

De Jure

Revista Jurídica
www.mpmg.mp.br/dejure

Anna Catharina Machado Normanton
João Gaspar Rodrigues
Felipe Faria de Oliveira
Letícia Athayde Santos de Carvalho
Lucas Ferreira Mazete Lima
Lucas Mendes Ferreira Pereira
Lucas Nacur Almeida Ricardo
Luiz Gustavo Martins Gonçalves
Normelia miranda

38

DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA E DE NORMAS PENAIS DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES TRANSEXUAIS

THE APPLICABILITY OF THE MARIA DA PENHA LAW AND CRIMINAL RULES
FOR THE PROTECTION OF TRANSEXUAL WOMEN

ANNA CATHARINA MACHADO NORMANTON

Promotora de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais | Belo Horizonte, Brasil
normanton@mpmg.mp.br

LUCAS FERREIRA MAZETE LIMA

Especialista em Direito Penal
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP | Ribeirão Preto, Brasil
lucasmazete47@gmail.com

RESUMO: O presente estudo busca analisar, do ponto de vista dogmático e jurisprudencial, a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha e de normas penais de proteção à mulher a mulheres transexuais. A importância do tema justifica-se pela sua relevância, tendo em vista que se trata do estudo acerca da aplicação de normas relacionadas a proteção de gênero a grupo vulnerabilizado, pretendendo afastar as alegações de analogia *in malam partem*. A metodologia é bibliográfica, com abordagem qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; direito das mulheres; transexualidade; feminicídio; identidade de gênero.

ABSTRACT: The present study seeks to analyze, from a dogmatic and jurisprudential point of view, the possibility of applying the Maria da Penha Law and criminal norms for the protection of women to transsexual women. The importance of the theme is justified by its religion, considering that it is a study about the application of norms related to the protection of gender to a vulnerable group, intending to remove the allegations of analogy *in malam partem*. The methodology is bibliographic, with a qualitative approach.

KEYWORDS: Maria da Penha Law; women's rights; transsexuality; femicide; gender identity.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do conceito de gênero e do direito humano e fundamental ao reconhecimento à identidade de gênero; 3. Da violência contra a mulher por razões de gênero e a aplicação normativa em favor das mulheres transexuais; 4. Da não ocorrência de analogia *in malam partem*; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

Segundo dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais¹ – ANTRA, no ano de 2022 ocorreram 151 mortes de pessoas trans, das quais 131 foram casos de assassinatos e 20 de suicídios.

As travestis e as mulheres trans compõem o grupo com mais alta vulnerabilidade à morte violenta no Brasil. Do total de mortes consideradas pela pesquisa, 130 correspondem ao assassinato de travestis/mulheres trans, o que deixou nítido que tanto a motivação quanto a própria escolha das vítimas têm relação direta com a identidade de gênero expressa por elas, representando 99% dos casos.

No cenário internacional, do total de 4.639 assassinatos registrados pelo *Trans Murder Monitoring* (TMM), entre 2008 e setembro de 2022, 1.741 ocorreram no Brasil. Ou seja, o país representa 37,5% de todas as mortes de pessoas trans do mundo. Pelo 14º ano consecutivo, o Brasil é o país que mais assassina pessoas trans.

Tais dados demonstram que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inaugurados com a Constituição Federal de 1988, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, bem como na promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, ainda se revelam como ideal a ser alcançado.

A partir desse panorama, surgem debates sobre o alcance da proteção conferida pela Lei Maria da Penha, isto é, se as mulheres trans poderiam ser entendidas como mulheres para fins de proteção da Lei 11.340/2006.

1 Benevides, Bruna G. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022 / Bruna G. Benevides. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) – Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023. 109 p.

No ano de 2022, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.977.124, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, julgou caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo havia negado tal possibilidade, partindo da premissa de que a expressão gênero, contida na lei, faria referência ao sexo feminino. O tribunal paulista, à época, decidiu que a pretensão de aplicação da lei às mulheres trans se tratava de analogia *in malam partem*, o que é vedado pelo princípio da legalidade. Por outro lado, decidiu o STJ que mulher trans mulher é, devendo ser protegidas pela Lei Maria da Penha.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar as relações entre o direito fundamental ao reconhecimento à identidade de gênero e a aplicação da citada Lei, bem como as razões pelas quais não se pode entender como analogia *in malam partem*.

Para isso, o estudo parte de normativas e precedentes nacionais e internacionais e realiza um incursão nas razões do *decisium* do Superior Tribunal de Justiça, chamando atenção para o papel transformador do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça.

2. Do conceito de gênero e do direito humano e fundamental ao reconhecimento à identidade de gênero

Inicialmente, a fim de melhor conceituar gênero, é importante traçar algumas diferenciações. Orientação sexual e identidade de gênero são conceitos que não se confundem. A orientação sexual diz respeito ao gênero pelo qual a pessoa desenvolve atração sexual e laços românticos, enquanto a identidade de gênero diz respeito ao gênero com o qual a pessoa se identifica: há quem se perceba como homem, como mulher, como ambos ou mesmo

como nenhum dos dois gêneros. Os Princípios de Yogyakarta² conceituam identidade de gênero como:

“(...) experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.”³

O termo sexo está relacionado ao conjunto de características que distinguem macho e fêmea (ou intersexo) com base em caracteres anatomofisiológicos.⁴ A origem do conceito de gênero e sua distinção em relação ao conceito de sexo surgiu no campo médico, a partir da constatação que o gênero se refere a grandes áreas da conduta humana, tais como sentimentos, pensamentos e fantasias, não possuindo base biológica, de modo que o sentimento de ser mulher ou homem é mais importante do que as características anatômicas.⁵ Assim, o termo gênero surgiu com a finalidade de distinguir a dimensão biológica da dimensão social, de modo que o conceito de gênero parte do pressuposto que homens e mulheres são produtos da realidade social e não decorrência da anatomia de seus corpos.⁶

2 Os Princípios de Yogyakarta são norma de *soft law*, elaborada por especialistas de Direito Internacional de Direitos Humanos sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero.

3 Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

4 MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>.

Em sentido análogo, conforme o Dicionário UNESP do Português Contemporâneo, sexo pode ser definido como “conjunto de caracteres estruturais e funcionais segundo um ser vivo é classificado como macho ou fêmea” (BORBA, Francisco S. (org.) 2005. Dicionário UNESP do Português Contemporâneo. São Paulo: Editora UNESP, p. 1281).

5 STOLLER, Robert. Sex and gender, p. vii, *apud* FACIO, Alda; FRIES, Lorena. *Gênero y derecho*, Santiago: LOM Ediciones, 1999, p.14.

6 CARRARA, S. Educação, diferença, diversidade e desigualdade. In: _____. (Org.). *Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/res em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-raciais*. Rio de Janeiro: CEPESC, p.13-183, 2009, p. 43.

Embora ainda se utilize a palavra sexo, o termo correto a ser utilizado é *gênero*,⁷ tendo em vista que se faz necessário reconhecer a existência de pessoas que transcendem à atribuição de gênero que lhes é conferida no ato do nascimento, esta pautada notadamente na genitália⁸ do recém-nascido. Isto é: se a criança nasce com vagina é automaticamente classificada como do sexo feminino, se a criança nasce com pênis, é automaticamente classificada como do sexo masculino.

Conforme aponta Butler, a distinção sexo/gênero é arbitrária, tendo em vista que o que comumente se chama de sexo, em verdade quer significar gênero.⁹ E este, por sua vez, não é nato, mas discursivo e cultural. Nesse sentido, a despeito haver uma expectativa social de gênero a partir de aspectos biológicos, eles não são determinantes. Inclusive, nota-se o comum equívoco em se utilizar a palavra sexo como sinônimo de genitália. Nessa ordem de equívocos, toma-se a parte pelo todo, isto é, a genitália como o corpo todo,¹⁰ resquício do século XIX quando o “sexo” passou a definir a verdade e o fim dos seres humanos.^{11 12} Em

7 MATHIEU, Nicole-Claude. Sexo e gênero. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 222.

8 De acordo com o dicionário Michaelis, genitália é o conjunto formado pelos órgãos reprodutores ou genitais, especialmente os sexuais externos (MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>).

9 BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 25.

10 BENTO, Berenice. *O que é transexualidade?* São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 17.

11 FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. Rio de Janeiro: Graal, v.1, 1985, p. 65.

12 Na mesma linha consta no Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): “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 não 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.” (CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, 2021, p. 16).

outras palavras, é preciso ter como premissa que a genitália e caracteres sexuais secundários do indivíduo não informam seu gênero, o qual é definido a partir de outros fatores. Disso, surge a *identidade de gênero*, que diz respeito ao gênero que o indivíduo se identifica.

Outrossim, transexual é o termo empregado para designar pessoa que não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído no ato de nascimento e com base em sua genitália e em caracteres sexuais secundários. A mulher transexual é aquela que nasceu com genitália masculina (motivo pelo qual ao nascer foi designada como pertencente ao gênero masculino), mas que se reconhece e se identifica como mulher. Disto, se observa que gênero não deve ser designado a partir da genitália do indivíduo, tendo em vista que a pessoa pode não se identificar com o gênero que lhe foi pré-determinado.

Acerca do direito humano e fundamental ao reconhecimento da identidade de gênero, cumpre analisar o panorama normativo internacional e doméstico. No âmbito internacional, de acordo com o Princípio 3 – direito ao reconhecimento perante a lei, dos Princípios de Yogyakarta, a identidade de gênero constitui parte essencial da personalidade e um dos aspectos mais básicos de autodeterminação, dignidade e liberdade do ser humano, de modo que ninguém deve ser forçado a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de transgenitalização, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero.

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres da ONU (CEDAW), em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe de forma ampla sobre os direitos humanos das mulheres. Por meio da Recomendação Geral nº 33 do Comitê CEDAW (artigo 17 da referida convenção), que trata sobre o acesso das mulheres à justiça,

o órgão afirma que o direito de acesso à justiça para as mulheres é essencial à realização de todos os direitos protegidos pela convenção,¹³ bem como que estereótipos de gênero, leis discriminatórias e discriminações interseccionais¹⁴ compõem uma série de obstáculos e restrições ao acesso à justiça.¹⁵ Indo além, enfatiza a proibição da discriminação contra as mulheres baseadas *em estereótipos de gênero e em normas culturais nocivas e patriarcais*, sobretudo acerca da violência com base no gênero. Ao destacar marcadores sociais de desigualdade que atuam de forma interseccional e dificultam ainda mais o acesso das mulheres aos seus direitos, elenca dentre eles expressamente a identidade como mulher transgênero.¹⁶

No contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a emblemática Opinião Consultiva n° 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) reconheceu o *direito humano ao reconhecimento à identidade de gênero*. Segundo a Corte, a noção de igualdade deriva diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é intrínseca à dignidade essencial da pessoa, motivo pelo qual é incompatível qualquer situação que

13 Recomendação Geral n° 33 do Comitê CEDAW, parágrafo 1°.

14 Nesse aspecto, cumpre lembrar que as mulheres transexuais são alvo de discriminações múltiplas e interseccionais, considerando que além de sofrerem discriminações em razão de gênero, também sofrem discriminações por não se enquadrarem nas expectativas sociais de padrões cisnormativos.

15 Recomendação Geral n° 33 do Comitê CEDAW, parágrafo 3°.

16 A discriminação contra as mulheres, baseada em estereótipos de gênero, estigmas, normas culturais nocivas e patriarcais, e a violência baseada no gênero, que particularmente afeta as mulheres, têm um impacto adverso sobre a capacidade das mulheres para obter acesso à justiça em base de igualdade com os homens. Ademais, a discriminação contra as mulheres se vê agravada por fatores de intersecção que afetam algumas mulheres em graus ou modos diferentes daqueles que afetam os homens e outras mulheres. Os elementos para a discriminação interseccional ou composta podem incluir etnia/raça, condição de indígena ou minoria, cor, situação socioeconômica e / ou casta, língua, religião ou crença, opinião política, origem nacional, estado civil e/ou maternal, idade, localização urbana/rural, estado de saúde, deficiência, titularidade da propriedade e identidade como mulher lésbica, bissexual ou transgênero ou pessoa intersexual. Esses fatores de intersecção tornam mais difícil para mulheres pertencentes a esses grupos obter o acesso à justiça." (Recomendação Geral n° 33 do Comitê CEDAW, parágrafo 8°.

a considere inferior ou de qualquer forma o discrimine o exercício de direitos que são reconhecidos para aqueles que não se consideram incluídos em tal situação, de modo que os Estados devem se abster condutas que, direta ou indiretamente, criem situações de discriminação de fato ou de direito,¹⁷⁻¹⁸ sob pena de responsabilidade internacional.

Nessa quadra, enquanto a cláusula geral de não discriminação do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir sem discriminação os direitos contidos na Convenção, o artigo 24 protege o direito à igual proteção da lei, vedando a discriminação de direito não somente acerca dos direitos presentes no referido tratado, mas também em relação ao ordenamento jurídico doméstico dos Estados-parte.¹⁹

A Corte IDH reconhece também que o direito à identidade está intimamente relacionado com a dignidade humana, bem como com o direito à privacidade e com o princípio da autonomia da pessoa (artigos 7 e 11 da Convenção Americana)²⁰. Ademais, o direito à identidade de gênero guarda relação com o conceito de liberdade e com a possibilidade do ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias convicções.²¹

17 Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 61.

18 Conforme firme jurisprudência da Corte, na atual fase da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação pertence ao domínio da *ius cogens* e sobre ele se encontra a base jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico. (Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 61; Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Atala Riffo e meninas vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, par. 79; Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Flor Freire Vs. Equador*, par. 109).

19 Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 64.

20 *Idem*, par. 90.

21 *Idem*, par. 93.

O tribunal interamericano define identidade de gênero como a experiência interna e individual do gênero como cada pessoa sente, que pode corresponder ou não ao “sexo” atribuído no momento do nascimento,²² devendo-se levar em conta a experiência pessoal do corpo e outras expressões de gênero, tais como a vestimenta e o modo de falar. Assim, o reconhecimento da identidade de gênero está necessariamente ligado à ideia de que o gênero deve ser compreendido como parte de uma construção de identidade que é o resultado da decisão livre e autônoma de cada indivíduo, sem estar condicionada ou pautada por sua genitalidade.^{23 24}

Consequentemente, a falta de reconhecimento do gênero pode culminar em censura indireta de expressões de gênero desviantes (dos padrões cisnormativos), em razão da ausência ou insuficiência de proteção legal e reconhecimento de seus direitos em condições iguais em comparação a indivíduos cisgêneros. Por isso, conclui a Corte IDH que o reconhecimento da identidade

22 Idem, par. 94.

23 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais na América. OEA/Série LV/II.rev.2, 12 de novembro de 2015, par. 16, *apud* Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 94.

24 “Desta forma, o sexo, bem como as identidades, funções e atributos socialmente construídos atribuídos às diferenças biológicas em torno do sexo atribuído no nascimento, longe de constituir componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza a pessoa, por ser um fato de natureza física ou biológica, acabam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva da pessoa que a detém e descansa sobre uma construção autopercebida da identidade de gênero relacionada ao livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito à vida privada. Portanto, quem decide se assumir é titular de interesses juridicamente protegidos, que em nenhuma circunstância podem ser sujeitos a restrições pelo simples fato de que o conglomerado social não compartilha estilos de vida específicos e únicos, como resultado de medos, estereótipos, preconceitos sociais e morais que não possuem fundamentos razoáveis. Assim, em vista dos fatores que definem a identidade sexual e de gênero de uma pessoa, uma preferência do fator subjetivo sobre suas características físicas ou morfológicas (fator objetivo) é apresentado na realidade. Nesse sentido, a partir da natureza humana complexa que leva cada pessoa a desenvolver sua própria personalidade com base na visão particular que eles têm sobre si mesmos, um caráter preeminente deve ser dado ao sexo psicossocial frente ao morfológico, a fim de respeitar plenamente os direitos da identidade sexual e de gênero, sendo aspectos que, em maior medida, definem a visão que a pessoa tem de si própria e a sua projeção ante a sociedade.” (Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 95)

de gênero é de fundamental importância para a garantia dos direitos humanos das pessoas trans, abrangendo proteção contra violência, tortura e maus tratos.²⁵

Em âmbito constitucional, a Constituição da República visa a uma sociedade que permita a liberdade, o pluralismo e a justiça, razão pela qual seu art. 5º, *caput*, consagra que todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade. O inciso XLI do mesmo dispositivo determina que a lei deve punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, no que se inclui a discriminação pautada na identidade de gênero.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal possui precedentes em que reconhece o direito à identidade de gênero, como é o caso do Recurso Extraordinário n. 670.422, em que afirma que ao Estado incumbe o *dever de reconhecimento* da identidade de gênero:

Direito Constitucional e Civil. Transexual. Identidade de gênero. Direito subjetivo à alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento. Possibilidade independentemente de cirurgia de procedimento cirúrgico de redesignação. Princípios da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade. Convivência com os princípios da publicidade, da informação pública, da segurança jurídica, da veracidade dos registros públicos e da confiança. Recurso extraordinário provido. 1. A ordem constitucional vigente guia-se pelo propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, de modo a assegurar o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade. Dado que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, é **imperativo**

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017, par. 97 e 98.

o reconhecimento do direito do indivíduo ao desenvolvimento pleno de sua personalidade, tutelando-se os conteúdos mínimos que compõem a dignidade do ser humano, a saber, a autonomia e a liberdade do indivíduo, sua conformação interior e sua capacidade de interação social e comunitária. 2. É mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente restrição ou limitação ilegítima, ainda que meramente potencial, à liberdade do ser humano para exercer sua identidade de gênero e se orientar sexualmente, pois essas faculdades constituem inarredáveis pressupostos para o desenvolvimento da personalidade humana. 3. O sistema há de avançar para além da tradicional identificação de sexos para abarcar também o registro daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento de seu nascimento. Nessa seara, **ao Estado incumbe apenas o reconhecimento da identidade de gênero**; a alteração dos assentos no registro público, por sua vez, pauta-se unicamente pela livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. 4. Saliente-se que a alteração do prenome e da classificação de sexo do indivíduo, independente de dar-se pela via judicial ou administrativa, deverá ser coberta pelo sigilo durante todo o trâmite, procedendo-se a sua anotação à margem da averbação, ficando vedada a inclusão, mesmo que sigilosa, do termo “transexual” ou da classificação de sexo biológico no respectivo assento ou em certidão pública. Dessa forma, atende-se o desejo do transgênero de ter reconhecida sua identidade de gênero e, simultaneamente, asseguram-se os princípios da segurança jurídica e da confiança, que regem o sistema registral. 5. Assentadas as seguintes teses de repercussão geral: 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 da 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 no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo ‘transexual’. iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo 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, ca-

berá 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. 6. Recurso extraordinário provido. (RE 670422, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2020 PUBLIC 10-03-2020) (Grifos nossos).

No mesmo sentido, no julgamento da ADO 26 e MI 4733, o Supremo reconheceu que ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado do direito à igualdade de tratamento ou sofrer restrições em sua esfera jurídica em razão de sua identidade de gênero.²⁶

Além disso, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) possui entendimento, estabelecido na Consulta nº 0604054-5, de que candidatos transgêneros devem ser considerados na verificação de cumprimento das cotas obrigatórias de gênero nas eleições, ou seja, trata-se de cotas de gênero e não de sexo biológico. De acordo com o relator da consulta, ministro Tarcísio Vieira, a expressão “sexo” da lei refere-se ao gênero e não ao sexo biológico, sendo que, no caso de fraude, há possibilidade de responsabilização criminal e eleitoral.²⁷ Tal entendimento busca conferir amplitude máxima ao regime democrático, respeitando-se a diversidade, o pluralismo, a subjetividade e a individualidade das pessoas. Consignou-se também que a verificação acerca da identidade de

26 STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em em 13/6/2019.

27 Conforme consta do voto do relator: “A construção do gênero constitui fenômeno sociocultural que exige abordagem multidisciplinar a fim de conformar uma realidade ainda impregnada por preconceitos e estereótipos – geralmente de caráter moral e religioso – aos valores e às garantias constitucionais. O cerne das questões ora apresentadas denota a insuficiência e, porque não dizer, a impropriedade da expressão “cada sexo” contida no art. 10, § 3o, da Lei no 9.504/97, considerada a identidade de gênero das pessoas transexuais que não promoveram a retificação judicial dos respectivos assentamentos civis.” (TSE. Consulta no 0604054-58/DF, 2018)

gênero pode ser feita com base em provas de direito – e não somente com base no registro civil do candidato ou da candidata.²⁸

No mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público Eleitoral, ressaltando que deve prevalecer a autoidentificação em relação ao gênero, tendo em vista que a desigualdade não é causada pelo “sexo”, mas pelos papéis, limites, barreiras socialmente impostas em razão do *gênero*.

Não por outra razão, ao tratar sobre a identidade de gênero, o Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe o seguinte:

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?²⁹

O referido protocolo, ainda, ao tratar sobre interseccionalidade, trata expressamente das discriminações sofridas por mulheres transexuais. Veja-se:

(...) Ressalte-se que, como regra, essas mortes são marcadas por atos de extrema crueldade e que a questão de gênero é um fator determinante para essas mortes.

Em razão do tratamento dispensado à população trans no Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no

28 Nessa linha, o TSE entende que expressão “não estabeleça dúvida quanto à sua identidade” prevista no artigo 12, *caput*, da Lei 9.504/97, se refere à identificação do(a) candidato(a) conforme seja conhecido(a), inclusive quanto à identidade de gênero. (TSE. Consulta no 0604054-58/DF, 2018)

29 CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, 2021, p. 18.

recente relatório “Situação dos Direitos Humanos no Brasil”, o qual foi aprovado em 12 de fevereiro de 2021, foi clara ao recomendar ao Brasil “investigar, processar e sancionar, com uma perspectiva de gênero e como prioridade, as violações aos direitos humanos de mulheres e meninas, especialmente o feminicídio de mulheres trans.³⁰

Por tais razões, como se verá, é injustificada a recusa de aplicação de leis protetivas a mulheres em favor de mulheres transexuais tão somente por não se adequarem a padrões cisnormativos.

3. Da violência contra a mulher por razões de gênero e a aplicação normativa em favor das mulheres transexuais

A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) foi criada com a finalidade de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (art. 1º). Seu art. 2º preceitua que:

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. (Grifo nosso)

Assim, nota-se pela expressão “toda mulher” que a finalidade da lei é abarcar e proteger todas as mulheres, independente de outras características pessoais, sendo que as características mencionadas compõem um rol *exemplificativo*. O legislador não pre-

30 CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, 2021, p. 100.

tendeu – e nem poderia, sob pena de flagrante discriminação injustificada – proteger apenas as mulheres cisgêneros, deixando legalmente desprotegidas as mulheres transexuais.

O art. 5º conceitua violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no *gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Nota-se o acerto da lei, ao tratar a violência doméstica e familiar contra a mulher como aquela baseada em *gênero*, evitando-se o equívoco do termo “sexo”.

Ainda, o art. 4º fixa como baliza hermenêutica que na interpretação da lei em tela, devem ser considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Nesse ponto, é importante a premissa de que o ordenamento jurídico, por imposição constitucional, busca como fim social proteger *todas* as mulheres, sem distinções injustificadas, o que obviamente inclui as mulheres transexuais

O Código Penal (CP), por sua vez, ao prever a qualificadora do feminicídio em seu art. 121, § 2º, conceitua o crime de feminicídio como homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Em complemento, o § 2º-A dispõe que “considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Da mesma forma, ao tratar da lesão corporal em contexto de violência doméstica, o art. 129, § 13, do CP, § 13, prevê qualificadora se a lesão corporal for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do supracitado § 2º-A do art. 121.

Ao dispor sobre o delito de perseguição (*stalking*), o art. 147-A do *Codex* prevê em seu § 1º, inciso II, causa de aumento se o crime for cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121. O art. 147-B,

por seu turno, criminaliza a conduta de causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação.

Sob a mesma lógica, o art. 359-P do Código Penal criminaliza a conduta de restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo.

De tais previsões normativas, nota-se que a Lei Maria da Penha se utiliza da expressão “gênero” para caracterizar a violência contra a mulher, enquanto os crimes previstos no Código Penal, relacionados a razões de gênero, utilizam da expressão “sexo”.

Quanto à aplicação da Lei nº 11.340/2006 (que utiliza a expressão “gênero”) a mulheres transexuais, não há dúvidas acerca da possibilidade, conforme aponta Valéria Scarance Fernandes.³¹ No mesmo sentido, leciona Alice Bianchini que independentemente da cirurgia de transgenitalização ou da alteração de registro civil, há um direito subjetivo à segurança e ao acesso à justiça.³²

Inclusive, é nesse sentido o Enunciado nº 46 do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Fonavid):

ENUNCIADO 46: A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia

31 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 220.

32 BIANCHINI, Alice. *O Vocábulo “Mulher” previsto na Lei Maria da Penha abarca os transexuais (ou transgêneros)?* In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 442.

de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006. (Aprovado por unanimidade)³³

Na mesma linha é o Enunciado nº 30 da Comissão Permanente de Combate a Violência Doméstica contra a Mulher (COPEVID), órgão do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPNG):

Mulheres trans e travestis - Enunciado nº 30 (001/2016): 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.³⁴

Acerca das supracitadas normas incriminadoras previstas, no Código Penal, a vítimas mulheres transexuais, indaga-se a respeito da possibilidade de aplicação, tendo em vista o Código Penal, em diversas passagens, utilizar-se da expressão “sexo”. Entendemos positivamente, pelas razões que serão expostas. Antes, contudo, cumpre analisar algumas posições doutrinárias.

Conforme o critério biológico, para fins penais, compreende-se como mulher exclusivamente a partir da concepção genética, cromossômica e biológica. De modo que sequer a cirurgia de transgenitalização seria apta para aplicação das referidas normas a mulheres transexuais, pois não é capaz de alterar a concepção genética.³⁵ Tal posicionamento não deve prosperar, tendo em vista que se trata de um posicionamento por demais biologizante e discriminatório, devendo ser afastado, sob pena de incidir em proteção insuficiente e violar o direito humano e fundamental à igualdade. Ademais, como já se analisou, o conceito de mulher decorre de construções sociais – e não de aspectos meramente biológicos.

33 IX FONAVID – Natal. CNJ, 2017.

34 Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do CNPG em 15/06/2016.

35 Por todos: BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée do Ó. *Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos*. 2ª ed. Leme, SP: Mizuno. 2021, p. 68.

Indo além, de acordo com o critério cível,³⁶ para aplicação ou não da qualificadora, deve ser analisado o gênero constante no registro civil. Todavia, o equívoco do referido entendimento é ignorar o fato de que o registro civil pode não corresponder à realidade dos fatos, sobretudo considerando-se as relevantes dificuldades práticas para a sua aplicação, tendo em vista que o procedimento de alteração de gênero não isenta do pagamento de taxas, a gerar óbice econômico notadamente para mulheres transexuais em situação de vulnerabilidade social e econômica, privando do direito ao reconhecimento da identidade de gênero mulheres transexuais que já se encontram em maior situação de vulnerabilidade.

Por fim, de acordo com o critério psicológico, a qualificadora do feminicídio incide nas hipóteses que a pessoa se identificar com o gênero feminino,³⁷ aplicando-se a mulheres transexuais em razão de se reconhecerem como mulher, bem como assim se comportarem e agirem, independentemente da realização de procedimentos cirúrgicos ou de retificação de seus dados na esfera civil.

Para Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, é possível a aplicação da qualificadora do feminicídio – e das demais normas supracitadas e presentes no Código Penal – a qualquer pessoa vinculada ao gênero feminino, abrangendo, portanto, as mulheres transexuais. Nessa quadra, para os autores, o conceito de mulher se traduz em um dado objetivo da natureza, de modo que sua comprovação é empírica.³⁸

36 Por todos: GRECO, Rogério. *Direito Penal: Parte Especial - Volume 2*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2019, p. 44 e CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Especial* (arts. 121 ao 361). Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 66-67.

37 MELLO, Adriana. *O feminicídio e a Lei no 13.104/2015*. Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 221-227, jul./dez. 2015. p. 223.

38 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015*. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei13104-2015>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

É preciso atentar que o conceito de mulher é uma construção social, de modo que as mulheres transexuais nada diferem de mulheres cisgêneros, sendo aquelas tão mulheres quanto essas, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de outros procedimentos, como tratamentos hormonais; e mesmo que ainda não tenha havido alteração no registro civil de pessoas. A condição de mulher, bem como a autopercepção feminina, não está atrelada a esses fatores. Basta que a mulher assim se reconheça, que se apresente publicamente como tal, que se comporte como tal. É exatamente sob esta ótica, arremata Valéria Scarance Fernandes, que, juridicamente, mulher é a pessoa que tem essa identidade de gênero (feminina), independentemente de sua genitália³⁹ – ou outros caracteres biológicos.

