



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**MATHEUS NASCIMENTO E SILVA**

**UMA ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA: APLICAÇÃO ÀS VÍTIMAS  
TRANSEXUAIS**

Juiz de Fora

2014



**MATHEUS NASCIMENTO E SILVA**

**UMA ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA: APLICAÇÃO ÀS VÍTIMAS  
TRANSEXUAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Orientador: Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago

Juiz de Fora

2014



**MATHEUS NASCIMENTO E SILVA**

**UMA ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA: APLICAÇÃO ÀS VÍTIMAS  
TRANSEXUAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Mestre Cristiano Álvares Valladares do Lago – Orientador  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professor Doutor Luiz Antônio Barroso Rodrigues  
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho aos meus amigos e familiares, em especial aos meus pais André Luiz e Rosangela por todo incentivo e suporte para que isso fosse possível.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à todos os professores que contribuíram para a minha formação profissional, em especial ao Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago, que assim como os outros mestres na ciência criminal da Faculdade de Direito, me inspiraram à realização do presente estudo.

Aos amigos e profissionais com os quais convivi durante o estágio no Ministério Público, que foram essenciais em meu aprendizado, servindo como eterno referencial de amizade e profissionalismo.

## **RESUMO**

O presente trabalho se propõe a analisar a Lei 11.340/2006, conhecida como Maria da Penha, especialmente no que se refere à tutela da vítima transexual. Dessa maneira, objetiva-se compreender, principalmente a partir do estudo do Princípio constitucional da Isonomia, que a Lei supramencionada não só pode como deve ser aplicada no caso em questão. Além disso, o presente trabalho debate o tema da identidade de gênero do transexual, principalmente no aspecto de sua autoimagem. Almeja-se, assim, o enfrentamento da violência de gênero, a partir de uma interpretação racional e necessária.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Lei Maria da Penha; transexual; violência doméstica e familiar; sujeito passivo; Princípio da Igualdade; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; liberdade sexual; igualdade de gênero.

## **ABSTRACT**

The current paper intends to analyze the Law 11.340 / 2006, known as “Maria da Penha”, especially about the protection of transgender victim. Thus, the objective is to understand, especially from the study of the constitutional principle of equality, that the above-mentioned Act not only can but must be applied in this case. In addition, this paper discusses the issue of transsexual's gender identity, especially in the aspect of their self-image. Aims in this task combat the violence based in gender, from a rational and necessary interpretation.

### **KEYWORDS**

Maria da Penha Law; transgender; domestic and family violence; Principle of Equality; Principle of Human Dignity; sexual freedom; gender equality.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>1. BREVE HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.....</b>	<b>10</b>
<b>2. A LEI MARIA DA PENHA.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1. Origem da Lei Maria da Penha.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2. A razão da Lei ser chamada Maria da Penha.....</b>	<b>13</b>
<b>2.3. Sujeito passivo e ativo dos crimes domésticos.....</b>	<b>16</b>
<b>3. REFERENCIAL TEÓRICO: O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....</b>	<b>19</b>
<b>4. OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES.....</b>	<b>24</b>
<b>4.1. Princípio da Liberdade.....</b>	<b>24</b>
<b>4.1.1. Liberdade Sexual.....</b>	<b>24</b>
<b>4.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....</b>	<b>25</b>
<b>5. A VIOLÊNCIA DE GÊNERO.....</b>	<b>27</b>
<b>5.1. Identidade de gênero.....</b>	<b>27</b>
<b>5.2. Diferença entre sexo e gênero.....</b>	<b>28</b>
<b>6. JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>30</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>33</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>35</b>



## INTRODUÇÃO

No ano de 2006, tivemos, no Brasil a promulgação da Lei 11.340, que ficou conhecida como “Lei Maria da Penha”, em homenagem à senhora Maria da Penha Maia Fernandes, que, por sua história de vida sofrida, se tornou símbolo da luta contra a violência doméstica no país. No presente estudo, buscou-se uma análise histórica da violência contra a mulher, verificando-se, assim, os motivos que foram determinantes para a edição da lei.

A partir de uma investigação geral da Lei Maria da Penha, focou-se na questão do sujeito passivo nos crimes domésticos, especificamente na possibilidade do transexual figurar como vítima. Para isso, examinou-se a fundo o conteúdo jurídico do Princípio da Isonomia, principalmente no que se refere à igualdade dos sexos e independentemente de orientação sexual. Ainda no plano constitucional, constatou-se os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade, decorrendo deste último a liberdade sexual, como pilares da tese ora defendida.

Adiante, buscou-se um estudo da violência de gênero, abordando o tema da identidade, diferenciando-se sexo de gênero. Por fim, o derradeiro capítulo traz posicionamentos jurisprudenciais, que reconhecem a união homoafetiva, sendo o último posicionamento totalmente convergente com as ideias aqui defendidas.

O objetivo do presente feito é demonstrar que a Lei Maria da Penha, que define e tipifica a violência doméstica contra a mulher, objetivando sua proteção física, moral, psíquica, patrimonial e sexual, independentemente da sua orientação sexual, tutela, de forma mais ampla, o gênero feminino, estando os transexuais aí anexados.

Os transexuais são, muitas vezes, vítimas dos tipos de violência supramencionados, em razão de comporem uma parcela da sociedade vista com enorme preconceito e discriminação. Destarte, existe a necessidade de assegurar, à esta parcela, direitos e garantias fundamentais, haja vista sua expressiva vulnerabilidade.

