



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

MAÍSA MARTINS DE MELO SOARES

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA ÀS MULHERES
TRANS**

FORTALEZA
2018

MAÍSA MARTINS DE MELO SOARES

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA ÀS MULHERES
TRANS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Hermenêutica Jurídica.

Orientador: Prof. Dra. Gretha Leite Maia

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- S655p Soares, Máisa.
A possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans / Máisa Soares. – 2018.
60 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Profa. Dra. Gretha Leite Maia.
1. Lei Maria da Penha. 2. Teoria de Género. 3. Violência Doméstica e Familiar. 4. Mulheres trans. 5.
Hermenêutica Jurídica. I. Título.

CDD 340

MAÍSA MARTINS DE MELO SOARES

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA ÀS MULHERES
TRANS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Hermenêutica Jurídica

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Gretha Leite Maia (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Thaynara Andressa Frota Araripe
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Às inúmeras Marias e Dandaras, violentadas,
porém, nunca silenciadas.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Gerlânia e Jairo, por terem me dado o dom da vida, por terem feito de mim tudo o que sou; traçando o caminho que me fez chegar até aqui.

Ao meu irmão, Matheus, por sempre ter sido alicerce e afago.

À Profa. Dra. Gretha Leite Maia, por ser uma inspiração profissional e pela excelente orientação.

Aos professores participantes da banca examinadora Me. Raul Carneiro Nepomuceno e Bel. Thaynara Andressa Frota Araripe pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

Aos meus orientadores de estágio profissional, Dr. Antônio Ricardo Brígido Memória e Dr. José Salvador de Paiva Cordeiro, pelos valiosos ensinamentos a mim passados.

A todos os meus professores, desde o ensino infantil, que contribuíram com cada pedra que forma a construção do meu conhecimento.

A todos os meus amigos, especialmente, aqueles que dividiram comigo o amargo e a doçura de vivenciar a Faculdade de Direito.

E a todos que, de alguma forma, caminharam junto a mim nessa jornada.

“me levanto
sobre o sacrifício
de um milhão de mulheres que vieram antes
e penso
o que é que eu faço
para tornar essa montanha mais alta
para que as mulheres que vierem depois de
[mim
possam ver além”
-legado
Rupi Kaur

RESUMO

O trabalho procura averiguar se é possível a aplicação da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, aos casos de violência familiar e doméstica contra mulheres *trans*. Adota como metodologia a pesquisa bibliográfica e o estudo de caso. Busca na doutrina jurídica estudos específicos sobre a Lei Maria da Penha, com o intuito de examinar qual é a sua finalidade social e quais são os seus critérios de aplicação. Investiga, também, nos estudos sobre teoria de gênero qual é a definição de ser mulher, para comparar se mulheres *cis* e mulheres *trans* são socialmente semelhantes. Recorre, ainda, aos ensinamentos sobre hermenêutica jurídica, principalmente sobre interpretação teleológica, com a finalidade de apurar se é possível essa aplicação da Lei. Por fim, utiliza do estudo de um caso concreto para analisar os esforços argumentativos dos juristas no tocante dessa aplicação. Ademais, analisa dois projetos de lei em tramitação no parlamento brasileiro que pretendem estender a proteção da referida lei a essas pessoas. Conclui que mulheres *trans* e mulheres *cis* são socialmente semelhantes, portanto fazem jus à proteção da Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Teoria de gênero. Violência doméstica e familiar. Mulheres trans. Hermenêutica Jurídica.

ABSTRACT

The work seeks to determine if it is possible to apply the Maria da Penha Law, Law number 11.340 of 2006, to the cases of domestic violence against transgender women. It adopts as methodology the bibliographic research and the case study. The survey looks at the legal doctrine for specific studies about the Maria da Penha Law, in order to examine what is the social purpose and the application criteria of this law. As well, it investigates in gender-based studies what is the definition of being a woman, to compare if cis women and trans women are socially similar. The study also consults the teachings of legal hermeneutics, especially in teleological interpretation, in order to ascertain if this application of the Law is possible. Finally, it uses a case study to analyze the argumentative efforts of jurists regarding this application. In addition, the survey analyzes two bills in the Brazilian parliament that intend to extend the protection of the Maria da Penha Law to these people. It concludes that trans women and cis women are socially similar, therefore they deserve the protection of the Maria da Penha Law.

Keywords: Maria da Penha Law. Gender Theory. Domestic Violence. Trans Women. Legal Hermeneutics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEDAW	<i>Committee on the Elimination of Discrimination against Women</i>
CEJIL	Centro pela Justiça e o Direito Internacional
CID	Classificação Internacional de Doenças
CLADEM	Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
LGBTQ+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, <i>Queer</i> ou Questionando. O + significa o espectro de gênero e sexualidade que as letras não descrevem
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OEA	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
OMS	Organização Mundial de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-DF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TMM	<i>Trans Murder Monitoring</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI MARIA DA PENHA	16
2.1	Lei Maria da Penha: um marco histórico	16
2.2	A Lei Maria da Penha e o Princípio da Isonomia	17
2.3	Particularidades normativas da Lei Maria da Penha	19
2.4	A violência doméstica e familiar contra a mulher	21
2.5	As medidas protetivas de urgência	25
2.6	O art. 4º da Lei Maria da Penha e a interpretação teleológica	28
3	A QUESTÃO DE GÊNERO: UMA ANÁLISE SOBRE OS CONCEITOS DE GÊNERO E DE TRANSDENTIDADE	30
3.1	O gênero e o sexo	30
3.2	O gênero e a orientação sexual	32
3.3	O conceito de mulher	33
3.4	A transidentidade	37
3.5	A transidentidade e os direitos	39
3.6	A transidentidade e a violência	41
4	A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO E DA APLICAÇÃO: A LEI MARIA DA PENHA É PARA TODOS?	43
4.1	A interpretação da Lei Maria da Penha	43
4.2	Os sujeitos da Lei Maria da Penha à luz da interpretação teleológica	46
4.3	Aplicação da Lei Maria da Penha às pessoas <i>trans</i>: estudo de caso	49
4.4	Tentativas legislativas	51
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

Este estudo originou-se a partir da palestra proferida pela Delegada Yasmin Ximenes, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, onde ela defendia o atendimento de mulheres *trans* nas Delegacias de Proteção à Mulher, conforme portaria emitida pelo Governo do Estado do Ceará.

Essa possibilidade gerou uma indagação: o que aconteceria depois de realizado o atendimento? Seria legalmente possível a aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres *trans*?

Para responder essas indagações, o presente trabalho adotou a metodologia da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como o método do estudo de caso. Trata-se, assim, de pesquisa bibliográfica e analítica. Foram selecionados, na doutrina jurídica, estudos voltados especificamente à Lei Maria da Penha, com o intuito de conhecer seus institutos, como também de delinear a sua finalidade social e seus critérios de aplicação. Mostrou-se que a finalidade social da referida lei é a proteção das mulheres e que, dentre outros critérios, o sujeito passivo da norma precisa ser mulher.

