

## **Jurisprudência do Tribunal de Justiça Santa Catarina**

### **Dados do acórdão**

Classe: Conflito de Jurisdição

Processo: 2009.006461-6

Relator: Roberto Lucas Pacheco

Data: 14/08/2009

Conflito de Jurisdição n. 2009.006461-6, da Capital

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. HOMOLOGAÇÃO DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AGRESSÕES PRATICADAS PELO COMPANHEIRO CONTRA PESSOA CIVILMENTE IDENTIFICADA COMO SENDO DO SEXO MASCULINO. VÍTIMA SUBMETIDA À CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO DE SEXO POR SER HERMAFRODITA. ADOÇÃO DO SEXO FEMININO. PRESENÇA DE ÓRGÃOS REPRODUTORES FEMININOS QUE LHE CONFEREM A CONDIÇÃO DE MULHER. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL JÁ REQUERIDA JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DA LEI N. 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. CONFLITO IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição n. 2009.006461-6, da comarca da Capital (3ª Vara Criminal), em que é suscitante Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital, e suscitado Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, julgar competente o Juiz suscitante para apreciação da matéria. Custas legais.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juízo de Direito da 3ª Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar da comarca da Capital em face do juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca da Capital (Foro Distrital do Estreito), que lhe remeteu os autos de prisão em flagrante.

Em suma, alega que a competência para o feito em questão é do Juízo de Direito da 2.<sup>a</sup> Vara Criminal da comarca da Capital (Foro Distrital do Estreito), vez que os fatos narrados no auto de prisão em flagrante n. 082.09.000094-5 ocorreram sob a jurisdição daquela unidade e se referem a "desentendimento entre dois homens que viviam sob o mesmo teto, por opção sexual", havendo farta prova documental atestando que o sujeito passivo das agressões relatadas não é do sexo feminino, circunstância que impede o deslocamento da competência como pretende o juízo suscitado.

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito (fls. 13/16).

## VOTO

A Lei n. 11.340/06, regulamentando o art. 226, § 8.º, da Constituição Federal e em consonância com as convenções e tratados internacionais que tratam sobre o tema, prevê diversos mecanismos para erradicar a violência contra a mulher, estabelecendo medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Dentre estes, pode-se destacar a criação dos denominados Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal para apreciar as questões originadas da prática de violência no âmbito doméstico e familiar, nos termos dos arts. 14 e 15 da citada lei:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Art. 15. É competente, por opção da ofendida, para os processos cíveis regidos por esta Lei, o Juizado:

I - do seu domicílio ou de sua residência;

II - do lugar do fato em que se baseou a demanda;

III - do domicílio do agressor.

No Estado de Santa Catarina, a implantação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar deu-se de forma pioneira no país, com a publicação da Resolução n. 18/06 - TJ, instituindo tais unidades judiciárias nas comarcas da Capital, de Chapecó e de Tubarão:

Art. 1.º São instituídos, nas Comarcas da Capital, Chapecó e Tubarão, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

§ 1.º Nas Comarcas da Capital e de Chapecó, as novas Unidades funcionarão anexas às respectivas 3.ª Varas Criminais, que passarão a se chamar 3.ª Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

§ 2.º Na Comarca de Tubarão, a nova Unidade funcionará anexa à Unidade Judiciária de Cooperação da Universidade do Sul de Santa Catarina, criada pela Resolução Conjunta n. 06/00, que doravante se chamará Unidade Judiciária de Cooperação da Universidade do Sul de Santa Catarina e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

§ 3.º A Unidade mencionada no parágrafo anterior será vinculada à Vara Criminal da Comarca de Tubarão, nos termos do art. 2º da referida Resolução Conjunta.

Art. 2.º Competirá aos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher o processamento e julgamento dos processos disciplinados pela Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Parágrafo único. Na hipótese de crimes dolosos contra a vida, a competência estender-se-á até a fase do art. 412 do Código de Processo Penal.

Art. 3.º Os processos em curso em outras Unidades serão redistribuídos ao novo Juízo.

Art. 4.º Na Comarca da Capital, a distribuição dos inquéritos policiais da competência privativa da 3.ª Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher será objeto de compensação.

O art. 4.º refere-se, exatamente, à competência atribuída ao juízo ora suscitante.

Ocorre que, no presente caso, dadas as peculiaridades da vítima - indivíduo civilmente do sexo masculino, que, todavia, apresenta quadro de hermafroditismo - o juízo suscitado, entendendo ser aplicáveis as disposições da Lei n. 11.340/06, encaminhou o auto de prisão em flagrante à 3.ª Vara Criminal da comarca da Capital, unidade jurisdicional que encampa a competência para o processamento dos feitos submetidos ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Todavia, esse juízo deixou de receber o feito por entender que, sendo a vítima civilmente identificada como homem, não se aplicam a ela os institutos protetivos da denominada Lei Maria da Penha.

Nessa senda, a questão trazida a lume passa, necessariamente, pela definição de quem se enquadra como sujeito protegido pela Lei n. 11.340/06, fato que, por conseguinte, resultará na definição da competência para a homologação do auto de prisão em flagrante n. 082.09.000094-5, no qual se apura a prática de lesões corporais por I. S. contra seu companheiro E. de O. R., também conhecido por "Fabíola".

O art. 5.º da Lei n. 11.340/06 estabelece que "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" que venha a ser cometida no âmbito da unidade doméstica ou familiar, bem como aquela decorrente de "qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação".

Nesse contexto, tem-se que apenas a mulher vítima de violência doméstica e familiar goza dos mecanismos de proteção previstos na chamada Lei Maria da Penha.

É certo que essa taxatividade tem ensejado forte embate acerca da constitucionalidade do dispositivo.

De um lado estão os que defendem que a Lei n. 11.340/06 é discriminatória, pois, na medida em que protege exclusivamente a mulher, passa a considerá-la um indivíduo inferior ao homem, situação esta que afrontaria sobremaneira a igualdade entre homens e mulheres estatuída no art. 5.º, I, da Constituição Federal.

Encampando este posicionamento, Valter Foletto Santin discorre:

Como se vê, a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura "politicamente correta", a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana, a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação de casta feminina (*Igualdade constitucional na violência doméstica*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, n. 199. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1594>> Acesso em: 19 jun. 2009).

No sentido diametralmente oposto, parte da doutrina entende que a Lei n. 11.340/06 surgiu para diminuir o desequilíbrio existente nas relações de gênero, nas quais a mulher, seja por questões de ordem histórica, cultural ou social, é geralmente a parte mais frágil. Assim, a discriminação positiva, por meio de ações afirmativas como a Lei Maria da Penha, é uma forma de assegurar a igualdade substancial, isto é, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades.

Dentre os que vêem a Lei n. 11.340/06 como um mecanismo instrumentalizador do princípio da igualdade, cita-se a Des.<sup>a</sup> MariaBerenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que assim leciona:

Aliás, é exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais. Para as diferenciações normativas serem consideradas não discriminatórias, é

indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável. E justificativas não faltam para que as mulheres recebam atenção diferenciada. O modelo conservador da sociedade coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão tornando-a vítima da violência masculina. Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Por isso se fazem necessárias equalizações por meio de discriminações positivas, medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório. Daí o significado da lei: assegurar à mulher o direito à sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

Nesse viés, a Lei Maria da Penha não fere o princípio da igualdade estampado no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, pois visa a proteção das mulheres que sofrem com a violência dentro de seus lares, delitos que costumam cair na impunidade. Por este mesmo fundamento a Lei não fratura o disposto no inciso I, do mesmo dispositivo constitucional, porque o tratamento favorável à mulher está legitimado e justificado por um critério de valoração, para conferir equilíbrio existencial, social, etc. ao gênero feminino. É a igualdade substancial e não só a formal em abstrato perante o texto da Constituição (art. 5.º, I). Portanto, a Lei Maria da Penha é constitucional, porque serve à igualdade de fato e como fator de cumprimento dos termos da Carta Magna (*A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55-56).

A constitucionalidade da referida lei está sendo objeto de controle concentrado por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19, ajuizada pelo Presidente da República e que tem como relator o Min. Marco Aurélio, feito que se encontra pendente de julgamento.

A par de toda esta controvérsia, tem-se que a situação delineada nestes autos é muito peculiar, dada a especial condição da vítima que, não obstante seja civilmente identificada como um indivíduo do sexo masculino, registrado com o nome de E. de O. R. (fl. 14), submeteu-se a cirurgia reparadora para definir-se pelo sexo feminino, dado que apresentava quadro de hermafroditismo.

Das declarações prestadas pela vítima à autoridade policial, destaca-se:

[...] que o declarante esclarece que há quatro anos submeteu-se a cirurgia com o fito de definir-se no sexo feminino posto que apresentava hermafroditismo, com presença de ambas as características; que o declarante afirma que já ingressou em Juízo no Estado do Rio Grande do Sul, com requerimento para alteração de sua documentação, para constar o nome feminino ao invés do que ainda consta em seu registro civil; que em razão desse fato anteriormente descrito, o declarante apresenta-se como "FABIOLA" [...] (fl. 15 do IP).

Na práxis médico-legal, o hermafroditismo, também denominado intersexualismo, define-se pela presença, em um mesmo indivíduo, de caracteres morfológicos tanto do sexo masculino quanto do sexo feminino, sendo, portanto, uma anomalia física que não deve ser confundida com o

transexualismo, o homossexualismo ou o travestismo, estes, fenômenos de ordem psíquica.