## 1 BREVE HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER:

Antes de se tomar uma posição contrária ou favorável a aplicação da lei 11.340 nos casos de violência contra vítimas transexuais, deve ser feita uma breve análise histórica relativa a violência contra a mulher, buscando-se entender a matéria, origem e razão para criação da lei.

Historicamente as mulheres sempre foram compreendidas como submissas aos desejos masculinos, possuindo pouquíssimos direitos, tendo, contudo, diversas obrigações. Tamanha desigualdade é percebida no trecho abaixo:

A mulher durante séculos foi vítima da opressão e de teorias machistas, no entanto, nenhum obstáculo foi capaz de ofuscar o brilho feminino e impedir o seu desenvolvimento na sociedade. Contudo o processo de emancipação da mulher foi uma tarefa árdua, que perdurou durante séculos até alcançar o status que possui hoje. De sexo frágil, a mulher passou a ser responsável pelo mais novo processo que o mundo vem sofrendo: a revolução feminina, onde as mulheres deixaram de ser apenas donas do lar, para participar efetivamente da construção da história. (GALIZA, 2008, p. 01)

No período colonial brasileiro, tínhamos uma sociedade patriarcal na qual as mulheres não eram vistas como integrantes, mas sim patrimônio da família. Na infância, o pai detinha a propriedade, sendo transmitida ao marido na fase adulta com o casamento. O homem representava o chefe de família, restando à mulher o comando doméstico, a função de procriar e posteriormente educar a prole. Neste período o castigo da esposa por chibatadas era permitido via dispositivo legal.

Neste cenário, ensina (VIEIRA et al., 2006, p.01):

“A mulher não pode viver sem um homem. A partir do momento que nascesse sua vida estaria para sempre subjugada ao homem. Primeiro estava submissa ao pai que era seu responsável e a preservava até seu casamento, a partir daí o marido ocupava o lugar e ela como mulher virtuosa lhe devia obediência. O casamento tinha grande importância na Idade moderna, era uma instituição econômica e social, pois o marido dava-lhe o sustento e o nome, em retribuição ela seria companheira e mãe. Na alta sociedade as mulheres ao casarem se tornavam donas de casa, administravam as propriedades com a ajuda dos feitores e agentes, enquanto as classes mais baixas tinham que trabalhar para ajudar no sustento. O objetivo primeiro do casamento era a reprodução da espécie e assegurar a educação e o sustento dos filhos”.

Já no século XX, até os anos 70, a sociedade assistia e aceitava que mulheres adúlteras fossem assassinadas por seus maridos, sendo estes absolvidos alegando a chamada “legítima defesa da honra”.

Desde então, se observou uma ascensão absurda dos índices de violência contra a mulher, seja ela física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral. A chamada violência de gênero, que é aquela em que a vítima sofre pelo simples fato de ser mulher, gera diversas influências negativas na saúde da agredida, danos estes muitas vezes irreparáveis.

De acordo com o Instituto Sangari, em estudo feito em abril de 2012, de 1980 a 2010, foram assassinadas no país perto de 91 mil mulheres, 43,5 mil só na última década, o que evidencia a retromencionada ascensão dos índices. O estudo “mapa da violência” realizado, traz ainda que o número de mortes nesses 30 anos passou de 1.353 para 4.297, ou seja, um aumento de 217,6% nos quantitativos de mulheres vítimas de homicídio.

## 2 A LEI MARIA DA PENHA

### 2.1 Origem da Lei Maria da Penha

Antes da elaboração da lei no ano de 2006, deve-se fazer uma análise da postura do Brasil no combate a violência contra a mulher, nas décadas anteriores a elaboração da lei.

Desde 1984, o Brasil se tornou signatário da CEDAW<sup>1</sup> (Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher). Já em 1994 passou a ser signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que ficou conhecida como Convenção de Belém do Pará – 1994. Sobre isto esclarece Cunha:

O primeiro movimento adotado pela União Federal com o intuito de combater a violência contra a mulher foi a ratificação de CEDAW, feita pelo Congresso Nacional em 1º de fevereiro de 1984. Como nesta data ainda não havia sido promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual prevê igualdade entre homens e mulheres, houve algumas reservas; contudo, com o reflexo da nova Constituição, o governo brasileiro retirou as reservas, ratificando plenamente toda a Convenção através do Decreto Legislativo nº26/1994, que foi promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº4.377/2002.[...] O segundo movimento realizado no Brasil neste sentido foi a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, punir e erradicar a Violência contra a mulher – conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, realizada em Belém do Pará e adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA em 6 de junho de 1994, sendo ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 através do Decreto Legislativo nº107/1995 e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº1.973/1996.(CUNHA, 2009, p 121)

Logo, como explicou CUNHA (2009), a CEDAW que o Brasil se tornou signatário em 1984 tinha o objetivo de abordar os direitos da mulher de uma forma mais geral, já a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994, teve o escopo específico de combate a violência contra a mulher. Neste sentido destaca Piovesan (2008, p.197) sobre a CEDAW:

“Importa observar que a Convenção não enfrenta a temática da violência contra a mulher de forma explícita, embora essa violência constitua grave discriminação”

---

<sup>1</sup> CEDAW – Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women

A Convenção de Belém do Pará entendeu e reconheceu violência contra a mulher como uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto um agravo aos direitos humanos.