Todavia, a mera análise do diploma legal não se mostrou suficiente para responder as indagações que motivaram este estudo. Originou, na verdade, outra indagação: o que, de fato, é ser mulher? Para responder essa outra pergunta, recorreu-se aos estudos sobre teoria de gênero, em especial, da autora Judith Butler. Dessas pesquisas, concluiu-se que, para ser mulher, é preciso se sentir como uma. Assim, mulheres *cis* e mulheres *trans* são socialmente semelhantes.

A partir disso, retornou-se ao estudo da Lei Maria da Penha, dessa vez, com enfoque hermenêutico, abordando, principalmente, no que consiste e como deve ser utilizada a interpretação teleológica. À luz da interpretação teleológica foram revistos os critérios que definem quem pode ser o sujeito ativo e o sujeito passivo da Lei Maria da Penha.

No tocante da aplicação da lei, foi realizado estudo de caso específico onde a Lei Maria da Penha foi aplicada em favor de uma mulher transexual. O referido caso foi escolhido para figurar no presente trabalho devido ao seu caráter inovador. Ademais, foi escolhido em detrimento de outros casos semelhantes por se tratar de apreciação feita em segundo grau de jurisdição. Assim, foram examinados os argumentos utilizados pelos magistrados em favor da aplicação da lei, comparando-os com os estudos analisados neste trabalho.

Percebeu-se que os esforços argumentativos se davam em razão da omissão legislativa quanto à tutela das mulheres *trans*. Nesse sentido, procurou-se, também, observar

dois projetos de lei que tramitam no parlamento brasileiro que pretendem estender a proteção da Lei Maria da Penha a essas mulheres. Considerou-se que ambos os projetos carregam erros teóricos que podem prejudicar o alcance do objetivo de sanar a omissão legislativa. Tais erros seriam decorrentes da falta de aproximação dos poderes Legislativo e Judiciário com os estudos sobre teoria de gênero.

Os resultados alcançados indicam que a mudança legislativa representaria um avanço na conquista dos direitos das mulheres *trans*, garantindo-lhes a segurança jurídica. Todavia, a ausência de previsão legal não desautoriza a aplicação da Lei Maria da Penha nesses casos. Pois, a referida lei é voltada à proteção das mulheres. Assim, como mulheres *trans* e mulheres *cis* possuem papel social semelhante, a aplicação em favor das primeiras não prejudicaria a segurança jurídica, pelo contrário, favoreceria a realização da finalidade social da Lei Maria da Penha.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

2.1 Lei Maria da Penha: um marco histórico

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso I, reconhece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Todavia, o reconhecimento formal da igualdade de direitos não significa, necessariamente, que, no cotidiano, o tratamento oferecido às mulheres é igual aquele oferecido aos homens.

Nesse sentido, Basterd (2011) afirma que a luta dos movimentos feministas não se encerra no mero reconhecimento da igualdade de direitos, pois, esse reconhecimento não traz o imediato gozo dos mesmos. E, no tocante dos direitos das mulheres, embora reconhecidos pela Constituição desde 1988, a luta feminista por igualdade, incluindo a igualdade nas relações familiares, perdurou – e ainda perdura – por bastante tempo.

Prova disso é a mulher que deu o nome à lei que será estudada neste capítulo. Como narra Melo (2014), Maria da Penha Maia Fernandes é uma biofarmacêutica cearense que sofreu duas tentativas de homicídio provenientes de seu, então, marido. Entretanto, seu algoz foi condenado apenas a dois anos de reclusão, dezenove anos depois da primeira tentativa.

Por isso, Maria da Penha, apoiada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), formalizou uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA). O Estado brasileiro foi, nessa ocasião, condenado, determinando-se que fosse paga uma indenização à Maria da Penha e recomendando-se que fosse criada uma legislação voltada aos casos de violência doméstica.

Assim surgiu a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, voltada, especialmente, à criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher:

A Lei 11.340/06 veio para realizar essa obrigatoriedade e suprir a lacuna infraconstitucional. Nesse sentido, a edição da Lei Maria da Penha sintetizou, no campo legislativo e normativo, o cumprimento pelo Estado brasileiro de suas obrigações internacionais decorrentes da Convenção CEDAW¹ [*Committee on the Elimination of Discrimination against Women*] (CAMPOS, 2011, p. 177).

Para Basterd (2011), a promulgação dessa lei representou mais que o

¹Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pelas Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984.

reconhecimento formal dos direitos das mulheres, representou, também, um impacto social para a possibilidade de realização desses direitos:

Esse processo redundou, também, no aprofundamento do debate público sobre a violência de gênero e sobre as limitações do exercício da cidadania pelas mulheres. Significou, ainda, a incidência sobre políticas públicas para além da demanda legislativa. Nesse sentido, a ação de *advocacy* das organizações e movimentos feministas foi um exemplo de pressão sobre o Estado para retirá-lo do espaço de omissão legislativa em relação aos direitos humanos das mulheres. (BASTERD, 2011, p. 15 e 16).

Não se pode negar, dessa forma, que a Lei nº 11.340/2006 simboliza um marco para o reconhecimento e para a efetivação dos direitos femininos na legislação brasileira. Segundo Basterd (2011), baseada em documentos internacionais, a Lei Maria da Penha passou a considerar a violência contra a mulher uma violação aos direitos humanos e expressa a responsabilidade do Estado de não só punir os agressores, mas também de criar mecanismos de prevenção.

2.2. A Lei Maria da Penha e o Princípio da Isonomia

Outro sentido importante da Lei Maria da Penha, apontado por Fernandes (2013), é da Lei como instrumento de expressão constitucional. Uma vez que a Constituição estabelece a realização da justiça social como um dos objetivos da República. Para essa autora, não há possibilidade de realização de justiça social sem que haja igualdade, em seu sentido material, entre homens e mulheres, inclusive no âmbito das relações sociais de afeto e das relações familiares.

Na mesma perspectiva, Campos (2011) afirma que a Lei Maria Penha é uma forma de dar efetividade ao mandamento constitucional de proteção à família:

A obrigatoriedade de proteção, pelo Estado, de cada integrante da família é decorrência expressa do estabelecido constitucionalmente. Nesse sentido, a Lei Maria da Penha ao criar mecanismos para coibir a violência contra mulheres no âmbito doméstico e familiar projeta a aplicabilidade da norma constitucional aos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, irradiados a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana [...]