A fim de evitar tal confusão, traz-se à baila a conceituação dada por Delton Croce e Delton Croce Júnior para algumas destas ocorrências:

Diferem entre si o homossexualismo, o intersexualismo, o transexualismo e o travestismo, convindo ser essas nomenclaturas bem definidas para evitar confusões, especialmente entre leigos. Ocorre o intersexualismo sempre que houver discordância ou conflito entre um ou mais dos caracteres orgânicos mas não psíquicos do sexo (sexo genético, fenotípico, gonadal, hormonal, cromatínico etc.).

Integram o intersexualismo as síndromes androgenitais, de Turner, de Klinefelter, do testículo feminizante, bem como o pseudo-hermafroditismo [...]; é defeito físico que interessa ao Direito, por ser anulável o matrimônio em que uma das partes é, por exemplo, hermafrodita [...]

No transexualismo não ocorre nenhuma alteração anatômica ou hormonal; a genitália externa e os testículos ou ovários mostram desenvolvimento normal. Aqui sucede discordância ou conflito entre os caracteres orgânicos e psíquicos do sexo (sexo psicológico). [...] (*Manual de medicina legal*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 688/689).

Completando a conceituação, transcreve-se a lição do professor Helio Gomes, que define o travestismo como "um desvio do sexo no qual o indivíduo se sente atraído pelas vestes do sexo oposto", enquanto o homossexualismo "leva os indivíduos a sentirem-se atraídos por outros do mesmo sexo, com repulsa absoluta ou relativa para os do sexo oposto" (*Medicina legal*. [atualizador: Hygino Hercules]. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 468 e 476).

Estabelecida esta distinção, fica fácil compreender porque a cirurgia reparadora em pessoa hermafrodita dispensa toda a formalidade exigida para a realização das cirurgias de "mudança de sexo" em transexuais. Enquanto a realização da cirurgia nesse último caso (permitida no Brasil apenas a partir de 1997) deve obedecer aos critérios estabelecidos na Resolução n. 1.652/02 do Conselho Federal de Medicina e na Portaria n. 1.707/08 do Ministério da Saúde, o procedimento cirúrgico para definição do sexo nos intersexuais - já que tendente a reparar um defeito físico - pode ser realizado tão logo seja constatada a existência do sexo dúbio e sem necessidade de qualquer autorização.

Maria Helena Diniz, sob a ótica do biodireito, discorre acerca da cirurgia para adequação do sexo em hermafroditas:

Não se pode duvidar da licitude da cirurgia reparadora nos estados intersexuais, e, quanto mais cedo for feita, maior será a adaptação socio-psicossexual, porque no hermafroditismo há uma indeterminação sexual; o hermafrodita ou o pseudo-hermafrodita têm órgãos externos masculinos e

internos femininos ou vice-versa. A intervenção cirúrgica visa a determinação sexual, sendo, portanto, corretiva, pois o intersexual não tem a preocupação de manter um sexo ou outro, mas de definir a qual pertence, devido a sua sexualidade dúbia. Daí a aceitação jurídica dessa cirurgia e, conseqüentemente, da retificação do prenome e do sexo no registro civil. Possível é ao intersexual operado a obtenção de uma nova cédula de identidade, bastando que a perícia médica biológica venha atestar pseudo-hermafroditismo ou hermafroditismo. É lícita a retificação no registro civil de hermafrodita, definido o sexo predominante através de operação cirúrgica ou reparadora, assumindo prenome compatível (RT, 444:91 e 672:108). O intersexuado operado devidamente tem aptidão para o casamento, mas deverá informar o futuro cônjuge de sua situação anterior, porque, se este vier a ter conhecimento do fato após o matrimônio, poderá, ante a insuportabilidade da vida em comum, pedir a anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa (*O estado atual do biodireito*. 4. ed. rev. e atual. conforme a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 254/255).

Extrai-se dos autos que tanto o hermafroditismo da ofendida quanto a realização da cirurgia reparadora são reconhecidos e admitidos, tanto por ela quanto pelo indiciado, tendo ele asseverado à autoridade policial:

[...] que o interrogando admite que teve um relacionamento de namoro com "Fabiola/Evandro" durante cinco anos, quando ambos residiam no município de Passo Fundo/RS; que, o interrogando alega que algumas das cirurgias reparadoras a que se submeteu "Fabiola/Evandro" há três anos, foram custeadas pelo trabalho do interrogando [...] (fl. 5 do IP).

Diversamente do que ocorre no âmbito civil, em matéria penal não se dispensa a prova dos fatos admitidos ou reconhecidos pelas partes. Por certo, foi com base nessa premissa que o suscitante entendeu que as declarações prestadas pelos envolvidos, por si sós, não acarretariam o deslocamento da competência e a subsunção dos fatos narrados no inquérito policial aos ditames da Lei Maria da Penha.