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal decretou que os tratados internacionais sobre direitos humanos são direitos e garantias fundamentais, sendo estes, assim, elevados ao status de emenda constitucional por meio da emenda 45, com a inclusão do §3º ao art. 5º da Constituição Federal de 88, *in verbis*:

Art. 5.º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com esta contextualização, pode-se entender a necessidade, à época, de uma resposta legislativa ao problema da violência de gênero, muito em razão da pressão internacional sob o Estado brasileiro.

## **2.2 A razão da Lei ser chamada Maria da Penha**

No ano de 1983, na cidade de Fortaleza/CE, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi alvejada por um projétil de espingarda disparado por seu esposo, à época, Marcos Antônio Heredia Viveiros, colombiano naturalizado brasileiro. A vítima ficou paraplégica em virtude da bala ter acertado sua coluna.

Depois de breve período, enquanto ainda se recuperava dos ferimentos em casa, Maria da Penha foi novamente vítima de um covarde ataque de seu esposo, tendo recebido desta vez uma forte descarga elétrica enquanto tomava banho. Este ataque apontou o fim do relacionamento que ficou marcado por diversas agressões não só à Maria como às filhas do casal.

Mais de ano após os fatos o réu foi denunciado pelo Ministério Público, sendo posteriormente prolatada a sentença de pronúncia em 1986. Marcos Antônio foi a júri popular em 4 de maio de 1991, tendo sido condenado a quinze anos de reclusão. Contudo, tal decisão foi objeto de apelação por parte

da defesa que alegou falha na elaboração dos quesitos indagados ao júri. Aceito o recurso, o acusado voltou a julgamento somente em 1996, sendo novamente condenado, desta vez a dez anos e seis meses de reclusão. Mais uma vez a defesa apelou da decisão, encaminhando recursos aos Tribunais Superiores.

Somente em 2002, ou seja, quase após 20 anos da ocorrência dos fatos, o autor foi finalmente preso

No ano de 1998, enquanto o processo ainda corria, o caso chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - órgão da OEA – Organização dos Estados Americanos, que apura denúncias de violações aos direitos humanos, contidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. A própria vítima apresentou a denúncia junto ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, assim como pelo Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM.

Em razão da denúncia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou o relatório nº 54/2001. Tal documento se demonstrou de suma importância para o debate da violência contra a mulher no Brasil, pois apontou o descaso e as falhas do Estado no tratamento do tema, possibilitando amplas discussões que posteriormente resultaram no advento da Lei 11.340/2006.

O Estado brasileiro foi considerado omissor no caso, já que ao se tornar signatário da Convenção Americana (ratificada em 1992) e da Convenção de Belém do Pará (ratificada em 2005), assumiu a incumbência, perante a comunidade internacional, de estabelecer e efetivar os dispositivos desses tratados. Desta forma destacou a Comissão:

A ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostram a falta de cumprimento de compromisso de reagir adequadamente ante a violência doméstica. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva, para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Sra. Fernandes e para determinar se há outros fatos e ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas no âmbito nacional para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulher. (CUNHA E PINTO 2006, p.13 e 14 *apud* COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001)

O governo brasileiro por três vezes foi omissivo em relação às solicitações de esclarecimento enviadas pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, nos anos de 1998, 1999 e 2000.

Destarte, presumiu-se os fatos relatados na denúncia como verdadeiros, já que haviam corrido mais de 8 meses desde que a petição foi encaminhada ao governo brasileiro, sem que qualquer medida fosse tomada.

Logo, a Comissão concluiu no relatório pela culpa do governo pelo fato, no item VII “Conclusões”:

[...] Que, com fundamento nos fatos não controvertidos e na análise acima exposta, a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1 do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001)  
[...]

No item VIII “Recomendações”, o relatório ainda recomendou:

[...] Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001) [...]

É de suma importância ressaltar o disposto no parágrafo 8º do Art.226 da Constituição Federal:

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] §8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência contra a mulher na forma da lei específica;

Sendo assim, o governo brasileiro se viu pressionado pela comunidade internacional a apresentar uma resposta política ao problema da violência doméstica contra a mulher que por décadas fora tratado com indiferença.

Logo, em consideração às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 08/08/2006 o, à época Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, sancionou projeto de lei de iniciativa do próprio Executivo e da Câmara dos Deputados, de nº 37 de 2006.

A Lei 11.340/2006 passou a vigorar em 22/09/2006, nos termos do § 8º, do art. 226 da Constituição Federal do Brasil, 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, e foi batizada de Lei Maria da Penha em homenagem a vida de luta e sofrimento de Maria da Penha Maia Fernandes, símbolo maior de combate à violência doméstica.

### **2.3 Sujeito passivo e ativo nos crimes domésticos**

Preliminarmente, é importante trazer os conceitos de sujeito ativo e passivo do delito. De acordo com Júlio Fabrinni Mirabete (2010, p.01), é definido como sujeito passivo:

Sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa. Nada impede que, em um delito, dois ou mais sujeitos passivos existam: desde que tenham sido lesados ou ameaçados em seus bens jurídicos referidos no tipo, são vítimas do crime. Exemplificando, são sujeitos passivos de crime: aquele que morre (no homicídio), aquele que é ferido (na lesão corporal), o possuidor da coisa móvel (no furto), o detentor da coisa que sofre a violência e o proprietário da coisa (no roubo), o Estado (na prevaricação) etc.