É evidente que se não houver respeito à vida e integridade física e psíquica das mulheres, se não lhes for assegurada condições mínimas para uma existência respeitada e se sua intimidade for violada, a dignidade estará seriamente comprometida. É por isso que o exercício da violência no espaço doméstico e familiar representa uso arbitrário do poder, violação expressa dos direitos fundamentais e negação da dignidade humana. (CAMPOS, 2011, p. 175)

Para Fernandes (2013), a Lei Maria da Penha modificou o entendimento sobre as relações familiares e de afeto, a priori, pertencentes ao âmbito privado, e levadas pela Lei ao âmbito público, estabelecendo, inclusive, uma discriminação considerada positiva:

Pelo sistema multidisciplinar de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, a lei permite aos aplicadores transformar o Direito em uma realidade de justiça. E o tratamento diferencial estabelecido é imprescindível para se proteger a mulher, tratando-se de uma discriminação positiva. (FERNANDES, 2013, p. 83).

Justamente por proporcionar essa aparente diferenciação entre homens e mulheres, questionou-se a constitucionalidade da Lei nº 11.340/2006 por suposta ofensa ao princípio da isonomia². Sobre essa possibilidade, afirma Lenio Streck:

A Lei Maria da Penha, votada democraticamente pelo Parlamento brasileiro, discutida no âmbito da esfera pública, não sofre de vício de inconstitucionalidade. E isso por várias razões. Trata-se de uma Lei que preenche um *gap* histórico, representado por legislações anteriores que discriminavam as mulheres e, se não as discriminavam explicitamente, colocavam o gênero feminino em um segundo plano. (STRECK, 2011, p. 100).

Nesse diapasão, a Lei Maria da Penha não fere o princípio da isonomia. Na verdade, a diferenciação realizada pela referida lei permite a realização desse princípio em seu sentido material.

Novelino (2016), afirma que a igualdade possui duas dimensões: uma formal e uma material. A formal corresponde à noção de que todos são iguais perante a lei. Entretanto, tal concepção mostrou que dispender tratamento igual a indivíduos em situações sociais distintas acaba gerando diferenciações arbitrárias, que se mostraram injustas. Dessa forma, delineou-se a concepção material da isonomia, que representa a visão aristotélica de tratamento diferenciado a indivíduos diferentes na medida de suas diferenças.

Hans Kelsen já afirmava a necessidade dessa diferenciação:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções [...] (KELSEN, 1998, p. 99)

Assim, a Lei Maria da Penha, já em seu art. 1º, estabelece essa diferenciação: “Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a **mulher** (...)” (BRASIL, 2006, online) [grifei]. Nota-se que esse dispositivo já estabelece quem seria o sujeito passivo, ou seja, a mulher. Destarte, infere-se que essa norma não poderia abranger os casos de violência doméstica e familiar contra o homem.

Para Ferreira (2008), tal discriminação se faz necessária, não só pelas diferenças sociais entre homens e mulheres, mas também em razão de questões numéricas derivadas dessa desigualdade histórica: “Diante das estatísticas, as mulheres têm maiores chances de ser

² Princípio constitucional que determina que todos são iguais perante à lei.

agredidas pelo companheiro do que, de forma ocasional, por um desconhecido, demonstrando a situação de hipossuficiência em que se encontra”. (FERREIRA, 2008, p. 55).

Além disso, para Valéria Diez Scarance Fernandes, essa diferenciação é essencial para dar efetividade à Lei Maria da Penha:

A efetividade da Lei Maria da Penha, depende de uma adequada compreensão do princípio da igualdade, reconhecendo-se a situação de vulnerabilidade da mulher. A igualdade material tem aplicação para resguardar bens jurídicos como a vida, integridade física e psíquica, daí porque se justificam a aplicação de institutos protetivos em detrimento do homem. (FERNANDES, 2013, p. 88).

Dessa forma, conforme Dias (2007), a Lei Maria da Penha, semelhante ao Estatuto do Idoso, por exemplo, criou um microssistema diferenciado baseado no gênero da vítima, no qual, se tratam os desiguais de forma desigual. O que não configura inconstitucionalidade, mas uma forma de praticar o princípio da igualdade substancial.

2.3. Particularidades normativas da Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha tem um caráter singular, como mostra José Armando Ponte Dias Junior:

Em síntese, a Lei Maria da Penha é uma legislação que, a par de um caráter repressivo, ostenta cunho essencialmente preventivo e assistencial, criando mecanismos aptos a coibir com maior eficiência a violência contra a mulher, amparando-a quando se encontre em um contexto de violência doméstica e familiar. (DIAS JÚNIOR, 2009, p. 114).

Assim, a Lei nº 11.340/2006 possui normas que estabelecem conteúdos diversificados. Por exemplo, o art. 8^o³ institui mecanismos de políticas públicas de prevenção

³Art. 8o A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1o, no inciso IV do art. 3o e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

à violência doméstica. Já o art. 12⁴, cria procedimentos policiais diferenciados para o atendimento das vítimas de violência domésticas. Tais dispositivos normativos possuem aspectos particulares, o primeiro demonstra um aspecto administrativo, ou seja, voltado ao Poder Público, instituindo um conjunto de medidas integradas que devem ser estabelecidas para os fins de prevenção. Já o segundo, tem um aspecto procedimental, estabelece procedimentos que devem ser adotados pela autoridade policial.

Isso demonstra o caráter complexo da Lei Maria da Penha. Isto é, toda a lei é permeada por institutos jurídicos diversificados, que possuem caráter descritivo (art. 7º, define as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher), administrativo (já citado art. 8º), procedimentais ou processuais (título IV), entre outros. Por isso, pode se dizer que a Lei Maria da Penha criou um microsistema singular para abarcar os casos de violência de gênero.

Para Nascimento (2012), uma das maiores inovações trazidas pela Lei Maria da Penha está no fato de ela expor uma visão ampliada do fenômeno da violência doméstica contra a mulher, para além de uma legislação meramente repressiva, incorporando as demandas por serviços integrados e por medidas protetivas e preventivas.

Assim, a Lei nº 11.340/2006, embora esteja inserida dentro do contexto de

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

⁴ Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

violência, não pode ser considerada apenas como uma lei penal material. Na verdade, ela sequer se dedica a criar novos tipos penais, exceto pelo art. 44 que modifica o art. 129 do Código Penal, criando a modalidade de lesão corporal baseada no gênero e o, recentemente, incluso art. 24-A que cria o tipo penal: descumprimento de medida protetiva de urgência.

Em seu caráter repressivo, ainda conforme Dias Júnior (2009), a Lei Maria da Penha apenas remete a tipos penais comuns, acrescentando-lhes elementos especiais. Desse modo, quando o tipo penal da lesão corporal leve (art. 129, *caput*, Código Penal), por exemplo, leva elementos caracterizadores da violência doméstica e familiar contra a mulher, passa a integrar o microsistema da Lei Maria da Penha, devendo inclusive, seguir suas regras procedimentais. Assim, para que possamos saber quando se deve aplicar a Lei Maria da Penha, é preciso averiguar a existência de seus elementos caracterizadores.

2.4. A violência doméstica e familiar contra a mulher

Como já abordado anteriormente, a Lei Maria da Penha é voltada especificamente aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Desse modo, os elementos caracterizadores que levam uma situação fática a integrar o microsistema da Lei Maria da Penha são dois: o sujeito passivo ser uma mulher e existir uma situação de violência doméstica e familiar contra a ela. As implicações dessa definição de sujeito passivo serão abordadas posteriormente no presente trabalho. Neste ponto, será tratada a violência doméstica e familiar.

Para Queiroz (2008), o significado mais frequente de violência consiste no uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo contra a vontade dela própria. Assim, violentar alguém é constranger, tolher a liberdade, incomodar ou impedir que o outro manifeste seu desejo e sua vontade.

Nesse sentido, art. 5º, *caput*, da Lei nº 11.340/2006 estabelece a definição de violência doméstica e familiar: “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” (BRASIL, 2006, p. online). Vê-se que a lei trata a violência doméstica e a violência familiar como duas figuras distintas, não por acaso.

Segundo Leitão (2009), a violência doméstica é aquela que ocorre entre pessoas que formam uma comunidade familiar, o que não se exige, necessariamente, um vínculo de parentesco entre elas. Ressalta-se que o ato de violência não precisa ser cometido dentro do

espaço físico da residência. Desse modo:

(...) a violência ocorrida na rua, no trabalho, ou outros espaços, que seja perpetrada por marido ou ex-marido, companheiro ou ex-companheiro, namorado ou ex-namorado, amante ou ex-amante, e ainda outros parentes ou moradores da mesma casa que tenham ou não vínculo familiar, também deverá ser considerada de competência da Lei Maria da Penha (SIMIONE; CRUZ, 2011, p. 189).

Dessa forma, Magalhães (2009) afirma que a violência doméstica pode ocorrer, inclusive, no âmbito das relações patrão-empregada, pois, essa empregada, mesmo não possuindo uma relação familiar com seus patrões, integra o âmbito doméstico por estar diariamente convivendo na residência.

Já a violência familiar é aquela que se dá entre pessoas que possuem parentesco natural ou cível ou entre pessoas que possuam qualquer relação íntima de afeto, não se exigindo a coabitação. Por isso, Leitão (2009) aduz que a Lei Maria da Penha equiparou todos os institutos de família e civis, conferindo à mulher a proteção reforçada prevista no art. 226, § 8º da Constituição Federal⁵.

Simione e Cruz (2011) destacam também que, quando se fala em relação íntima de afeto, a lei não estabelece qualquer critério de caracterização desse tipo de relação. Dessa maneira, não se exige tempo mínimo de relacionamento. Também não se exige que a relação esteja dentro de um padrão de normalidade aceito socialmente. Nesse diapasão, a lei também abriga as relações de concubinato e as relações poliafetivas, por exemplo:

Qualquer especulação ou interpretação diversa, no sentido de aplicar a Lei somente aos casos de relacionamentos duradouros, estará fundada em concepções pessoais, relacionadas a uma moralidade conservadora em relação a estilos de vida divergentes da norma hegemônica. Por que somente as mulheres casadas ou que vivem em união estável teriam a proteção do Estado em caso de violência doméstica e familiar? As decisões no Superior Tribunal de Justiça são divergentes quanto à aplicação da Lei 11.340/2006 em relações afetivo-sexuais passageiras. Todavia, postulamos que a interpretação a ser empreendida a partir do inciso III, do artigo 5º da Lei Maria da Penha permite sua abrangência para as relações afetivo-sexuais momentâneas ou situacionais (SIMIONE; CRUZ, 2011, p. 190).

Evidencia-se, também, que o parágrafo único, do art. 5º da Lei nº 11.340/2006 dispõe que: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual” (BRASIL, 2006, online). Dessa forma, a lei reconhece que a violência familiar ou doméstica também pode existir no âmbito das relações homoafetivas entre duas mulheres. Assim, a mulher também pode figurar como sujeito ativo na Lei Maria da Penha.

Outra caracterização importante feita pelo *caput* do art. 5º da lei em questão é

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

vincular a violência doméstica e familiar contra a mulher a qualquer ação ou omissão baseada no gênero. Tem-se, aqui, outro fator determinante para averiguar a aplicação da Lei Maria da Penha: a violência deve ser baseada no gênero.

Para Melo (2014), essa disposição consiste num requisito de restrição de aplicação da Lei Maria da Penha, vedando que ela abranja toda e qualquer situação em que a mulher figure como vítima de violência:

‘Baseado no gênero’ significaria, portanto, que a ação ou omissão praticada pelo agressor deu-se em função da vítima ser mulher. Nesse quesito o agressor, dolosamente, violou os direitos humanos da vítima, em atitude discriminatória, como forma de dominação e submissão do gênero feminino (MELO, 2014, p. 41).

Quanto à aplicação da Lei Maria da Penha às relações homoafetivas, indaga-se: como uma mulher pode cometer violência baseada em gênero contra outra mulher? Para Saffioti (2001), inspirada em Bourdieu, na sociedade patriarcal, os homens têm o poder de determinar as condutas de mulheres, de crianças e de adolescentes, recebendo autorização ou, pelo menos, tolerância da sociedade para punir o que consideram como desvio. Isso cria a chamada violência simbólica, uma vez que a relação de dominação já se encontra naturalizada no seio social e incorporada, inclusive, pelas categorias dominadas:

A violência simbólica impregna corpo e alma das categorias sociais dominadas, fornecendo-lhes esquemas cognitivos conformes a esta hierarquia, como já havia, há muito, revelado. É exclusivamente neste contexto que se pode falar em contribuição de mulheres para a produção da violência de gênero. Trata-se de fenômeno situado aquém da consciência (...) (SAFFIOTI, 2001, p. 118 e 119).

Para Queiroz (2008), esse é o tipo de violência mais sutil, certa dominação deixada nas sombras. Desse modo, a própria mulher passa a incorporar comportamentos de dominação masculina, de forma inconsciente, e passa a violentar seu semelhante.

Avante, o art. 6º da Lei 11.340/2006 estabelece a violência doméstica e familiar contra a mulher como uma violação aos direitos humanos. Para Piovesan e Pimentel (2011), a arquitetura protetiva dos direitos humanos das mulheres reflete em seu desenvolvimento as várias facetas e vertentes do movimento feminista:

Enquanto um construído histórico, os direitos humanos das mulheres não traduzem uma história linear, não compõem uma marcha triunfal, nem tampouco uma causa perdida. Mas refletem, a todo tempo, a história de um combate, mediante processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana, como invoca, em sua complexidade e dinâmica, o movimento feminista, em sua trajetória plural. (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011, p. 101).

Para as autoras, as violações mais graves aos direitos humanos fundam-se na dicotomia eu *versus* o outro. Ou seja, as diferenças servem para conceber o outro como um ser inferior, menor em dignidade e em direitos. Nesse sentido, também se concebe a violência familiar e doméstica contra a mulher, na qual a mulher é tida como ser inferior merecedor de

violação.