Todavia, os tempos atuais exigem que o operador do direito esteja atento e sintonizado com as transformações sociais, evitando, por vezes, que o rigor da lei e o formalismo exagerado suplantem os direitos e garantias individuais.

Nessa linha, cabe trazer à baila lição da Des.<sup>a</sup> Maria Berenice Dias, na qual discorre com maestria sobre o espírito que deve estar incutido no julgador ao apreciar questões tão delicadas quanto a posta em estudo:

A sociedade organizada outorga ao Poder Judiciário o encargo de fazer justiça. Cabe questionar: estão os juízes se desincumbindo do dever de dar a cada um o que é seu? A resposta negativa se impõe. No próprio âmbito da jurisdição, os mais mezinhos direitos humanos são violados.

A lei não consegue acompanhar o acentuado desenvolvimento econômico, político e social dos dias de hoje. Não há condições de albergar todos os fatos sociais dignos de regramento. Os juízes precisam se conscientizar de que as

regras legais não podem servir de limites à prestação jurisdicional. Ao que escapa da normatização ordinária, precisa encontrar uma resposta nos direitos fundamentais que cada vez mais vêm buscando guarida em sede constitucional. A Constituição Brasileira elegeu como seu dogma maior a dignidade da pessoa humana, calcado nos princípios da igualdade e liberdade.

Principalmente os vínculos interpessoais, muito mais sensíveis às mudanças sociais, não se comportam no âmbito da legislação tradicional. O surgimento de novos paradigmas leva à necessidade de rever os modelos preexistentes, impondo interpretações criativas. Mister reconhecer que a liberdade é um dos pilares do direito e que a igualdade está calcada muito mais no reconhecimento da existência das diferenças.

[...]

Assim, neste novo século, marcado por profundas transformações, é necessário pensar e repensar a relação entre o justo e o legal. Descabe buscar subsídios nas regras de direito posto, que não prevêm as situações novas. Sob o fundamento de inexistir previsão legal, o juiz não pode se omitir e simplesmente negar direitos.

Tendo como norte a necessidade de assegurar os direitos humanos dentro de toda a sua plenitude, subjetiva e objetiva, individual e social, é que a Justiça pode vencer a pecha - para não dizer a realidade - de ser um Poder incompetente e sacralizador de injustiças (*A justiça e os direitos humanos*. Disponível em <<http://www.mariaberenice.com.br>> Acesso em: 15 jun.2009).

É por isso que, para a resolução do conflito em tela, não há como desconsiderar a peculiar situação vivenciada pela ofendida que, malgrado não existir essa indicação em seus documentos de identificação civil, é reconhecida como mulher, tanto pela medicina quanto pelas pessoas de seu convívio social. Além disso, tal condição foi materializada após a realização da cirurgia reparadora que a tornou, definitivamente, uma mulher, **sendo, portanto, destinatária dos mecanismos de proteção elencados pela Lei n. 11.340/06.**

**Negar a aplicação desse diploma legal implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma fundamental preconizada no inciso III do art. 1.º da Constituição Federal.**

Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Corrêa, acerca da admissão do hermafrodita como sujeito passivo da violência doméstica, pontuam:

Quanto aos casos de intersexualismo, também denominados de hermafroditismo, já se disse que ocorrem quando um indivíduo possui simultaneamente características de ambos os sexos, devendo se submeter à cirurgia para adequação do sexo genético, gonadal e fenotípico, que deve ser realizada após um estudo detalhado da identidade e do sexo psicossocial desenvolvido. Portanto, não se trata de uma opção do indivíduo ao longo de sua vida, pois o hermafrodita já nasce com ambos os sexos, tratando-se de uma anomalia genética, que deve ser analisada sob diferente prisma,

admitindo-se que o hermafrodita capaz de comprovar tal situação, em tendo se definido, após análise médica e psicológica, pelo sexo feminino, passa a ser considerado mulher para todos os fins, podendo, evidentemente, ser tida como sujeito passivo dos delitos em questão (*Direitos humanos das mulheres*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 241).

Por estes fundamentos, entendo que, na hipótese em estudo, não pode ser afastada a competência do juízo suscitante para a homologação do auto de prisão em flagrante, bem como para os demais procedimentos disciplinados pela legislação especial.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do presente conflito negativo de competência e pela sua improcedência, declarando-se a competência do juízo suscitante para a homologação do auto de prisão em flagrante n. 082.09.000094-5 e para os demais atos procedimentais.

## DECISÃO

Ante o exposto, nos termos do voto do relator, a Terceira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, decidiu pela improcedência do presente conflito, declarando competente o juízo suscitante para a apreciação da matéria.

O julgamento, realizado no dia 23 de junho de 2009, foi presidido pelo Exmo. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Alexandre d'Ivanenko. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 29 de junho de 2009.

Roberto Lucas Pacheco