Para o Direito, não é um tratamento hormonal, uma cirurgia de transgenitalização ou a adequação do registro civil que constituem um indivíduo como mulher, sob pena de se deixar de fora do âmbito de proteção da norma mulheres que, em regra, estão em uma situação de vulnerabilidade ainda mais acentuada: tratamentos hormonais e cirurgias de transgenitalização, além não serem necessários para reconhecimento da pessoa como mulher e de não serem almejados por todas as mulheres transexuais, são financeiramente custosos. Quanto à adequação ao registro civil, apesar do supracitado precedente do STF, ainda há relevantes dificuldades práticas para a sua aplicação, tendo em vista que o Provimento n° 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça não isenta as mulheres transexuais do pagamento das taxas, de forma que não há gratuidade, a gerar óbice econômico notadamente para mulheres transexuais em situação de vulnerabilidade social e econômica (o que infelizmente traduz a grande maioria dos casos no Brasil), aliado aos óbices relacionados ao acesso à justiça e à cidadania por parte de pessoas trans.

39 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: O processo no caminho da efetividade. *Op. cit.*, p. 220.

Disto, somente é razoável concluir que, tal como ocorre com a Lei Maria da Penha, as normas criminalizadoras presentes no Código Penal também se aplicam em favor das mulheres transexuais, tendo em vista que elas estão inseridas no conceito de *mulher*. Como se viu, “sexo” é um termo equivocado e ambíguo, de modo que a lei precisa ser interpretada da forma correta, a despeito de equívocos terminológicos. Nessa quadra, onde se lê sexo deve se entender gênero.

Portanto, ainda que a lei utilize o vocábulo “sexo”, tal fato não retira seu caráter de proteção de gênero. Ainda que se fale em “sexo”, conforme leciona Ela Wiecko Castilho, a condição de “sexo” feminino é uma construção social, tal como o papel atribuído às mulheres na sociedade, e constitui o chamado *gênero* feminino.⁴⁰

4. Da não ocorrência de analogia *in malam partem*

O Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero do CNJ é um documento que surge a partir da preocupação do Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao incentivo à participação feminina neste espaço.

Sua instituição se deu pela Portaria n. 27 de 2021 e complementada pela portaria 116 de 2021, ambas do Conselho Nacional de Justiça e, por seis meses, o Grupo de Trabalho reuniu-se com o propósito de elaborar documento que reconhece a influência das desigualdades histórico-sociais, culturais e políticas a que as mulheres estão submetidas tanto na produção, quanto na aplicação do Direito. A partir disso, propõe a construção de uma cultura que emancipe e reconheça os direitos de todas as mulheres e meninas. Isso porque:

Muitas regras e muitos princípios são aplicados de maneira abstrata, sem levar em consideração as relações de poder que existam.

40 CASTILHO, Ela Wiecko. *Sobre o Femicídio*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23. N° 270. maio/2015. Direito Penal em Debate. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 5.

tem na sociedade e que podem influenciar conflitos e interpretações aparentemente neutras do direito. E mais do que isso: apesar de algumas interpretações parecerem abstratas, elas são, na verdade, fruto de experiências pessoais de julgadores(as) – baseadas, é claro, no grupo social ao qual pertencem.⁴¹

O texto parte da concepção de que a ideia de neutralidade no discurso jurídico e na operabilidade do Direito reproduz desigualdades estruturantes. Inclusive, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) reforçou que os preconceitos de gênero, no sistema judicial, geram consequências de amplo alcance para o gozo dos direitos humanos pelas mulheres. Por isso, orientou que os estados-membros adotassem medidas no sentido de capacitar os operadores do sistema de justiça para se eliminar os estereótipos, e assegurar medidas para garantir credibilidade e às vezes, aos argumentos e depoimentos das mulheres.⁴²

Nesse sentido, o protocolo recomenda a aplicação do direito de maneira contextualizada e preocupada como as questões se revelam na realidade, entendendo que as mulheres e os grupos subalternizados, por vezes, não participam do processo de elaboração das leis.

Tendo em vista sua sub-representatividade, as experiências de tais grupos ficam à margem do debate legislativo que resulta em aprovação de leis que podem ser aplicadas de maneira abstrata, sem levar em conta tais experiências que, devem, também, ser tuteladas pelo Direito.

Assim, o magistrado que adotar a perspectiva de gênero para julgamento (bem como os demais operadores do Direito), deve,

41 CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, 2021, p. 38.

42 NAÇÕES UNIDAS. Comitê Sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW). Recomendação Geral n. 33: acesso das mulheres à justiça. Lisboa: Plataforma portuguesa para os direitos das mulheres, 2013. Disponível em: <https://plataformamulheres.org.pt/projectos/cedaw4all/recomendacoes-gerais/>. Acesso em: 27 ago. 2021.

na aplicação do Direito, identificar os marcos normativos e os precedentes nacionais ou internacionais que se relacionam com o caso, bem como as como recomendações, opiniões consultivas ou observações gerais emitidas pelos organismos regional e internacional de proteção de direitos humanos.

A partir daí, ressalta-se a importância da compreensão do controle de convencionalidade no processo decisório que seja realizado com perspectiva de gênero e com vistas à efetivação dos direitos humanos. Ou seja, o compromisso internacional assumido pelo Estado Brasileiro na promoção e proteção dos direitos humanos deve vincular os magistrados e magistradas na aplicação das normas internacionais.

A ausência de neutralidade do Direito, ressaltada pelo protocolo, é reforçada pelo documento internacional “Princípios de Yogyakarta” que, além de outros, tem como princípio o “Direito à Igualdade e Não-Discriminação”, dispondo que os Estados deverão:

Incorporar os princípios de igualdade e não-discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero nas suas constituições nacionais e em outras legislações apropriadas, se ainda não tiverem sido incorporados, **inclusive por meio de emendas e interpretações, assegurando-se a aplicação eficaz desses princípios.** (Grifo nosso).

Isto é, a lei deve proibir discriminações baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero, de modo que nos casos em que este princípio de igualdade não tiver sido formalmente incorporado nas legislações apropriadas, deve ser efetivado por meio de interpretações, no intuito de assegurar sua aplicação eficaz.⁴³

43 Sobre a questão da neutralidade, dispõe o Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do CNJ: “Em conformidade com o Estado Democrático de Direito, a concepção contemporânea da imparcialidade agrega um novo ponto de vista: a perspectiva objetiva da imparcialidade, que é a promoção de uma atividade jurisdicional sob o enfoque do “devido processo legal substancial”. Assim, a imparcialidade deixa de tratar apenas de questões referentes à subjetividade de quem julga, para abranger a própria persecução de um processo justo, sob o ponto de vista do procedimento.