Nessa perspectiva, segundo Marcondes (2010), desde 1993, na Conferência de Viena, a comunidade internacional reconhece os direitos das mulheres como direitos humanos, a partir disso, passou-se a considerar a violência contra a mulher uma violação aos direitos humanos:

A Conferência de Viena, realizada em 1993, afirmou a responsabilidade do Estado no que diz respeito à violência doméstica. Por ocorrer no espaço familiar, entre indivíduos privados, e, portanto, fora do campo tradicional dos Direitos Humanos, demarcado pelas relações entre o governo e a sociedade civil ou entre o indivíduo e o Estado, não era entendida como uma violação desses direitos. (MARCONDES, 2010, p. 22 e 23).

Assim, o reconhecimento da violência familiar e doméstica contra a mulher como violação aos direitos humanos representa o compromisso internacional do Estado brasileiro de assegurar os direitos das mulheres:

A Lei 11.340/2006, que trata da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, também conhecida como Lei Maria da Penha, foi editada para atender as recomendações internacionais, com o objetivo de alcançar uma resposta efetiva contra a violência doméstica e familiar desempenhada, e concebeu, sob a perspectiva de gênero, a imperiosidade de promover e assegurar o respeito à dignidade e à igualdade da mulher. Tem ainda, o escopo de encontrar uma solução integral e multidisciplinar para a questão da violência contra a mulher, inclusive com medidas de sensibilização e capacitação de profissionais de diversas áreas, para dar concretude a um sistema jurídico atento aos Direitos Humanos em conformidade com o Estado Democrático de Direito. (MARCONDES, 2010, p. 74).

Ademais, o art. 7^o da Lei Maria da Penha exemplifica as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Tem-se por violência física a ofensa à integridade ou à saúde corporal da mulher. Por violência psicológica, o dano emocional, que prejudica a subjetividade e a autoestima da ofendida. Já por violência sexual, tem-se a conduta que fere a liberdade sexual da mulher. Esse conceito não abarca apenas as relações sexuais não

⁶ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria

consentidas, mas também, a limitação quanto aos direitos reprodutivos, como impedir a mulher de utilizar métodos contraceptivos. Por sua vez, a violência patrimonial consiste em todas as condutas que levam a mulher a depender financeiramente do agressor, como a retenção de recursos econômicos, instrumentos de trabalho etc. Por fim, a violência moral é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, injúria ou difamação⁷.

Como já dito, a violência pode assumir inúmeras formas. Vê-se, então, que a lei procura exemplificar tais formas para deixar claro que a violência doméstica e familiar contra a mulher não se confunde apenas com agressões físicas. Nesse sentido, vale ressaltar que esse é um rol exemplificativo, não taxativo, como bem esclarece a expressão ‘entre outras’.

2.5. As medidas protetivas de urgência

Uma das maiores inovações trazidas pela Lei Maria da Penha é a instituição das chamadas medidas protetivas de urgência. Para Melo (2014), tais medidas têm natureza cautelar, assim, exigem para sua aplicação a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Fumus boni iuris é uma expressão que pode ser traduzida para ‘fumaça de bom direito’. Significa que há lastro probatório suficiente para demonstrar a justa causa de aplicação daquela medida. Já o *periculum in mora* pode ser traduzido como ‘perigo na demora’, ou seja, a espera pelo decorrer de todo o processo de conhecimento⁸ poderia gerar um perigo de perda do objeto da ação.

Essa pode ser considerada uma definição mais geral das medidas cautelares. No âmbito do Código de Processo Penal (CPP), segundo Távora (2016), as medidas cautelares pressupõem a presença de *fumus commissi delicti*, ou seja, indícios de autoria e demonstração de materialidade⁹; e *periculum*, que significaria o risco inerente à liberdade plena do agente.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) destina um capítulo para a

⁷ Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. (Todos do Código Penal).

⁸ É a fase do Processo Judicial onde ocorre a produção de provas e se encerra com o proferimento da sentença pelo juiz.

⁹ Materialidade é a comprovação de que o crime, de fato, ocorreu.

chamada tutela provisória, que pode ser de urgência ou de evidência. Dentre as tutelas de urgência, temos a tutela de urgência antecipada e a tutela de urgência cautelar.

Segundo Neves (2016), comumente se diz que a tutela cautelar garante e a tutela antecipada satisfaz, todavia, em ambas encontram-se presentes tanto a garantia, como a satisfação. Assim é importante definir o que forma o objeto da tutela e o que é mera consequência. Já que o objeto da tutela cautelar é garantir o resultado do processo, mas essa garantia permite a futura satisfação do direito. Enquanto a tutela antecipada satisfaz o direito de fato e, ao fazê-lo, permite que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora.

Para Moura (2015), as medidas protetivas de urgência possuem natureza diferenciada e não devem ser confundidas com as cautelares previstas no CPP, tampouco com aquelas previstas no CPC:

As medidas protetivas de urgência possuem natureza autônoma, de caráter satisfativo, e produzirá seus efeitos enquanto permanecer a situação de perigo que a ensejou e não apenas enquanto perdurar uma persecução criminal contra o agressor, se houver. Estas medidas visam a impedir o desamparo ou a proteção insuficiente da ofendida por parte do Estado, independentemente de instauração de procedimentos extrajudiciais ou judiciais e, para tanto, valerá a verossimilhança da palavra da ofendida. Seu deferimento se dá *'inaudita altera par'*, ou seja, sem ouvir a outra parte, dado o seu caráter emergencial e o perigo de perder sua razão de ser, caso o suposto agressor, dela tome conhecimento, antes de sua concessão (MOURA, 2015, p.42 e 43).

Nesse sentido, as medidas protetivas de urgência se diferenciam das demais cautelares porque não é necessária a instalação de um processo, seja criminal, seja cível, para a sua concessão. O fim maior da medida protetiva de urgência é garantir a segurança e incolumidade física da mulher e não um resultado final de um processo. Nessa perspectiva, elas também não possuem prazo de duração e serão concedidas de imediato:

Assim, dado ao seu caráter inovador de proteger direitos fundamentais, inexistindo prazos específicos de duração e possuírem caráter e natureza diferenciadas, são também classificadas juridicamente de cautelares inominadas, na medida em que, apesar de se assemelhar por vezes a tutela cautelar e por vezes a tutela antecipada, salvaguarda características peculiares, que as distanciam das demais, principalmente quando em relação a desnecessidade de ação principal ou a audiência de prazos legalmente estabelecidos para seu vigor ou revogação, perdurando, conforme anteriormente esclarecido, enquanto houver fundada necessidade da vítima. (MOURA, 2015, p. 44).