Segundo Fernando Capez (2006, p145), sujeito ativo da conduta típica é definido como:

A pessoa humana que pratica a figura típica descrita na lei, isolada ou conjuntamente com outros atores. O conceito abrange não só aquele que pratica o núcleo da figura típica (quem mata, subtrai etc.), como também o partícipe, que colabora de alguma forma na conduta típica, sem, contudo, executar atos de conotação típica, mas que de alguma forma, subjetiva ou objetivamente, contribui para a ação criminosa.



Desta forma, sujeito passivo é a vítima da ação delituosa, o que teve o seu bem jurídico lesado ao ameaçado. Já sujeito ativo é o praticante da conduta descrita no tipo

Postos tais conceitos, devemos analisar quem poderia configurar como sujeito ativo na Lei ora estudada. Leda Maria Hermann elucida que o artigo 5º em seu parágrafo único, evidencia que o sujeito ativo nestes crimes possa ser tanto do gênero masculino quanto feminino, desde que ocorram no âmbito doméstico e familiar, em respeito aos incisos I, II e III do aludido dispositivo legal.

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: [...]

**Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (destacou-se)**

No mesmo sentido vem o artigo 2º da lei esclarecer:

Art. 2º - Toda mulher, **independentemente** de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. **(destacou-se).**

À vista disso, caso a vítima seja mulher homossexual, sendo a agressora sua companheira, portanto, também mulher, esta não está isenta da aplicação da Lei 11.340.

Parte-se agora para a discussão relativa ao sujeito passivo nos crimes de violência doméstica, ou seja, quem é tutelado pela lei. Como foi exposto, a Lei Maria da Penha veio como resposta ao problema histórico de violência contra a mulher. Mas seria razoável excluir da tutela legal indivíduos que, embora socialmente sejam reconhecidos como mulheres, inclusive se enxergando como tais, não o são formalmente em razão de não terem procedido alteração de sexo no assento de nascimento? Mais adiante diferenciaremos sexo de gênero e abordaremos a questão da identidade de gênero.

Desde logo, destaca-se o posicionamento de Maria Berenice Dias:

Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência. (DIAS, 2010, p. 58)

Desta forma, necessário se faz uma análise da tutela constitucional dada aos direitos dos transexuais.

### 3 REFERENCIAL TEÓRICO: O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

No princípio da igualdade ou da isonomia, busca-se garantir a todos um tratamento igualitário, sem diferenciações e desigualdades. O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, prevê: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”*.

Acerca da importância do princípio ora analisado, explica Paulo Bonavides:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social (2001, p. 340-341)

Contudo, a igualdade definida no supracitado artigo 5º do diploma constitucional não deve ser interpretada de forma rasa, apenas no seu sentido literal, como a igualdade perante a lei, em um universo em que todos seriam iguais, não se levando em consideração a diferença de grupos sociais.

Tampouco a lei deve ser fonte de regalias ou perseguições, mas sim um verdadeiro instrumento regulador da vida social, devendo tratar de forma igual todos cidadãos. De acordo com o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup>, este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia.

De logo temos dois conceitos a serem diferenciados: a igualdade material e a igualdade formal. A material, traz a ideia de que é possível tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, com a condição de que se justifique tal diferenciação. Já na igualdade formal, não pode haver diferenciação entre as pessoas, devendo todos ter tratamentos idênticos.

---

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade: Fator de diferenciação elencados pela lei. São Paulo: Malheiros, 2002.

Mas tal definição aristotélica se demonstra insuficiente, servindo somente como ponto de partida. Deve-se buscar a identificação de quem seriam os iguais e os desiguais. Qual seria o critério para distinguir pessoas, concedendo-lhes tratamento jurídico diverso? Qual espécie de igualdade veda e qual tipo de desigualdade permite a discriminação de situações e pessoas sem desrespeitar os objetivos relativos ao Princípio da igualdade?

Se faz necessário questionar quais seriam as discriminações juridicamente inadmissíveis. Destacam-se as seguintes considerações de Hans Kelsen:

“A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, **homens e mulheres.**” KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. (tradução João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1991) (destacou-se)

Grupos sociais diferentes, em determinadas situações, necessitam de tratamentos jurídicos diferentes. O princípio ora estudado enseja este tratamento heterogêneo às pessoas.

Contudo, é importante estudar quais seriam os limites à função legal de discriminar, ou seja, quando é proibido à lei estabelecer diferenciações?

Baseando-se na citada obra do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, busquemos elucidar tais indagações.

Em uma leitura superficial do art. 5º, *caput* da Constituição Federal pode-se ter a ilusão de que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, sexo, convicção religiosa ou outro fator. O dispositivo constitucional ao exemplificar tais hipóteses, apenas definiu que elas são incapazes de gerarem por elas mesmas uma discriminação.

Referente ao fator sexo como elemento diferencial, Bandeira de Mello, em sua obra, traz o exemplo de um concurso para o preenchimento de cargo de “polícia feminina”. Por óbvio, indivíduos do gênero masculino não poderão concorrer no certame, inexistindo gravame ao princípio da igualdade.

Sendo assim, conclui-se que qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório. Quando o critério não reside nestes elementos, há ofensa ao preceito constitucional da isonomia. Porém, não é no quesito de diferenciação optado que se deve observar a desconformidade com a igualdade.