Nesse sentido, na decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do ano de 2022, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, decidiu-se que, para fins de aplicação da Lei Maria da Penha, não importa o aspecto meramente biológico e que a proteção conferida pela Lei Maria da Penha comporta, de igual modo, as mulheres trans.

O Ministro do STJ narra que, na decisão recorrida, o Des. Relator do tribunal de origem afirmou que a definição de mulher contida na Constituição Federal não pode ser interpretada de forma diversa da biológica e que conclusão outra ofenderia os princípios da tipicidade estrita e o da analogia *in malam partem*.

Um dos atributos da imparcialidade é a objetividade, que consiste na qualidade de abordar decisões e reivindicações da verdade sem a influência de preferência pessoal, interesse próprio e emoção. A objetividade seria, portanto, um critério a ser observado para afastar eventuais atos discriminatórios.

Conforme referido nas seções anteriores, importante salientar que a sociedade brasileira é marcada por profundas desigualdades que impõem desvantagens sistemáticas e estruturais a determinados segmentos sociais, assim como sofre grande influência do patriarcado, que atribui às mulheres ideias, imagens sociais, preconceitos, estereótipos, posições e papéis sociais.

A criação, a interpretação e a aplicação do direito não fogem a essa influência, que atravessa toda a sociedade. Nesse contexto, em termos históricos, o direito parte de uma visão de mundo androcêntrica. Sob o argumento de que a universalidade seria suficiente para gerar normas neutras, o direito foi forjado a partir da perspectiva de um 'sujeito jurídico universal e abstrato', que tem como padrão o homem médio', ou seja, homem branco, heterossexual, adulto e de posses.

Essa visão desconsidera, no entanto, as diferenças de gênero, raça e classe, que marcam o cotidiano das pessoas e que devem influenciar as bases sobre as quais o direito é criado, interpretado e aplicado.

É dizer, a desconsideração das diferenças econômicas, culturais, sociais e de gênero das partes na relação jurídica processual reforça uma postura formalista e uma compreensão limitada e distante da realidade social, privilegiando o exercício do poder dominante em detrimento da justiça substantiva.

(...) Um julgamento imparcial pressupõe, assim, uma postura ativa de desconstrução e superação dos vieses e uma busca por decisões que levem em conta as diferenças e desigualdades históricas, fundamental para eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher.

Considerar que os estereótipos estão presentes na cultura, na sociedade, nas instituições e no próprio direito, buscando identificá-los para não se submeter à influência de vieses inconscientes no exercício da jurisdição é uma forma de se aprimorar a objetividade e, portanto, a imparcialidade no processo de tomada de decisão. Além disso, a compreensão crítica de que a pessoa julgadora ocupa uma posição social, que informa a sua visão de mundo, muitas vezes bem diversa das partes, reduz a possibilidade de se tomar uma decisão que favoreça a desigualdade e a discriminação.

O enfrentamento das várias verdades em jogo na relação processual, a identificação de estereótipos e o esforço para afastar eventuais prejulgamentos decorrentes de vieses inconscientes auxiliam, portanto, na percepção de uma realidade mais complexa e na construção da racionalidade jurídica mais próxima do ideal de justiça." (CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, 2021, p. 35-36).

Para afastar tal consideração do Tribunal Estadual, o Ministro divide seu voto em treze tópicos, sendo eles: (I) admissibilidade do recurso, (II) contextualização, (III) os fundamentos do acórdão recorrido e sua crítica, (IV) os números da violência contra travestis e transexuais, (V) resistência à heteronormatividade, (VI) conceitos de gênero, sexo, identidade de gênero, etc, (VII) art. 5º da Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha – gênero feminino, papel de mulher, (VIII) o caso concreto, (IX), o voto divergente da origem, (X) manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre questões de gênero, (XI) julgados com aplicação da Lei n. 11.340/2006 para mulheres trans, (XII) o parecer do Ministério Público Federal e, por fim (XIII) dispositivo.

Nesse sentido, contextualizou-se que:

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.⁴⁴

Partindo das próprias recomendações do Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, o Ministro analisou nos conceitos de sexo, gênero, identidade de gênero e sexualidade, pontuando que:

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,

⁴⁴ STJ. REsp 1.977.124. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. p. 26.

“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/wpcontent/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>, p. 27. Acesso em: mar. 2022, grifei).⁴⁵

Por fim, após o percurso traçado pelo Ministro para entender por cabível a aplicação às mulheres trans, o Ministro conclui:

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.⁴⁶

Assim, a alegação de ocorrência de analogia *in malam partem*, na presente discussão, acabaria por esvaziar os sentidos da proteção almejada pela Lei Maria da Penha, já que desprovida de respaldo teórico. Para a Teoria do Direito, a analogia é utilizada para averiguar lacunas, promovendo integração necessária para encontrar a solução de Direito mais adequada para seu preenchimento.⁴⁷ As lacunas normativas, por sua vez, são entendidas como “faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que tal regulamentação é esperada ou desejada”.⁴⁸

45 STJ. REsp 1.977.124. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. p. 28.

46 STJ. REsp 1.977.124. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. p. 29.

47 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 19a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, p. 292.

48 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Analogia e Direito Penal”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Ed. RT, v. 118, jan.-fev., 2016, p. 7.