Não se pode esquecer que as medidas protetivas de urgência desempenham um papel essencial para dar efetividade à Lei Maria da Penha. De acordo com levantamento elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁰, no ano de 2017, surgiram 452.988 novos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Concomitantemente, foram

¹⁰ Conselho Nacional de Justiça, O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha, 2018. Disponível em http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5f271e3f54a853da92749ed051cf3059_18ead26dd2ab9cb18f8cb59165b61f27.pdf (último acesso: 27/08/2018).

concedidas 236.641 medidas protetiva de urgência em todo país. Ou seja, em mais da metade dos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, se faz necessária a concessão de medida protetiva de urgência.

A Lei nº 11.340/2006 divide as medidas protetivas em dois grupos: aquelas que obrigam o agressor (art. 22) e aquelas que se destinam à ofendida (arts. 23 e 24). Para Belloque (2011), a medidas que obrigam o agressor visam à garantia da integridade física, psicológica, moral e material da mulher e de sua família. O elenco de medidas que obrigam o agressor integrante da Lei Maria da Penha foi elaborado pensando-se nas atitudes mais comumente empregadas pelo autor da violência. Todavia, isso não quer dizer que tal rol é exaustivo. Como bem esclarece o § 1º do art. 22 da lei em comento: “As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público” (BRASIL, 2006, online).

Já as medidas destinadas à ofendida, segundo Heerdt (2011), visam à proteção física e patrimonial da mulher, possuindo, majoritariamente, natureza cível. Na maioria das vezes, elas são aplicadas cumulativamente às medidas que obrigam o agressor. Também não constituem rol taxativo, devendo a autoridade judiciária, averiguar qual medida é adequada para cada caso.

Recentemente, a Lei nº 13.641/2018, instituiu o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência com pena de detenção de três meses a dois anos, que passou a figurar no art. 24-A da Lei Maria da Penha. Antes do advento deste tipo penal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹¹, não considerava que o descumprimento de medida protetiva configurava crime de desobediência na forma do art. 330 do Código Penal (CP)¹². Isso porque, para a configuração do crime de desobediência não é necessário apenas o

¹¹ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. AFASTAMENTO DA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. EXISTÊNCIA DE SANÇÕES ESPECÍFICAS DE NATUREZA PENAL, ADMINISTRATIVA OU CIVIL. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que para a configuração do "crime de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexistam a previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento" (HC n.º 115504/SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada), 6.ª Turma, Dje 09/02/2009).

2. Resta evidenciada a atipicidade da conduta, porque a legislação previu alternativas para que ocorra o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha, prevendo sanções de natureza civil, processual civil, administrativa e processual penal.

3. Recurso provido para, reconhecida a atipicidade da conduta, trancar a ação penal.

(RHC 41.970/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 22/08/2014)

¹² Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:
Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

descumprimento de ordem judicial, mas também, que inexista previsão de sanção específica para aquele descumprimento. Como a sanção específica cabível para o descumprimento de medida protetiva de urgência é a prisão preventiva, conforme modificação art. 313, III¹³, do Código de Processo Penal, implicaria a atipicidade da conduta do tipo do art. 330, CP.

Para Ávila (2018), a criminalização é importante, pois, abre a possibilidade de prisão em flagrante quando o agressor estiver descumprindo a medida protetiva sem cometer outro delito em conjunto, por exemplo, quando ele estiver apenas rondando a residência da vítima, o que amplia a segurança da ofendida. Nesses casos, antes do advento do art. 24-A, a mulher deveria se dirigir à autoridade policial, relatar o descumprimento da medida e o Ministério Público iria averiguar a possibilidade de pedir a prisão preventiva, podendo demorar alguns dias. O que, segundo o autor, é um procedimento incompatível com a teleologia da Lei Maria da Penha. Assunto que será discutido no próximo tópico.

2.6. O art. 4º da Lei Maria da Penha e a interpretação teleológica

O art. 4º da Lei Maria da Penha dispõe: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”. (BRASIL, 2006, online). Essa disposição reflete um tipo de interpretação da norma jurídica chamada interpretação teleológica.

Magalhães Filho (2013), ao tratar do art. 5º¹⁴ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, afirma que existem normas sobredireito, que são normas que não incidem diretamente sobre os fatos, mas sobre outras normas, versando sobre o teor hermenêutico e vinculando o comportamento do julgador.

No mesmo sentido, é a o art. 4º da Lei Maria da Penha, que dispõe que a autoridade julgadora não pode se limitar à interpretação gramatical do texto normativo, ou seja, ao conteúdo literal das palavras enunciadas no corpo do texto.

Desse modo, o dispositivo apregoa que, na interpretação, devem ser considerados os fins sociais a que a lei se destina. Nesse diapasão, configura-se a interpretação teleológica

¹³ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(...)

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁴ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

que, segundo Magalhães Filho (2013), é a interpretação que se faz da norma para atingir seu fim, assim, o meio será valorado pela sua aptidão para atingir a finalidade de modo mais efetivo possível: “Dentro dessa premissa, o sentido literal do dispositivo ganha maleabilidade para se subordinar ao fim social colimado” (MAGALHÃES FILHO, 2013, p. 64).

O fim social específico de uma norma, ainda segundo o autor, é a ênfase da sociedade. Assim, como já dito no presente trabalho, o fim social da Lei Maria da Penha é a proteção e o amparo da mulher vítima de violência doméstica.

Campos (2011) relembra que a Lei Maria da Penha criou um microsistema com o objetivo de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, a Lei nº 11.340/2006 criou um sistema jurídico autônomo, que deve ser regido por regras próprias de interpretação, de aplicação e de execução. Razão pela qual se dá a importância da norma do art. 4º:

Esse novo estatuto jurídico, cujo objetivo é proteger, dar assistência e punir a violência, deve ser interpretado à luz dos preceitos constitucionais e dos instrumentos internacionais de direitos humanos que promovem a dignidade e os direitos fundamentais das mulheres, coibindo-se no âmbito das relações domésticas e familiares toda e qualquer forma de violência (CAMPOS, 2011, p. 181 e 182).

Por sua vez, a segunda parte do dispositivo dispõe que devem ser especialmente consideradas as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Sobre as referidas condições peculiares, Campos (2011) afirma que essas dizem respeito à situação de vulnerabilidade específica decorrente da situação de violência.

Uma vez que a violência doméstica e familiar causa abalos psicológicos, principalmente, referentes à autoestima da mulher e abalos à saúde física. Portanto, na aplicação da Lei, a autoridade deve considerar tais condições a fim de prestar a assistência jurisdicional adequada. Além disso, é preciso considerar também, as condições peculiares de cada caso, como a situação de vulnerabilidade financeira, por exemplo.

Ademais, a autora comenta sobre a opção legislativa de utilizar a expressão mulheres em situação de violência doméstica e familiar em vez da expressão vítima:

A mudança operada pela Lei, ao substituir a expressão ‘vítima’ por ‘mulheres em situação de violência’, revela o abandono do lugar vitimizante e o caráter transitório dessa condição. Esse novo lugar indica que a mulher está passando ou vivenciando uma situação de violência que não é permanente, embora em muitos casos possa ser bastante longa. Esse novo significado permite o deslocamento para um lugar de sujeito, assim que cessada a violência ou encontrados os meios para esse movimento (CAMPOS, 2011, p. 178).

