

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA EGRÉGIA SEÇÃO
CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****Recurso Em Sentido Estrito nº 1500028-93.2021.8.26.0312**

Lei Maria da Penha. Aplicação de medida protetiva em favor de pessoa transgênero. Possibilidade jurídica de proteção especial à mulher trans, em razão do gênero. Inteligência do artigo 5º, da Lei n. 11.340/06.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** nos autos do **Recurso em Sentido Estrito nº 1500028-93.2021.8.26.0312**, da Comarca de Juquiá, em que figura como recorrente **MINISTÉRIO PÚBLICO** e recorrido **LUIZ ANTONIO DA SILVA FERNANDES** vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, art. 255, § 1º, do RISTJ e art. 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos motivos adiante aduzidos:

1. HIPÓTESE EM EXAME.

Com seu nome social, **LUANA EMANUELLA SIMÕES FERNANDES** (LUAN HENRIQUE SIMÕES FERNANDES) requereu a concessão de medidas protetivas de urgência em desfavor de seu genitor **LUIZ ANTONIO DA SILVA FERNANDES**, isto porque na data de 18

de janeiro de 2021, por volta das 20hs, na Rua Henrique Adorno Vassão, n. 363, Centro, na cidade de Juquiá, teria sido por ele agredida.

Em síntese, aduziu que estava em casa quando o agressor chegou alterado, gritando com os vizinhos. Ao tentar sair da residência, **LUIZ** segurou-a pelos pulsos, causando ferimentos (conforme item 14, fls. 05). Após se desvencilhar, **LUIZ** agarrou-a novamente, arremessando-a contra uma parede, empurrando-a mais algumas vezes, fazendo a vítima bater com a cabeça. Em dado momento, quando o agressor tentava empunhar um pedaço de madeira, a vítima empregou fuga, sendo socorrida por policiais militares. Por fim, narrou que seu genitor é usuário de drogas e bebidas alcóolicas.

Em razão da violência de gênero envolvendo violência doméstica e familiar, o **MINISTÉRIO PÚBLICO** pugnou pelo deferimento das medidas protetivas de urgência, objeto de requerimento por parte da vítima (fls. 21/23).

O Juízo de origem, por sua vez, indeferiu a representação pelas medidas de urgência: *“...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”* (fls. 25/26).

Inconformado com a decisão, o **MINISTÉRIO PÚBLICO** interpôs recurso em sentido estrito, pugnando pelo deferimento das medidas de urgência, por entender que a Lei n. 11.343/06 tem aplicação para vítimas que se identificam como mulher (fls. 62/69).

Contrarrazões a fls. 53/60.

Processado o recurso, com manutenção da decisão agravada (fls. 61), a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo seu provimento (fls. 80/85).

A Colenda 10ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu a seguinte decisão: **“por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencida a Desembargadora Rachid Vaz de Almeida, nos termos de sua declaração de voto, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão”**. (Acórdão fls. 87/93).

O voto divergente, por sua vez, dava provimento ao recurso em sentido estrito, deferindo as medidas de urgência, sustentando que: **“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.”** (fls. 94/98).

Com a devida vênia, a douta 10ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua maioria, ao manter a decisão do Juízo *a quo*, com a seguinte ementa: “Recurso em sentido estrito. Requerimento do Ministério Público de medidas protetivas da mulher em favor de transexual. Inaplicabilidade de medidas protetivas da mulher em favor de transexual. Impossibilidade jurídica de fazer a equiparação “transexual feminino = mulher”, sob pena de ofensa a direitos fundamentais de todos os cidadãos, incluídos os transexuais. Decisão correta. Recurso não provido” (fls. 88), acabou por negar vigência ao disposto no **artigo 5º, da Lei 11.340/06**, legitimando, dessarte, a interposição do presente recurso especial, pela alínea “a” do permissivo constitucional (art. 105, III), à vista da seguinte tese:

Lei Maria da Penha. Aplicação de medida protetivas em favor de pessoa transgênero. Possibilidade jurídica de proteção especial à mulher trans, em razão do gênero. Inteligência do artigo 5º, da Lei n. 11.340/06.

2. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL

Inconteste a negativa da vigência ao **artigo 5º, da Lei nº 11.340/06**, diante da manutenção do indeferimento de medidas de protetivas de urgência à requerente.

A Lei 11.340/06, sancionada aos 07 de agosto de 2006, com vigência a partir de 22 de setembro de 2006, teve como nascedouro a união e a canalização de esforços envolvendo cinco importantes organizações não governamentais que arduamente trabalharam no combate à violência doméstica contra a mulher, sendo elas: Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/ Brasil); Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA); Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA); Instituto para Promoção da Equidade (IPE) e THEMIS- Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero¹.

Esse importante e fundamental avanço legislativo de proteção, fiel e intransigente instrumento na defesa dos direitos da Mulher, implementou mecanismos visando coibir qualquer forma de violência doméstica e familiar contra a Mulher, em consonância aos ditames da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, no esteio do que determina o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal.

No preâmbulo da Lei nº 11.343/06, lê-se:

“Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.”

¹ **DIAS**, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Depreende-se que a Lei Maria da Penha faz expressa menção não só ao que dispõe o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal: *“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.”*, como também à **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. 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.²

Ensina Silvia Chackian que: *“A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi um grande avanço na proteção internacional dos direitos das mulheres. Aprovada em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995, trata-se do primeiro tratado internacional e reconhecer a violência contra a mulher como fenômeno generalizado e que atinge as mulheres de uma maneira geral, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou outra condição.”*³

Impulsionada pelos avanços trazidos por todo arcabouço de proposições no sentido de traçar diretrizes para uma eficiente proteção de direitos das mulheres, sobre a incontestável relação de poder historicamente desigual entre homens e mulheres, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, assim conceituou a violência doméstica:

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: [\(Vide Lei complementar nº 150, de 2015\)](#)

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

² CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. A expansão da proteção de gênero prevista na Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, *in* Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 17, nº 43, p. 37-51, Abril-Junho/2016.

³ CHAKIAN, Silvia. A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2019, pg.203.

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.

Pelo preciso e precioso conceito de violência doméstica trazido por referido dispositivo e pelo real alcance de sua aplicação, percebe-se 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.

Para tanto, necessário buscar a distinção entre gênero e sexo biológico.

Na lição de Elaine Cristina Monteiro Cavalcante⁴:

Gênero é uma questão cultural, social, que advém da atribuição de diferentes papéis aos homens e às mulheres, que são reforçados por uma ideologia patriarcal de dominação do homem sobre a mulher.

Diferentemente do gênero, o **sexo** se refere às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de forma que o sexo, por si só, não determina a identidade de gênero.

Pois bem, o artigo 5º, da Lei 11.340/2006, 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**. Por isso, a Corte Paulista, ao declarar que “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” (fls. 92), negou vigência ao art. 5º da Lei Maria da Penha, pois a hipótese concreta

⁴ CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro, *idem*, p. 41.

não é de analogia e sim de aplicação do texto expresso da lei que, repita-se, faz menção à violência fundada no gênero mulher e não no sexo biológico.

Ao arremate, o legislador, demonstrando inequívoca intenção de alcançar todas as formas de uniões e relações afetivas, edificou essa ampliação ao incluir, no parágrafo único da Lei Maria da Penha que: **“As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”**, em indubitável aceno à possibilidade de constituição de famílias por pessoas do mesmo sexo, sem prejuízo de comando expresso de proteção da mulher e sem distinção de sua orientação sexual.

Esse aceno à constituição de famílias de pessoas do mesmo sexo, construídas em relações de afeto, amor, respeito a diversidade e subtraídas de preconceito a qualquer orientação, foi confirmado com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, aos 5 de maio de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar, criando importante avanço bem como inserindo importante item na estrutura do pilar central constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro importante progresso advindo da Suprema Corte decorreu da análise da ADI 4.275, na qual foi reafirmada a jurisprudência da Corte, fundamentada no princípio da autodeterminação de gênero, quando se permitiu à pessoa trans a mudança de seu 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.

A necessidade de buscar e ampliar ainda mais o conceito e o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, fez com que a Corte Constitucional decidisse aprovar a seguinte tese em sede de repercussão geral (RE nº 670.422):

- i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo,

- o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa;
- ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero';
 - iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial;
 - iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos".

Por certo, tal respeito à identidade de gênero da pessoa trans já encontrava precedente no Superior Tribunal de Justiça, quando, no ano de 2017, a 4ª Turma concluiu que 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. Diferente não era a posição do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral quando decidiu que as cotas de candidatos das agremiações políticas seriam definidas pelo gênero, e não pelo sexo biológico. Dessa forma, as pessoas trans deveriam ser consideradas de acordo com os gêneros com que se identificam e não pelo sexo biológico.

Há, ainda, a possibilidade de pessoas trans adotarem o nome social em identificações não oficiais, como crachás, matrículas escolares e na inscrição do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem). A Ordem dos Advogados do Brasil já adotava essa prática desde 2017. Até mesmo na Administração Pública a prática já era observada, bastando a simples informação ao responsável pelo setor ou departamento.

Por fim, a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo regulamentou, no âmbito interno do Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio do Ato Normativo nº 1.032/2017-PGJ, de 31 de maio de 2017⁵, o nome social de travestis e

⁵ http://biblioteca.mpsp.mp.br/phl_img/atos/1032

transexuais, assegurando o seu uso, tanto por usuários dos serviços, quanto por membros do Ministério Público, servidores, terceirizados e estagiários.

Nesta esteira, nota-se uma preocupação em diferentes níveis e setores da sociedade na busca da defesa da pessoa trans. Em verdade, a diversidade sexual é um fato da vida, que precisa ser reconhecido socialmente, e a ordem jurídica no Estado Democrático de Direito não pode se submeter a concepções religiosas, políticas ou morais⁶.

Percebe-se, pois, que toda a construção de proteção de direitos encontra amparo, esteio e fundamento nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Despropositado de um argumento romântico, a perfeição da dicotomia do direito à igualdade e o direito à diferença encontra sua assimetria nos referidos princípios, pois os mais vulneráveis e hipossuficientes merecem proteção diferenciada, enquanto, nestes mesmos princípios, busca-se a igualdade daqueles iguais e que não têm as mesmas oportunidades e, em homenagem ao Estado Democrático de Direito, reduzir essa desigualdade.

É aqui, na análise dos fatos tratados nestes autos, que reside a necessidade de aplicação do direito à igualdade para aqueles que permanecem à margem de uma proteção mínima que, pela dificuldade de alguns pela involução espiritual ou mesmo pelo deleite de uma visão curta, não conseguem vislumbrar direitos mínimos, porém necessários à sua implementação.

Por tais motivos, 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.

Acrescente-se que, em matéria veiculada no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi divulgado que a Câmara Especial da Corte, diante de conflito de competência suscitado em caso de mulher trans agredida pelo companheiro, decidiu que o processo deve tramitar na Vara do Foro Central de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da

⁶ CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro, *idem*, p. 42

Capital. No caso noticiado, a vítima – biologicamente do sexo masculino, mas que se identificava como mulher e ostentava nome social feminino – teria sido agredida pelo namorado após crise de ciúmes. (Comunicação Social TJSP – SB (texto)/imprensatj@tjsp.jus.br).

Dessa forma, a obediência aos ditames constitucionais e infraconstitucionais para proteção mais eficiente desses direitos, com respeito e proteção a dignidade de transexuais do gênero feminino, é que garantem o acesso à justiça, talvez um dos poucos pilares de salvação.

Destarte, por todo o exposto, de rigor a cassação do v. acórdão recorrido, deferindo-se as medidas de urgência pleiteadas pela vítima, relacionadas a fls. 04/06.

3. DO PEDIDO DA REFORMA.

Ante todo o exposto, demonstrado, fundamentadamente, o maltrato ao art. 5º, da Lei nº 11.340/06, aguarda o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** seja **ADMITIDO** o processamento do presente Recurso Especial por essa Egrégia Presidência, bem como seja ele oportunamente **CONHECIDO** e **PROVIDO** pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a fim de cassar o v. acórdão recorrido, deferindo-se as medidas protetivas de urgência em favor da vítima.

São Paulo, 22 de maio de 2021.

Luis Marcelo Mileo Theodoro
Promotor de Justiça designado em 2ª Instância
(Portaria nº 2653/2019, publicada no DOESP de 1º/03/2019)