

NOTA TÉCNICA SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA TRANSEXUAIS E TRAVESTIS

A Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no exercício de suas atribuições institucionais, emite a presente nota técnica em face do questionamento feito pelo Conselho Regional de Psicologia da 16ª Região e por membros de movimentos sociais de todo o País, sobre a aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica contra transexuais e travestis.

O consultante perquire se os artigos 1º e 5º da referida Lei, ao selecionar como critério de *discriminem* para definição do âmbito de aplicação da norma “a violência doméstica e familiar contra a mulher” (art. 1º), assim definida pela mesma lei como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (art. 5º), compreendem a violência praticada contra transexuais e travestis.

Nesta senda, apresentam-se dois pontos a serem analisados:

- se os referidos artigos, usam a expressão “mulher” como **gênero** (conjunto de propriedades atribuídas social e culturalmente em relação ao sexo dos

indivíduos¹) ou tão somente como **sexo** (pessoa adulta do sexo feminino²);

- se transexuais e travestis integram o conjunto de algum destes dois conceitos.

A distinção entre gênero e sexo se faz salutar:

- **gênero é elemento subjetivo** *constituído por aspectos psicológicos, sociais e culturais relativos aos padrões de comportamentos definidos pela prática cultural na qual as pessoas vivem papéis estereotipadamente masculinos e femininos*³;

- sexo é **elemento biológico** e objetivamente aferível, ressalvado o sexo civil, conceito jurídico que pode não coincidir com o gênero.

Cumprir lembrar que a Lei nº 11.340/2006 foi editada como norma de tutela dos vulneráveis voltada a garantir proteção e isonomia entre os integrantes das unidades familiares e afetivas, ante a histórica e notória violência sofrida pelas mulheres decorrente do caráter patriarcal da sociedade brasileira. A subordinação econômica e social da mulher em relação ao pai, marido e posteriormente até mesmo em relação aos filhos culminou com a construção de um estereótipo de inferioridade do papel feminino. Como bem asseverou o Ministro Celso de Mello:

[...] o processo de afirmação da condição feminina há de ter, no direito, não um instrumento de opressão, mas uma fórmula de libertação destinada a banir, definitivamente, da praxis social, a deformante matriz ideológica que atribuía, à dominação patriarcal, um odioso estatuto de hegemonia capaz de condicionar comportamentos, de moldar pensamentos e de forjar uma visão de mundo absolutamente incompatível com os valores desta República. (STF – ADC nº 19/DF).

A Lei, ao selecionar a mulher como elemento vulnerável, por certo não o fez em razão de presunção de que a mulher – como sexo – é biologicamente mais fraca que o homem e, portanto, deveria ser protegida. Se assim o fosse não faria sentido a proteção da

¹ "Gênero", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/DLPO/g%C3%AAnero> [consultado em 08-08-2014].

² "Mulher", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/DLPO/mulher> [consultado em 08-08-2014].

³ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Transexualidade*. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 412).

mulher vítima de violência por outra mulher, situação que presumiria um equilíbrio entre os sujeitos e afastaria a necessidade de uma discriminação positiva.

Não bastasse, se o critério distintivo do plano de incidência da norma fosse tão somente a mulher como “pessoa adulta do sexo feminino”, não se justificaria a exigência legal de que a violência seja “baseada no gênero” (art. 5º), bastando, para tanto, a suposta condição de fragilidade decorrente do sexo feminino. Tal distinção encontra consonância com precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Não se descarta que o *telos* fundamental da Lei n.º 11.340/06 é a proteção da mulher que, por motivação de gênero, encontra-se em estado de vulnerabilidade e de submissão perante o *poder* controlador e dominador do homem. Nesse aspecto, a regra contida no art. 5.º do estatuto legal é eloquente: "*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 [...]*". (STJ. Habeas Corpus 196.877 – RJ).

É a mulher como gênero feminino, portanto, o objeto de proteção da lei, em razão do estereotipado papel social e cultural que exerce na sociedade, sobretudo como elemento mais frágil dentro da entidade familiar, historicamente subordinada ao pai, ao marido, companheiro, e até mesmo aos filhos. É a violência *motivada em razão deste estereotipo de inferioridade* que autoriza a relativização da igualdade formal para, através da ação afirmativa do Estado, proteger a pessoa de gênero feminino contra quem quer que seja o autor de tal violência. Justamente pela violência ser perpetrada em razão do gênero, e não do sexo, que se admite que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher.

Delineado o campo de atuação normativa, cabe analisar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica tanto contra transexuais como travestis, independente de terem se submetido a adequação do sexo morfológico ou alteração do registro civil.

[...] identificação do sexo é feita no momento do nascimento pelos caracteres anatômicos, registrando-se o indivíduo como pertencente a um ou a outro sexo exclusivamente pela genitália exterior. No entanto, a determinação do gênero não decorre exclusivamente das características anatômicas, não se podendo mais considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação

*plurivetorial, resultante de fatores genéticos, somáticos, psicológicos e sociais.*⁴

Transexuais e travestis se caracterizam pelo pertencimento a um gênero diverso daquele apresentado pelo fenótipo de seu corpo. Tanto quem anatômica e legalmente seja um homem, identificado no gênero feminino, como quem, anatomicamente uma mulher, se identifique como do gênero masculino.

A exigência de prévia cirurgia agrediria a Constituição Federal no que concerne ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Na lição de Capelo de Souza:

*“A natureza deste (corpo humano), enquanto bem juscivilisticamente tutelado, impõe ainda o relevo jurídico do poder natural de autodeterminação de cada homem sobre o seu próprio corpo. Pelo que, o titular do corpo tem poderes juridicamente reconhecidos em exclusividade, v. g., para dirigir e conformar o seu próprio corpo, para se sujeitar ou não a tratamentos e operações”*⁵.

Não bastasse, salutar a constatação de que a própria lei em comento, corroborando sua natureza de norma protetiva de direito dos vulneráveis, expressamente afasta qualquer interpretação restritiva em razão de orientação sexual, como se constata do parágrafo único de seu art. 5º: *As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual*. Se é certo que a mulher foi e ainda é discriminada em razão de um estereótipo de inferioridade, não menos certa é a situação de vulnerabilidade suportada por transexuais e travestis, minorias alvo de agressões, preconceito e contantemente relegada à invisibilidade estatal.

A Lei Maria da Penha não cria qualquer restrição as transexuais e travestis, tampouco exige prévia retificação do registro civil ou cirurgia de adequação de sexo, e onde a lei não restringe, não cabe ao interprete fazê-lo. Estabelecida proteção da mulher como gênero, e não como sexo, mostra-se plenamente aplicável à violência doméstica

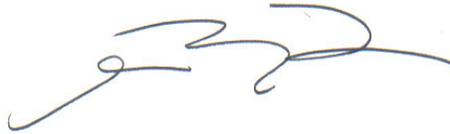
⁴DIAS, Maria Berenice. *Transexualidade e o direito de casar*. Disponível em www.mariabereniciedias.com.br, acesso em 07/08/2014.

⁵ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 223.

praticada contra transexuais e travestis do gênero feminino.

Destarte, 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, aplica-se às situações de violência doméstica e familiar sofridas por transexuais e travestis do gênero feminino as disposições da Lei nº 11.340/2006.

Brasília, 11 de agosto de 2014.



MARIA BERENICE DIAS

Presidente da Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB



MARCELO L. FRANCISCO DE MACEDO BÜRGER

Membro da Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB