar as normas de proteção positivadas na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) em relação às mulheres transexuais.

A "Lei Maria da Penha" é um verdadeiro marco legislativo de fundamental importância para nivelar históricas e sistêmicas diferenças sociais relacionadas ao gênero feminino, positivando mecanismos de proteção e de plena defesa dos direitos fundamentais de determinado grupo social.

A sublinhada legislação nacional está também em absoluta sintonia com a Constituição Federal e com diversos documentos internacionais, internalizados pelo Brasil, os quais congregam e universalizam o tema, estabelecendo medidas de proteção à violência de gênero.

Desta maneira, sendo legislação promocional destinada à proteção de direitos fundamentais, sua capilaridade interpretativa deve ser a mais ampla possível, sem deixar

a descoberto qualquer violação desta natureza baseada no gênero.

Neste aspecto, **não se pode uniformizar os conceitos de sexo, orientação sexual e gênero, sendo necessário realizar a distinção quanto à abrangência da assinalada proteção específica.**

O que a legislação em referência protege frente aos assinalados conceitos é o gênero e este, respeitados os entendimentos contrários, possui máxima dimensão social/cultural, não biológica, tampouco binária.

Daí por que o resguardo legal não se restringe apenas ao sexo feminino, mas, sim, ao gênero feminino, o qual engloba não somente mulheres cisgênero como as transexuais, as travestis, as lésbicas etc.

Na situação concreta, **a mulher transexual, assim reconhecida socialmente, deve ser considerada mulher (no que se refere ao gênero feminino, especificadamente) porque é assim que ela se vê, é assim que se comporta exercendo sua autonomia e é assim que a sociedade a identifica.**

Nesta perspectiva, a ciência jurídica por meio do legislador ou daqueles que tornam realidade o comando normativo, o interpretando, tem de acompanhar as evoluções sociais, as mudanças nos costumes, enfim, caminhar em sentido evolutivo 3.

De outro ângulo, estender-se a proteção especial às transexuais, que são socialmente vulneráveis em perspectiva de gênero, é forma concreta de se garantir a máxima amplitude e efetividade aos direitos fundamentais.

Em igual sentido, integrando a transexual em si o conceito de gênero feminino, com o qual me alinho, respeitando-se obviamente o entendimento diverso do nobre Desembargador Relator e da magistrada de piso, encontra-se o **Enunciado ° 46 do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher FONAVID, *in verbis*:**

A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5o, da Lei 11.340/2006.

Reconhecida a relação de gênero em favor de vítima mulher transexual e, havendo indícios suficientes para aferir que se encontrava em contexto de violência doméstica, sofrendo agressão física noticiadas no boletim de ocorrência, cujo responsável seria o seu genitor, ora investigado, necessário se faz aplicar medidas cautelares de protetivas previstas na Lei 11.343/06 e, assim, evitar maior agravamento do dano (*periculum in mora*), acolhendo-se o pleito recursal.

Assim, observando-se a situação desenhada no expediente anexo, defiro à vítima as seguintes medidas protetivas previstas em lei para cumprimento imediato:

- a) Afastamento do agressor do lar;
- b) A proibição de aproximação ou contato entre os envolvidos por qualquer meio, inclusive telefônico, mantendo-se distanciamento mínimo de 100 (cem) metros (fls. 94-98, destaquei).

X. Manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre questões de gênero

Muito embora não seja novidade, é de considerável importância a citação dos julgamentos proferidos pela Suprema Corte pátria em prol da população LGBTQIA+ no combate às inúmeras discriminações por ela sofridas no Brasil.

Em 2011, por ocasião do julgamento da **ADI n. 4.277** e da **ADPF n. 132**, foi reconhecida a **união homoafetiva** como instituto jurídico válido.

No julgamento da **ADC n. 19**, o STF decidiu que **não se aplica a Lei n. 9.099/95, nos casos de violência doméstica amparados pela Lei Maria da Penha**, e que nos crimes de lesão corporal praticados contra a

mulher no ambiente doméstico, mesmo de caráter leve, atua-se mediante ação penal pública incondicionada, independentemente da representação da vítima. Foi, então, declarada a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41, da Lei n. 11.340/06.