É necessário se fazer uma análise quanto a existência de um vínculo de correlação lógica entre o fator escolhido como elemento de diferenciação e a desigualdade de tratamento em função deste fator. Ressalvando-se ainda que esta correspondência deve ir de encontro aos interesses consagrados na Constituição.

A despeito da relação de pertinência lógica, ou seja, da existência ou não de uma justificativa racional para a diferenciação, o referido autor nos traz de forma didática, o exemplo em que esta lógica inexistiria:

[...] suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fato deflagrador de efeitos jurídicos específicos. **O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de discrimen e os efeitos jurídicos atribuídos a ela.** Não faz sentido nenhum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra **não há qualquer nexos plausível.** Todavia, e outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença imponente. (Op. cit.p.38.) (destacou-se)

Sendo assim, infere-se que a discriminação não pode ser fortuita, gratuita ou injustificada. Neste raciocínio, Pimenta Bueno trouxe o brilhante conceito:

A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou **prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa** do bem público **será uma injustiça e poderá ser uma tirania**". (BUENO, José Antônio Pimenta, Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro, 1857, p. 424.) (destacou-se)

Ainda nesta linha de raciocínio analisemos o ensinamento de Moraes (2010, p. 36):

“[...] todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo Ordenamento jurídico. **Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas**, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]” (destacou-se)

Sob o prisma do Princípio da Igualdade, verificamos que na Lei Maria da Penha, o elemento escolhido como critério discriminador é o gênero, no caso, feminino. De acordo com a referida obra, utilizada como referencial teórico, este é um elemento perfeitamente possível, já que reside na pessoa, e sendo assim não é determinado em função de fator alheio.

Passando para uma análise a despeito da pertinência lógica, constatamos que o que garante às mulheres esta tutela específica é a presunção da condição de vulnerável e hipossuficiente em uma relação familiar, entendendo-se esta vulnerabilidade como a desproporcionalidade física existente entre o agressor e a vítima, fazendo-se, assim, necessária a proteção especial do Estado afim de reequilibrar a desigualdade existente. Logo, a pertinência lógica do tratamento desigual resta justificada, não podendo, assim, ser classificada como fortuita ou gratuita.

Sendo a vulnerabilidade e hipossuficiência os fatores essenciais que justificam racional e logicamente a existência da Lei 11.340/06, não há de se negar, portanto, a aplicação do documento legal na hipótese do transexual figurando como vítima nos crimes domésticos. Já que este se autodetermina como mulher, tendo construído seu gênero feminino, ao decorrer da vida, sendo, portanto, como mulher fosse em seu estado psicológico. Portanto, ao pertencer ao gênero feminino, está exposto à uma condição de hipossuficiente perante seu agressor, merecendo esta tutela legal específica.

Quanto a consonância da discrimen estabelecido com os valores prestigiados constitucionalmente, deve-se fazer uma leitura dos seguintes artigos da carta magna:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

[...]

§ 8º - 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.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nota-se que o texto da lei maior explicitamente prevê a criação de mecanismos de combate a violência doméstica e apresenta como objetivo fundamental a promoção de todos, repudiando qualquer forma de discriminação. Portanto, a correlação lógica entre o fator diferencial (gênero) e a distinção do regime jurídico em função dele (aplicação da Lei 11.340/06) guarda perfeita adequação com os interesses constitucionais

Acerca da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual, conceitos extraídos do princípio da isonomia, destaca-se o seguinte pensamento do jurista José Afonso da Silva:

Dessa forma, o princípio da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual é a igualdade concedida, sem discriminação de orientação sexual, “reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem” (SILVA, 2010, p.224).

Portanto, conclui-se que não só representaria uma afronta ao Princípio da Isonomia a não aplicação da lei ora estudada às vítimas transexuais, como seu emprego se faz necessário para que se atinja a igualdade em concreto.

## 4 DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES

### 4.1 Princípio da Liberdade

Acerca deste princípio consagrado no artigo 5º, *caput* e inciso II da Constituição Federal, infere-se que o sujeito tem a liberdade para agir como bem entender, desde que tal ação não seja contrária à Lei. Nesse entendimento ensina Kelsen:

[...] o princípio da Liberdade é delimitado pela existência de normas que impeçam o cidadão de ter um determinado comportamento; se não existem normas que vedem tal conduta, ele tem plena liberdade para realizá-la.

De tal princípio, desdobra-se o Princípio da Liberdade Sexual, que neste estudo se demonstra de vital importância.

#### 4.1.1 Liberdade Sexual

Em Conformidade com tal princípio, entende-se que todos são livres em sua opção, sendo a orientação sexual, o gênero pelo qual a pessoa se sente atraída, masculino ou feminino, para que desta forma, possa exercer sua sexualidade. Sendo assim, é garantido ao sujeito a liberdade de escolher com quem pretende manter uma relação e eventualmente constituir família.

A liberdade sexual desdobrada do Princípio da Liberdade, garante ao indivíduo sujeito de direitos e obrigações, a independência para fazer sua opção.

Desdobram-se do princípio da liberdade sexual o direito à autonomia sexual; à informação sexual livre de discriminações; à privacidade sexual; e ao prazer sexual.

Não se pode tolerar a discriminação em relação a preferência sexual, já que a sexualidade é algo intrínseco ao ser humano, sendo, portanto, diretamente relacionado a dignidade da pessoa humana. Neste sentido ensina novamente Maria Berenice Dias:



Indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individual, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade. (DIAS, 2010, p.99)

Quando há por parte do Estado restrições à liberdade de orientação sexual do indivíduo está, de forma categórica, se desrespeitando o princípio da Liberdade.

De nada adianta assegurar respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade de todos perante a lei, sem preconceitos e discriminações, à liberdade, enquanto houver discriminações, tratamentos desiguais entre homens e mulheres e, principalmente, enquanto a homossexualidade não for devidamente reconhecida como uma prática normal na sociedade.(DIAS, 2010).

## 4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Todos seres humanos são dotados desse princípio, sendo ele o princípio máximo do Estado Democrático de Direito, estando no rol de Direitos Fundamentais da Constituição Federal. Pode se definir, de forma sintética, como um valor espiritual e moral imanente à pessoa.

No contexto em que foi promulgada a Constituição de 1988, um cenário de pós ditadura militar e de abertura política, consagrou-se uma nova era de garantias individuais. O referido princípio encontra-se no art.1º, III:

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...]  
III – a dignidade da pessoa humana [...]

Tal princípio foi, pela primeira vez, abordado, no âmbito internacional, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela ONU em 1948. Sobre o fato analisa Joelma Marcela Lima:

A declaração universal dos Direitos humanos, logo em seu art.2º, proíbe qualquer forma de discriminação que seja atentatória à dignidade da pessoa humana, pois sedimenta a idéia de que a capacidade de gozar dos direitos e liberdades estabelecidas na declaração não está condicionada a distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outras de natureza diversa, sejam de origem nacional ou social, sejam relacionadas à condição sócio-econômica.” LIMA (2010, p.03)

A dignidade é garantia fundamental à qualquer pessoa, pouco importando sua raça, gênero, classe social, idade, capacidade intelectual ou qualquer outro fator de diferenciação. Conforme ensina, novamente, Lima:

Esse princípio de cunho natural, positivado em nosso ordenamento jurídico, ressalta a necessidade do respeito ao ser humano, **independente da sua posição social ou dos atributos que possam a ele ser imputados pela sociedade**. Logo, sendo o ser humano constituído por si próprio um valor, que deve ser respeitado e preservado, é fundamental que **qualquer tipo de relacionamento de seres humanos**, desde que lícito, **deve ser reconhecido pelo Estado**, visto que os valores humanos fazem parte de sua própria essência emocional e intelectual.” (LIMA, 2010, p.08) (destacou-se)

Discriminar um sujeito não o reconhecendo como detentor de determinados direitos em razão de sua opção sexual, ou qualquer outra característica individual, seria tratar de forma indigna este ser humano, por consequência, representaria um total desrespeito ao Princípio Fundamental ora estudado.

Portanto, os princípios constitucionais destacados neste trabalho (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana) se misturam, chamando atenção para os chamados grupos mais vulneráveis: lésbicas, travestis e transexuais

Na sequência diferenciaremos os conceitos de sexo e gênero, analisando ainda a questão da identidade de gênero.

## 5 VIOLÊNCIA DE GÊNERO

No que tange à definição de violência contra a mulher, Mameluque (2010, p.01) traz:

[...] qualquer ato de violência **baseado na diferença de gênero**, que resulte em sofrimentos e danos físicos, sexuais, psicológicos da mulher; inclusive ameaças de tais atos, coerção e privação de liberdade seja na vida pública ou privada. (destacou-se)

A violência de gênero se baseia nas relações sociais de poder desiguais entre os sexos, que são consequência de uma construção da função da mulher e do homem na sociedade. Esta desigualdade é oriunda da cultura machista presente na sociedade, impondo um falacioso conceito de superioridade dos homens e de subordinação das mulheres.

Sob este prisma, a cultura patriarcal é elemento destacado na produção da violência de gênero, haja vista que sustenta as representações de gênero que fundamentam a ideia de dominação masculina frente ao gênero feminino.

No que atine à questão do transexual, este conceito de superioridade masculina se agrava em razão do preconceito, enraizado na sociedade, contra este grupo social.

### 5.1 Identidade de gênero

Sobre o que seria identidade de gênero, de acordo com o sítio eletrônico <[www.adolescencia.org.br](http://www.adolescencia.org.br)> em pesquisa, extraímos o seguinte conceito:

(...)A maneira como alguém se sente e se apresenta para si e para as demais pessoas como masculino ou feminino, ou ainda pode ser uma mescla, uma mistura de ambos, independentemente do sexo biológico(fêmea ou macho) ou da orientação sexual (orientação do desejo: homossexual, heterossexual ou bissexual). É a forma como nos reconhecemos a nós mesmos e desejamos que os outros nos reconheçam. Isso inclui a maneira como agimos (jeito de ser), amaneira como nos vestimos, andamos, falamos (o linguajar que utilizamos) e também, nos vestimos(...)"