Assim, essa mudança pretende simbolizar o rompimento com termos estigmatizantes atribuídos às mulheres em situação de violência, que reforçam as próprias ideias onde germina a violência de gênero: da mulher como ser inferior, como sexo frágil etc.

Diante do exposto, temos que a Lei Maria da Penha representou uma grande conquista feminina, sendo um diploma legal especialmente voltado para a proteção das mulheres. E visando a esse fim é que se deve se dar a aplicação de suas normas.

3 A QUESTÃO DE GÊNERO: UMA ANÁLISE SOBRE OS CONCEITOS DE GÊNERO E DE TRANSIDENTIDADE

3.1. O gênero e o sexo

No capítulo anterior, foi apresentada a Lei Maria da Penha como um diploma legal voltado à proteção das mulheres. Desse modo, se há algum caso de violência doméstica e familiar e a ofendida é mulher, aplica-se a Lei nº 11.340/2006. Esse pressuposto parece óbvio e de fácil aplicação. Todavia, tal simplicidade desvanece a partir de um questionamento: o que, de fato, é uma mulher?

Para responder esse questionamento, no presente capítulo, será feita uma visitação aos principais aspectos da teoria de gênero. Pode-se dizer que a pioneira em abordar tal questão, embora com ressalvas, foi Simone de Beauvoir no clássico ‘O Segundo Sexo’. Para Saffioti (1999), o livro de Beauvoir, mesmo não sendo o primeiro com pretensões científicas, foi o primeiro e mais completo questionamento dos valores que construíram o conceito social de feminino. A obra fundou o que Saffioti (1999) define como primórdios do conceito de gênero.

Nesse sentido, Simone de Beauvoir concebeu a famosa frase “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher” (BEAUVOIR, 2009, p. 726). Isso porque, para Beauvoir (2009) a definição do que é ser mulher não é formada por um fator biológico, psicológico ou econômico. Baseada no existencialismo de Sartre, Beauvoir (2009) define a mulher como ‘O Outro’: uma concepção formada pela própria sociedade patriarcal daquilo que seria o oposto ao homem.

O homem, nesse diapasão, se confunde com o sujeito universal. Assim, apenas a mulher precisa tornar-se mulher, porque é impelida pela sociedade para fazê-lo, enquanto o sujeito masculino é “portador de uma personalidade universal que transcende o seu corpo” (BUTLER, 2003, p. 26). Sobre essa obrigação de tornar-se mulher e sua relação com o gênero, expõe Judith Butler:

Beauvoir diz claramente que a gente ‘se torna’ mulher, mas sempre sob uma compulsão cultural a fazê-lo. E tal compulsão claramente não vem do ‘sexo’. Não há nada em sua explicação que garanta que o ‘ser’ que se torna mulher seja necessariamente fêmea. Se, como afirma ela, ‘o corpo é uma situação’, não há como recorrer a um corpo que já não tenha sido sempre interpretado por meio de significados culturais; conseqüentemente, o sexo não poderia qualificar-se como uma facticidade anatômica pré-discursiva. Sem dúvida, será sempre apresentado, por definição, como tendo sido gênero desde o começo. (BUTLER, 2003, p. 25).

Desse modo, Butler (2003) explica que a teoria de gênero criou uma distinção

entre sexo e gênero, pois o sexo parecia “intratável em termos biológicos” (BUTLER, 2003, p. 22) enquanto o gênero é algo culturalmente construído. Assim, o gênero não é resultado causal do sexo, tampouco pode ser considerado algo fixo como esse. Para a autora, quando o gênero é concebido como radicalmente independente do sexo, ele deixa de se adequar ao modelo binário de sociedade (homem/mulher), se tornando um artifício flutuante.

Porém, Butler (2003) aprofunda-se mais ainda nessa discussão, alegando que nem mesmo o sexo obedece a esse modelo binário e fixo. O sexo, na verdade, também é uma construção social:

Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado ‘sexo’ seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revelasse absolutamente nenhuma. (BUTLER, 2003, p. 23).

No mesmo sentido, também afirma Queiroz (2008) que o sexo e o gênero são uma unidade, uma vez que não existe uma sexualidade biológica que seja independente do contexto social em que é exercida. Porém, segundo a autora, prefere-se utilizar o termo gênero para se afastar da ideia do sexo como imutável em razão da questão anatômica. Nessa perspectiva, o gênero deve ser entendido como uma dimensão meramente descritiva.

Dessa forma, segundo Butler (2003), o gênero e o sexo são construções discursivas, logo, seus limites são estabelecidos de acordo com pensamento cultural hegemônico. Por isso, a noção geral de sexo e de gênero se enquadra no modelo binário e heterossexual. Todavia, como se sabe, a realidade factual não se resume a esse modelo binário. É preciso, assim, ampliar a noção de gênero:

O gênero é uma complexidade cuja totalidade é permanentemente protelada, jamais plenamente exibida em qualquer conjuntura considerada. Uma coalizão aberta, portanto, afirmaria identidades alternativamente instituídas e abandonadas, segundo as propostas em curso; tratar-se-á de uma assembléia que permita múltiplas convergências e divergências, sem obediência a um telos normativo e definidor (BUTLER, 2003, p. 35).

Ademais, para Butler (2006), o gênero é performativo, ou seja, se dá pela incessante reiteração de determinados padrões comportamentais. No entanto, essa reiteração não é mecânica, tampouco automática. Mesmo que inconsciente, há um desejo individual de assumir aqueles padrões. Pois, o gênero não é algo que se cria sozinho ou que pertence a um só indivíduo, mas que se mostra à coletividade. “Sempre se está ‘fazendo’ [o gênero] com ou para o outro, ainda que esse outro seja somente imaginário¹⁵” (BUTLER, 2006, p. 13, tradução livre).

Do mesmo modo, Butler (2002), afirma que o sexo é, além de tudo, uma

¹⁵ No original: Siempre se está «haciendo» con o para otro, aunque el otro sea sólo imaginario.

categoria normativa. É, pois, uma construção ideal que se materializa através do tempo, não uma condição estática de um corpo. Justamente por ser uma categoria normativa, o sexo existe pela reiteração forçada do padrão normativo. Entretanto, é sabido que os corpos nunca acatam inteiramente às normas. Desse modo, é precisamente essas possibilidades de rematerialização que criam um espaço no qual a própria norma hegemônica pode voltar-se contra si mesma.