Na **ADI n. 4.275**, a Suprema Corte estabeleceu que **a alteração do registro civil de um indivíduo transexual é possível sem que haja a redesignação de sexo**. O julgado alicerçou-se nos princípios constitucionais fundamentais, como da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade, da privacidade, entre outros, com o fim de garantir o corolário do direito fundamental à identidade de gênero.

Já na **ADPF n. 527**, proposta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, discute-se a **possibilidade de detentas transexuais e travestis irem para presídios femininos**. Em março de 2021 o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, determinou que mulheres transexuais e travestis pudessem optar pela transferência para presídios femininos ou masculinos. Em suas razões, o Ministro enfatizou “com a razão de decidir de julgados do STF em que se reconheceu o direito deste grupo a viver de acordo com a sua identidade de gênero e a obter tratamento social compatível com ela”. O entendimento foi seguido pelas Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber e pelos Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin. O voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski indicou o não conhecimento da ação, tendo em vista resolução do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que já haveria solucionado a questão. O entendimento foi seguido pelos Ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e Gilmar Mendes. O feito aguarda desempate com o voto do recém empossado Ministro André Mendonça.

XI. Julgados com aplicação da Lei n. 11.340/2006 para mulheres trans

Malgrado os indicativos de retrocesso no reconhecimento de garantias à comunidade trans, merecem destaque e deferência julgados proferidos por Tribunais estaduais, que aplicaram a lei em comento a mulheres trans para atender à demanda de suas especificidades no caso concreto.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios entendeu pela aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres trans, nos termos dos seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA.

1 O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau 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 porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil.

2 O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher.

3 Não há analogia in malam partem ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese.

4 Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha (TJDFT. RSE n. 0006926-72.2017.8.07.0020, Rel. Desembargador **George Lopes**, 1ª Turma Criminal, DJe 20/4/2018, destaquei).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. APLICAÇÃO DA LEI 11.340/06 (MARIA DA PENHA). VÍTIMA TRANSEXUAL. APLICAÇÃO INDEPENDENTE DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. RECURSO PROVIDO.

1. Diante da alteração sexual, comportando-se a recorrido como mulher e assim assumindo seu papel na sociedade, sendo dessa forma admitida e reconhecida, a alteração do seu registro civil representa apenas mais um mecanismo de expressão e exercício pleno do gênero feminino pelo qual optou, não podendo representar um empecilho para o exercício de direitos que lhes são legalmente previstos.

3. Recurso provido (TJDFT, RSE n. 0001312-52.2018.8.07.0020, Rel. Desembargador **Silvanio Barbosa dos Santos**, 2ª Turma Criminal, DJe 20/2/2019, grifei).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, diferentemente do julgado ora recorrido, também já decidiu pela aplicação da Lei n. 11.340/2006 a vítima mulher transexual:

Lesão corporal no âmbito de violência doméstica art. 129, §9º, do CP Preliminar Inépcia Afastada Alegação de ausência de fundamentação quanto à tese defensiva de

afastamento da revelia do réu Rechaçada – Absolvição por insuficiência de provas – Impossibilidade – Autoria e materialidade comprovadas – Robusto conjunto probatório – Vítima descreveu as agressões sofridas com segurança, o que foi confirmado pelo laudo pericial juntado nos autos, bem como pela declaração da testemunha ouvida em juízo – Incogitável aplicar o princípio da insignificância, pois o crime foi cometido com violência – Não há que se falar no afastamento da qualificadora, pois **a vítima, como transexual, é considerada mulher e, pela relação que possui com o réu, deve incidir a lei Maria da Penha.** – Condenação mantida – Pena-base mantida acima do mínimo Reincidência corretamente aplicada – Regime intermediário inalterado diante da recidiva do acusado – Pedido do Ministério Público para fixar valor de indenização em favor da vítima Possibilidade MP requereu tal reparação de danos na denúncia Tema repetitivo 983 do STJ Sanção corporal e regime mantidos - Recurso defensivo improvido e apelo ministerial provido (TJSP. **Apelação n. 1501194-93.2020.8.26.0572**, Rel. Desembargador **Freitas Filho**, 7ª Câmara de Direito Criminal, DJe 15/12/2021).

MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. IMPETRANTE BIOLOGICAMENTE DO SEXO MASCULINO, MAS SOCIALMENTE DO SEXO FEMININO. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJSP, MS n. 2097361- 61.2015.8.26.0000, Rel. Desembargadora **Ely Amioka, 9ª Câmara de Direito Criminal, DJe 16/10/2015)**

Ainda, muito embora não se trate de aplicação específica da Lei Maria da Penha, merece citação o julgado no **HC n. 541.237/DF**, em que a Quinta Turma desta Corte Superior acenou pela manutenção da qualificadora do feminicídio à vítima mulher transexual:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DIREITO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. FEMINICÍDIO TENTADO. VÍTIMA TRANSEXUAL. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. TESE A SER APRECIADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. IMPROCEDENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida. Porém, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A sentença de pronúncia deve se ater aos limites estritos da acusação, na justa medida em que serão os jurados os verdadeiros juízes da causa, razão pela qual as qualificadoras somente devem ser afastadas quando evidentemente desalinhadas das provas carreadas e produzidas no processo.

3. No caso, havendo indicativo de prova e concatenada demonstração de possível ocorrência da qualificadora do feminicídio, o debate acerca da sua efetiva aplicação ao caso concreto é tarefa que incumbirá aos jurados na vindoura Sessão de Julgamento do Tribunal do Júri.

4. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 541.237/DF, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 18/12/2020, destaques).

Posto que a respectiva conclusão haja sido pela atribuição do Conselho de Sentença na decisão da aplicação, ou não, da qualificadora, o relator citou a ponderação feita pelo Tribunal de origem, de que **"a questão é complexa e a jurisprudência, sobre a figura do feminicídio, ainda está em construção, notadamente quando se trata de crime cometido por razões de característica do sexo feminino, envolvendo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, fora do contexto da violência doméstica e familiar"**. No caso então em debate, conforme relatado no voto, **"a inclusão da qualificadora do feminicídio decorreu**

do fato de o crime ter sido praticado (fl. 2B), 'por ódio à condição de transexual de Jéssica', uma vez que, enquanto os acusados agrediam fisicamente a vítima, também diziam a ela que 'era para virar homem' (grifei).

Pertinente, ainda, é a seguinte passagem do voto condutor do acórdão no referido habeas corpus, a fim de reforçar o entendimento que ora se alinha:

Enfim, a Constituição deve ser levada a sério, numa hermenêutica responsável, cumprindo ao juiz, ao verificar a violação de direitos, fazê-los respeitar. Somente através dessa prerrogativa constitucional irrenunciável é que se evita a banalidade do mal, muito bem abordada por Alberto Alonso Muños (Eichmann em Jerusalém e a banalidade do mal na decisão do juiz. Boletim do IBCCRIM. Ano14, n.52, jan-mar. 2011, p.15).

Neste diapasão, merece destaque o que preconiza Maria Berenice Dias na obra Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo, publicado pela Revista dos Tribunais em 2014, São Paulo:

'A transexualidade é caracterizada por um forte conflito entre corpo e identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar o corpo hormonal e/ou cirurgicamente àquele do gênero almejado. O terapeuta sexual João Batista Pedrosa (2009: 58-59) entende que identidade de gênero é a convicção íntima de uma pessoa de pertencer ao gênero masculino ou ao gênero feminino.

Diferente do papel de gênero, que são padrões de comportamentos definidos pela prática cultural na qual as pessoas vivem papéis estereotipadamente masculinos e femininos. **O ambiente familiar e as práticas culturais é quem modelarão o papel de gênero através do reforçamento social. Explica Pedrosa que o comportamento sexual dos organismos faz parte do seu repertório global determinado pelas contingências de reforçamento alicerçado na dotação genética. A noção de identidade de gênero que se refere à percepção que um indivíduo tem de si mesmo como homem ou mulher é quem determina as práticas sexuais.**

Antes de dar início ao acompanhamento médico, o transexual passa por um acompanhamento psicológico com o intuito de certificar se realmente se trata de um caso de transgênero e se demanda ou não cirurgia.