Referente ao transexual, este se apresenta em uma condição de inconformismo com o sexo que nasceu. Neste sentido Fernanda de Almeida França leciona:

(...)No transexualismo não ocorre nenhuma alteração anatômica ou hormonal; a genitália externa e os testículos ou os ovários mostram desenvolvimento normal. **Trata-se, pois, de uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura através de cirurgia de reversão sexual, assumindo, assim, a identidade de seu desejado gênero.** É uma reação psicopatológica sexual grave exteriorizada pelo sentimento ou desejo obsessivo de pertencer ao sexo oposto. A cirurgia, além de ser mutilante e irreversível, não transforma a mulher em homem, nem homem em mulher, apenas satisfaz a anomalia psíquica do transexual(...) (destacou-se)

Sendo assim, firma-se o conceito do transexual como o sujeito que demonstra um estado psicológico em que se vê e apresenta-se, perante a sociedade, como mulher.

## 5.2 Diferença de sexo e gênero

Neste estudo, já analisamos que, para aplicação da referida lei, o sexo do agressor nos crimes domésticos pouco importa, podendo ser masculino ou feminino. Quanto à vítima, a lei tutela o gênero feminino, entendendo-se gênero como um conceito mais amplo que o simples sexo biológico. A lei 11.340 baseia-se no gênero por privilegiar a desigualdade dos traços culturais, políticos e sociais de homens e mulheres e não suas diferenças biológicas

O sexo de um indivíduo é determinado antes de seu nascimento, variando de acordo com o cromossoma sexual do espermatozoide concedido pelo pai. Sendo assim, é um conceito preso ao estado biológico, ou seja, às propriedades específicas dos aparelhos reprodutores femininos e masculinos. Já a definição de gênero se refere ao estado psicológico, estado este edificado durante sua vida. Neste sentido Grossi (2010, p.05) traz a brilhante explicação:

**Gênero serve, portanto, para determinar tudo que é social, cultural e historicamente determinado [...]** quando falamos de sexo, referimo-nos apenas a dois sexos: homem e mulher (ou macho e fêmea, para sermos mais biológicos), dois sexos morfológicos sobre os quais "apoiamos" nossos significados do que é ser homem ou ser mulher [...] (descatou-se)

O transexual se sente como mulher e assim se enxerga, portanto pertence ao gênero feminino. Como confirma Cerqueira (2009, p. 03):

**[...] o elemento diferenciador da abrangência da Lei 11.340/2006 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** (destacou-se)

Evidencia-se, ainda, a posição do respeitado Jurista Luiz Flávio Gomes:

[...] parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicados em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). **Não importa se a vítima é transexual,** homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha e do seu poder cautelar geral, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito. (GOMES, 2009, p.1) (destacou-se)

Assim sendo, conclui-se que a verdadeira razão da Lei 11.340/2006 é prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, não em virtude do sexo, mas sim do gênero, abarcando assim a figura do transexual.

## 6. JURISPRUDÊNCIA:

Em relação à união de pessoas do mesmo sexo, destacamos os seguintes julgados:

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. APELO DA SUCESSÃO. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Seja como parceria civil (como reconhecida majoritariamente pela Sétima Câmara Cível) seja como união estável, uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento de efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Caso em que se reconhece as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. APELO DO AUTOR. O apelante alegou que a sentença foi extra petita, pois decidiu sobre direito sucessório que não é objeto da presente ação declaratória. Disse que a sentença inovou e causou-lhe prejuízos ao esclarecer que “terá direito a um terço da herança, nos termos do art. 1790, III, do CC”. Aduziu que deve ser aplicado o artigo 1.837 do Código Civil para determinar a ordem da vocação hereditária. Contudo, a sentença não foi extra petita, na medida em que não houve decisão sobre este tema. A sentença apenas fez referência ao tema na fundamentação sem que tal referência constasse do dispositivo sentencial. Logo, não há decisão sobre este tema, o qual, de fato, não foi objeto desta ação. Aliás, sequer houve discussão sobre esta temática durante o processo. Nesse passo, não há porque decidir esta questão agora, devendo tal pretensão ser deduzida nos autos do inventário do companheiro do autor. NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS. (Apelação Cível nº 70035804772, Oitava Câmara Cível, Tribunal do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 10/06/2010) (BRASIL, 2010)

EMENTA: HOMOSSEXUAIS. UNIAO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIAO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E E JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAIS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELACOES HUMANAS, QUE AS POSICOES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANCOS NAO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES, POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUIDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 598362655, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator:

José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 01/03/2000) (BRASIL, 2000)

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível nº 70012836755, Sétima Câmara Cível, Tribunal do RS, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 21/12/2005) (BRASIL, 2005)

Referente à aplicação no caso de vítimas transexuais, vale destacar a posição do desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Júlio Cezar Gutierrez em um julgado:

Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados, já que a união estável também se encontra sob o manto protetivo da lei. Admite-se que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade, não importando o gênero do agressor, já que a norma visa tão somente a repressão e prevenção da violência contra a mulher. **Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino.** Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o polo passivo da ação delituosa (TJMG, HC 1.0000.09.513119-9/000, j. 24.02.2010, rel. Júlio Cezar Gutierrez).” (destacou-se)

Sendo assim, verifica-se que o posicionamento ora defendido, encontra respaldo jurisprudencial, havendo decisões que reconhecem a vítima transexual como polo hipossuficiente da relação, fazendo jus à aplicação da Lei 11.340/2006.

Portanto, chega-se à conclusão de que a lei em estudo deva ser utilizada às vítimas transexuais, haja vista que o escopo da lei é proteger o conjunto de indivíduos que se comportam como mulheres, desempenhando seu papel social, englobados no gênero feminino e não apenas o sexo biológico mulher.



## CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho consistiu em, inicialmente, se analisar a Lei 11.340/06, principalmente buscando-se entender os motivos de sua criação. Para isto, verificou-se o contexto histórico de violência contra a mulher, a pressão da comunidade internacional frente a inércia do Estado brasileiro em relação ao grave problema que há tempos era tratado com indiferença.

Posteriormente, averiguou-se a possibilidade do transexual figurar como vítima, a partir de uma análise dos princípios constitucionais da Isonomia, Liberdade e dignidade da pessoa humana, dando-se maior destaque para o primeiro.

No decorrer da história podemos listar diversas afrontas à isonomia. De forma alguma será possível se alcançar um ideal de sociedade livre e justa se esta busca não estiver alinhada com os preceitos da igualdade. A partir do estudo detalhado do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, constatou-se que, ao aplicar a lei ora estudada aos casos de vítimas transexuais, não só inexistiu ofensa a tal princípio como sua aplicação se faz necessária, consagrando a igualdade em seu sentido amplo, entendida como igualdade independente de sexo ou orientação sexual.

Sendo assim, restou claro que o exercício do respeito, da aceitação, da afeição à pluralidade de culturas, à liberdade sexual e à igualdade, são direitos inerentes a todos os seres humanos, independente de raça, sexo, cor, idade e gênero. Destarte, a não abrangência dos transexuais na Lei Maria da Penha seria um enfrentamento grave, ainda, aos princípios constitucionais da Liberdade sexual e da dignidade da pessoa humana.

Partindo-se para o exame da violência de gênero, seu conceito e consequências, averiguou-se que o transexual, a partir do momento que se enxerga como mulher, sendo este seu estado psicológico, passa a pertencer ao gênero feminino. Por óbvio, deve ser protegido em sua integridade física, psíquica, moral, patrimonial e sexual. Para esta conclusão, destacou-se a diferença das definições de gênero e sexo.

Conforme razões aduzidas durante a exposição desta monografia, depreende-se que a vulnerabilidade social, fruto de discriminação e preconceito, acaba acarretando uma vulnerabilidade jurídica. Neste cenário de desigualdades deve-se considerar que a lei em voga deve ser aplicada aos transexuais, pois o que em verdade se almeja, além da proteção do sexo biológico mulher, é proteção de todos os indivíduos que se portam como mulheres, exercendo seu papel social.

**REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICOS:**

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional: **A importância do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros editores, 2001.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTR, 2000, p. 43-48

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**, Rio de Janeiro, 1857, p. 424.

CAPEZ, Fernando. Sujeito ativo da conduta típica. In: CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Cap. 15, p. 145.

CERQUEIRA, Amanda P. Coutinho. **Reflexões sobre a abrangência da Lei nº11.340/2006 e seu conseqüente potencial da efetividade em busca da constitucionalização do Direito Penal**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6410](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6410)>. Acesso em 13 de nov.de 2014.

CUNHA, Renata Martins Ferreira Da. Análise da Constitucionalidade da Lei nº 11.340/06 – **Lei Maria da Penha: Lesão ao Princípio da Igualdade**. **Revista Iob De Direito Penal E Processual Penal**, Porto Alegre, n. 57, p.119-142, ago./set. 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo)**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008. 272 p.

DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/35\\_-\\_viol%EAncia\\_dom%E9stica\\_e\\_as\\_uni%F5es\\_homoafetivas.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/35_-_viol%EAncia_dom%E9stica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf)>. Acesso em 13 de nov.de 2014

GALIZA, Danuza Ferreira De. **O Feminismo através dos Tempos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/3781/1/Mulher-O-Feminino-Atraves-Dos-Tempos/pagina1.html>>. Acesso em 10 de nov.de 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1366047/violencia-machista-da-mulher-e>>

lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher. Acesso em 15 de nov.de 2014.

GROSSI, Miriam Pillar. **Identidade de gênero e Sexualidade**. Disponível em: <[http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade\\_genero\\_revisado.pdf](http://www.miriamgrossi.cfh.prof.ufsc.br/pdf/identidade_genero_revisado.pdf)>. Acesso em 16 de nov.de 2014.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo**. Campinas, SP: Servanda, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. (tradução João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1991

LIMA, Joelma Marcela De. **Relação homoafetiva e a Liberdade de escolha: Análise Constitucional**. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/RELA%C3%87%C3%83O%20HOMOAFETIVA%20E%20A%20LIBERDADE%20DE%20ESCOLHA.pdf>>. Acesso em 15 de nov. de 2014.

MAMELUQUE, Leopoldo. **Aspectos Gerais da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <[http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/lei\\_maria\\_da\\_penha.pdf](http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/lei_maria_da_penha.pdf)>. Acesso em 10 de nov.de 2014.

MAPA DA VIOLÊNCIA 2012. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Mapa-Violencia-2012\\_HomicidiosMulheres.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Mapa-Violencia-2012_HomicidiosMulheres.pdf). Acesso em 10 de nov.de 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**: Fator de diferenciação elencados pela lei. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Sujeito Ativo do crime**. Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/mira26.htm>>. Acesso em 09 de nov.de 2014.

MORAES, Alexandre De. Princípio da Igualdade. In: MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 36.

PIOVESAN, Flavia. A estrutura normativa do sistema global de proteção internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 197

SILVA, José Afonso Da. Direito de igualdade. In: SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. 3, p. 211-229.