Como método de integração, frente às lacunas, a analogia pode ser entendida, em termos jurídicos, como procedimento pelo qual se aplica a um caso não tratado juridicamente as mesmas consequências jurídicas que correspondem a caso similar. Isto é, “o raciocínio que, argumentando com a semelhança entre um fato lacunoso e outro juridicamente regulado, estende àquele a solução jurídica deste (analogia legis).”⁴⁹

Para que se possa falar em analogia, portanto, é necessário partir de uma omissão, para que se busque em uma norma geral, que trate de forma idêntica os fatos não regulados nas normas particulares, mas que são semelhantes a estes. Para Nilo Batista, a analogia no Direito acontece quando “o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante”.⁵⁰

No Direito Penal, a proibição de analogia encontra respaldo na própria Constituição Federal, no princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CRFB), do qual decorre que é proibida a analogia para criar preceitos penais e agravar as penas, em prejuízo do réu, que possa exceder o sentido alcançado pela interpretação da norma jurídico penal. A analogia, como método para integrar lacunas não pode, pois, ser utilizada para estender uma lei penal a um fato não abarcado por ela, mas semelhante ao por ela disciplinado.⁵¹

No artigo “Analogia e Direito Penal”, PELUSO (2016, p. 17), traz que:

Neste sentido, é impossível a incriminação e punição em concreto que ultrapasse a hipotética previsão da norma legal, e ainda que o exacto sentido dessa previsão só possa determinar-se pela interpretação e seja um resultado dela, pois essa determinação e

49 Idem, p. 9-10.

50 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, 2007, p. 74.

51 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Analogia e Direito Penal”, *op. cit.*, p. 18.

esse resultado deveriam obter-se no quadro definido pelos limites prescritivos da norma e com respeito por esses limites – os quais se imporiam assim como uma pré-determinação da própria interpretação (do seu âmbito e possibilidades). Deste modo o corolário da *lex stricta* implicará a não aplicação da norma legal incriminadora e punitiva para além do que haja de considerar-se uma sua aplicação directa ou imediata, possibilitada pela interpretação, e infere-se daí a recusa da sua aplicação indirecta e mediatizada por um autónomo juízo normativo do julgador a casos diferentes, posto que análogos daqueles por ela directamente previstos – que tanto é dizer, recusa-se uma sua aplicação análogica.⁵²

Por isso, entender que se trata de analogia *in malam partem* é, na verdade, negar o direito de mulheres trans se reconhecerem enquanto mulheres. Isso porque, quando se aplica a proteção da Lei Maria da Penha às mulheres trans não se parte do pressuposto de que há omissão ou lacuna na lei e tampouco se trata de ir além dos limites legais, mas apenas reconhecer e garantir que, mulheres trans mulheres são. Ou seja, trata-se apenas de interpretação teleológica das referidas leis.

Proteger as mulheres trans pela Lei 11.340/2006 é exercício de interpretação conforme à Constituição, já que garante o direito à igualdade e a isonomia, deixando de incorrer em discriminação e vedação à proporcionalidade por proteção insuficiente.

5. Considerações finais

Conforme analisado, o direito humano e fundamental à identidade de gênero é amparado por normas constitucionais e internacionais, bem como reconhecido pela jurisprudência pátria e internacional.

Por isso, não é um tratamento hormonal, uma cirurgia de transgenitalização ou a adequação do registro civil que constituem um

52 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Analogia e Direito Penal”, *op. cit.*, p. 17.

indivíduo como mulher para o Direito, sob pena de se deixar de fora do âmbito de proteção da norma mulheres que, em regra, estão em uma situação de vulnerabilidade ainda mais acentuada.

Disto, é razoável concluir que, tal como ocorre com a Lei Maria da Penha, as normas criminalizadoras presentes no Código Penal também se aplicam em favor das mulheres transexuais, tendo em vista que elas estão inseridas no conceito de *mulher*.

A defesa de que a interpretação deve se dar a partir de uma contextualização é ressaltada pelo Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, que recomenda a aplicação do Direito de maneira preocupada como as questões se revelam na realidade, entendendo que as mulheres e os grupos subalternizados, por vezes, não participam do processo de elaboração das leis.

Como se viu, “sexo” é um termo equivocado e ambíguo, de modo que a lei precisa ser interpretada a partir dos princípios e das normas internacionais apresentadas, a despeito de equívocos terminológicos por parte do legislador. Por isso, onde se lê sexo, deve se entender gênero.

Portanto, esse entendimento não implica utilização de analogia *in malam partem*, mas tão somente interpretação teleológica da lei penal.

6. Referências

BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée do Ó. *Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos*. 2. ed. Leme, SP: Mizuno, 2021.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 136 p.

BENEVIDES, Bruna G. *Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022*. Brasília: Distrito Drag; ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais), 2023. 109 p.

BENTO, Berenice. *O que é transexualidade?* São Paulo: Brasiliense, 2008.

BIANCHINI, Alice. O Vocabúlo “Mulher” previsto na Lei Maria da Penha abarca os transexuais (ou transgêneros)? In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

Artigo

Da aplicabilidade da Lei Maria da Penha e de normas penais de proteção às mulheres transexuais

Anna Catharina Machado Normanton | Lucas Ferreira Mazete Lima

BORBA, Francisco S. (org.). *Dicionário UNESP do Português Contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2005.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CARRARA, S. Educação, diferença, diversidade e desigualdade. In: _____. (Org.). *Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/res em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-raciais*. Rio de Janeiro: CEPESC, p.13-183, 2009.

CASTILHO, Ela Wiecko. *Sobre o Feminicídio*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23. n° 270, maio/2015. Direito Penal em Debate. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Violência contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais na América. OEA/ Série L/V/II.rev2, 12 de novembro de 2015.

Corte Interamericana de Direitos Humanos: Parecer Consultivo OC 24, 2017.

_____. *Caso Atala Riffo e meninas Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas.

_____. *Caso Flor Freire Vs. Equador*.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, 2021.

FACIO, Alda; FRIES, Lorena. *Gênero y derecho*, Santiago: LOM Ediciones, 1999.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: O processo no caminho da efetividade*. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. Rio de Janeiro: Graal, v.1, 1985.

MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>.

Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Analogia e Direito Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, v. 118, jan.-fev., 206, p. 9-10.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 292.

STJ. REsp 1.977.124. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-aplicavel-protoger.pdf>. Acesso em: mar. 2023.

Artigo recebido em 05/07/23.

Artigo aprovado em 03/08/23.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i38.473>