(...) Evidentemente, não é fácil lidar com a problemática vez que, em geral, este indivíduo busca a adequação do físico à sua identidade de gênero. Suas angústias e ansiedades podem atrapalhar o processo de adequação do corpo bem como sua integração social' (destaquei).

Por fim, apesar de também não tratar de caso específico de proteção de mulher trans à luz da Lei Maria da Penha, faz-se referência a decisão deste julgador em pedido de transferência da então paciente do **HC n. 497.226/RS** para estabelecimento prisional compatível com sua identidade de gênero (feminino). O respectivo pedido de urgência foi deferido, à luz dos Princípios de Yogyakarta, dos escólios do Ministro Celso de Mello no histórico voto proferido no julgamento da ADO 26/DF (Pleno, j. 20/2/2019), bem como da Resolução Conjunta n. 1, de 15/4/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, além de princípios constitucionais. Na oportunidade, mencionei que

A paciente está submetida, por falta de espaço próprio, a permanecer no período noturno em alojamento ocupado por presos do sexo masculino, em ambiente, portanto, notória e absolutamente impróprio **para quem se identifica e se comporta como transexual feminina.**

Assim, em exame ainda preliminar, não vejo como negar à paciente o direito de colocação em espaço de vivência específico, preferencialmente separado das demais pessoas privadas de liberdade, de modo compatível, portanto, com sua identificação de gênero e em conformidade com a dignidade da pessoa em cumprimento de sanção criminal, de sorte a lhe permitir quitar sua dívida social em condições que lhe preservem a integridade física e moral (art. 5º, incs. XLVIII e XLIX, da Constituição da República).

[...]

Assim, em que pesem essas relatadas carências, especialmente a falta de espaço adequado (ou adaptado para essa finalidade), no presídio local, para permitir o cumprimento da pena não somente pela paciente, mas também por todas as pessoas (de ambos os sexos e de qualquer orientação sexual) ali recolhidas, não se há de optar pela alternativa de manter a situação atual relatada nos autos, i.e., de pernoite da paciente em alojamento masculino, **colocando-a sob iminente risco de sofrer violência psíquica, moral, física e, quiçá, sexual, como acentuado pela impetrante, riscos esses que, como é público e notório, efetivamente se fazem presentes, dada a característica ainda patriarcal e preconceituosa de boa parte de nossa sociedade, agravada pela promiscuidade que caracteriza ambientes carcerários masculinos** (DJe 13/3/2019, grifei).

Igualmente, vale mencionar as manifestações e as conclusões favoráveis ao tema, na **esfera administrativa**, muito bem resumidas no parecer do Ministério Público Federal, *in verbis*:

No mesmo sentido, os Enunciados 01/2016 da COPEVID (Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), criada pelo Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPGE), 46 do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID):

Enunciado 01/2016 FONAVID: A Lei Maria da Penha pode ser aplicada a mulheres transexuais e/ou travestis, independentemente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil.

Enunciado 46 FONAVID: A Lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006.

Em Carta Unificada, aprovada no I Encontro Nacional de Defensores Públicos - Intercâmbio de Experiências na Defesa da Mulher Vítima de Violência, consta dentre as proposições ao Poder Judiciário a seguinte: '**O transexual deve ser considerado sujeito passivo para os termos da proteção integral prevista na Lei 11.340/06.**

Ainda, a Nota Técnica da Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil: 'seja pela interpretação teleológica do âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, que **seleciona como elemento de discriminem o gênero feminino, e não o sexo**; seja pelo caráter inclusivo e de reparação das desigualdades socioculturais no ambiente doméstico e familiar [...]' (fl. 189-190, destaquei).

XII. O parecer do Ministério Público Federal

A propósito, e em harmonia com tudo o que foi aqui colocado, merecem destaques os seguintes excertos do **brilhante e substancioso parecer** da Subprocuradora-Geral da República **Mônica Nicida Garcia**:

Pois bem. O art. 5º da Lei Maria da Penha caracteriza a violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou omissão baseada no gênero. É dizer: qualquer conduta, omissiva ou comissiva, baseada em gênero, diga-se **gênero feminino**, que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, submete-se à incidência da Lei.

Assim é que o transexual feminino ou a mulher transexual, independentemente de ter sido submetida a cirurgia de transgenitalização, deve estar sob a

proteção da Lei Maria da Penha, se a ação ou omissão decorre dessa condição.

[...]

Sendo o gênero, portanto, **'uma construção social e histórica de caráter relacional, configurada a partir das significações e da simbolização cultural de diferenças anatômicas entre homens e mulheres'**, a violência de gênero **'envolve exatamente essa determinação social dos papéis masculino e feminino'** ;

'representa 'uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos' .

[...]

Se a LMP tem por finalidade corrigir distorções históricas, culturais e sociais que vitimizam a mulher em razão do gênero, com mais razão, a rigor se justifica a invocação desse instrumento normativo para a proteção da mulher trans.

[...]

Desse modo, a referência à mulher contida no art. 5º da Lei Maria da Penha não exclui, como entendeu a Corte de origem, a aplicação do texto legal à transexual feminina, merecedora de igual proteção, uma vez que se trata de evitar e reprimir a violência de gênero.

A possibilidade de aplicação de medidas protetivas à transexual feminina, muito além da previsão legal a “gênero” feita na Lei nº 11.340/2006 e à referência e à irrelevância da orientação sexual adotada, encontra guarida na Constituição da República e em normas convencionais às quais se obrigou o Brasil a observar.

[...]

A Suprema Corte assinalou, ainda, que **'Sendo, pois, constitutivos da dignidade humana, 'o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos**

humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação’, como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, ‘o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas’.

Nem se diga que a proteção à transexual feminino implicaria analogia in malam partem. Não é este o caso, mas, sim, de encontrar o alcance do seu texto 'de maneira contextualizada e atenta a como questões problemáticas operam na vida real'.

[...]

A proteção à mulher transexual, como fazem prova os registros acima, mais que uma demanda de órgãos que lidam diretamente com os conflitos sociais, é uma demanda do nosso tempo. Tempo em que se reconhece, com algum atraso histórico, a identidade de gênero como direito fundamental, como manifestação livre e irrestrita da personalidade humana, e em relação ao qual o Estado Democrático de Direito está obrigado a viabilizar seu exercício pleno.

Esse o quadro, é de se reconhecer que o acórdão recorrido, ao restringir a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha à aceção biológica (sexual) de mulher, excluindo como sujeito passivo o transexual feminino, contrariou o art. 5º da Lei nº 11.340/2006. Do mesmo modo, o julgado ofende os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, além do art. 226, § 8º, da Constituição Federal, que prevê que o Estado “assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Deve ser rechaçada, portanto, a tese da impossibilidade de conceder em favor da vítima [L. E.] tais medidas protetivas por sua condição de transexual.

É de rigor o provimento do recurso para deferir as medidas de afastamento do agressor do lar e a proibição

de aproximação ou contato entre os envolvidos por qualquer meio, inclusive telefônico, mantendo-se distanciamento mínimo de 100 (cem) metros, nos termos do judicioso voto divergente da Desembargadora RACHID VAZ DE ALMEIDA, sem prejuízo de que, modificadas as circunstâncias fáticas, o Magistrado singular reexamine a necessidade da continuidade dessas medidas ou de sua substituição por outras, a seu prudente critério, considerando, como cautelares que são, a submissão à cláusula *rebus sic stantibus* (fls. 180-194, grifei).

XIII. Dispositivo

À vista de todo o exposto, **dou provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de São Paulo**, a fim de reconhecer a violação do art. 5º da Lei n. 11.343/2006 e **reformular o acórdão impugnado, para determinar ao juiz que expeça medidas protetivas, requeridas pela vítima L. E. S. F., contra o ora recorrido L A DA S F.**