Nesse sentido, Butler (2002) aduz, ainda, que para caracterizar-se como sujeito, o corpo deve passar por um processo de apropriação da norma cultural para conseguir sua materialização. Esse processo de assunção de um determinado sexo está vinculado à questão de identificação e de meios discursivos que empregam o imperativo heterossexual, permitindo apenas determinadas identificações sexuais e repudiando outras. É nessa matriz excludente que se dá a materialização dos corpos: uns se transformam em sujeitos, outros são considerados seres abjetos, ou seja, aqueles que não são sequer sujeitos. Esses últimos formam as camadas consideradas invisíveis e excluídas da sociedade.

Todavia, como já dito, Butler (2002) não crê que essa matriz excludente seja fixa. Nesse sentido, afirma a autora:

Na realidade, é possível que tanto a política feminista como a política *queer* (*queerpolitics*) se mobilizem precisamente através de práticas que destacam a desidentificação com aquelas normas reguladoras mediante as quais se materializa a diferença sexual. Tais desidentificações coletivas podem facilitar reconceituação de quais são os corpos que importam e quais corpos haverão de surgir ainda que como matéria crítica de interesse¹⁶ (BUTLER, 2002, p. 21, tradução livre).

Assim, tal exclusão deve servir de base para que essas categorias sociais invisíveis se oponham às normas sociais, lutando para rearticulá-las.

3.2. O gênero e a orientação sexual

Gonçalves (2012) aponta que é comum haver uma confusão entre a questão da identificação de gênero e a orientação sexual. Todavia, como já dito, o gênero se refere a um padrão performativo esperado de um determinado grupo. A identificação de gênero, nesse diapasão, é a forma como o indivíduo se sente e se enxerga em relação a esse determinado padrão.

¹⁶ No original: En realidad, es posible que tanto la política feminista como la política queer (*queerpolitics*) se movilicen precisamente a través de prácticas que destacan la desidentificación con aquellas normas reguladoras mediante las cuales se materializa la diferencia sexual. Tales desidentificaciones colectivas pueden facilitar una reconceptualización de cuáles son los cuerpos que importan y qué cuerpos habrán de surgir aún como materia crítica de interés.

Por outro lado, a orientação sexual diz respeito às relações humanas, à capacidade do indivíduo de se sentir atraído sexualmente ou afetivamente por outra pessoa, seja ela do sexo oposto, seja ela do mesmo sexo.

Assim, a orientação sexual cria os grupos conhecidos como heterossexuais, homossexuais, bissexuais etc. Já a identificação de gênero cria grupos conhecidos como cisgêneros, transexuais, transgêneros, travestis etc.

Ocorre que, como mostra Butler (2002), a norma social hegemônica estabelece um padrão binário e heterossexual. Ou seja, o esperado é que a pessoa que nasce com genitais femininos se identifique como mulher, se relacione com homens e vice-versa. Nesse sentido, tanto aqueles que fogem do padrão heterossexual, como aqueles que fogem do padrão binário acabam sendo marginalizados, havendo, assim, uma identificação de suas demandas políticas, o que levou ao surgimento do movimento *queer*.

Coelho (2016) explica que *queer*, em inglês, é um termo que carrega um significado pejorativo usado para se referir às camadas sociais marginalizadas. Porém, foi adotado pelo movimento LGBTQ+¹⁷, como uma forma de desconstrução das próprias barreiras sociais impostas a essas pessoas:

Neste sentido, ao adotar este nome, a Teoria *Queer* busca trazer uma visão positiva do que antes era considerada uma doença. Inclusive, e principalmente, em relação aos indivíduos que são protegidos por ela. Afinal, não há forma melhor de defesa, do que apropriar-se de um conceito tão negativo e utilizá-lo como ferramenta própria (COELHO, 2016, p. 18).

Assim, por haver essa identificação política entre não-binários e não-heterossexuais é comum que se faça uma confusão entre a identificação de gênero e a orientação sexual, como se uma dependesse da outra. Entretanto, ambas são independentes.

Como demonstra Gonçalves (2012), há um mito em relação à sexualidade das pessoas *trans*. Por exemplo, tradicionalmente, se imaginava que uma transexual mulher se relacionaria com homens, mesmo antes de assumir o gênero feminino, não porque fosse homossexual, mas por que seria uma consequência da identidade feminina. Todavia, de fato, isso não acontece. Dessa forma, a existência de transexuais lésbicas corrobora com a ideia de que a orientação sexual e a identidade de gênero são duas coisas distintas e independentes.

3.3. O conceito de mulher

¹⁷ O termo usado anteriormente era GLS, que significava Gays, Lésbicas e Simpatizantes. Porém, caiu em desuso. Hoje é mais recorrente o uso da sigla LGBTQ+, que significa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, *Queer* ou Questionando. O + significa o espectro de gênero e sexualidade que as letras não descrevem, dando uma ideia de constante evolução. Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/06/sigla-lgbtq-cresce-para-ecoar-amplidao-do-espectro-de-genero-e-sexo.shtml> (último acesso: 30/09/2018).

Bento (2008) indica que, para se reportar às mulheres, geralmente, se recorre às diferenças sexuais entre homens e mulheres. Assim, a mulher é vista como o oposto do homem, o homem incompleto:

Os discursos científicos sobre diferenças biológicas entre homens e mulheres, construídos nos séculos XVIII e XIX, foram antecidos pela rediscussão do novo estatuto social da mulher e do homem. Por volta da segunda metade do século XVIII, as diferenças anatômicas e fisiológicas visíveis entre os sexos não eram consideradas, até que se tornou politicamente importante diferenciar biologicamente homens e mulheres mediante o uso do discurso científico (BENTO, 2008, p. 25).

Desse modo, afirma Bento (2008) que os discursos sobre a diferença sexual entre homens e mulheres darão suporte, apoiados no discurso científico, ao julgamento das condutas dos indivíduos. Nesse sentido, as diferenças entre homens e mulheres seriam naturais e a organização social deveria ser ditada e orientada pela natureza. Assim, as desigualdades de tratamento entre homens e mulheres eram justificáveis, e até desejáveis, por serem naturais.

Dessa forma, Beauvoir (2009) representa uma grande ruptura nesse tipo de pensamento ao afirmar que a noção do que é ser uma mulher é um produto cultural, não natural. Nesse diapasão, a autora afirma que as diferenças anatômicas não são suficientes para explicar a 'rivalidade' entre os sexos. A luta entre os sexos se funda, pois, no aprisionamento da mulher à chamada feminilidade, que se representava na figura da mulher dócil, maternal, obrigando-a a assumir esse padrão comportamental, aprisionando-a, enquanto o homem poderia usufruir de sua transcendência.

Assim, para Beauvoir (2009), a feminilidade, tal como era concebida, não é uma característica natural, como sustentava o discurso científico do séc. XIX. Mas, sim, uma construção social:

A mulher não se define nem por seus hormônios nem por misteriosos instintos e sim pela maneira por que reassume, através de consciências alheias, o seu corpo e sua relação com o mundo; o abismo que separa a adolescente do adolescente foi cavado de maneira acertada desde os primeiros anos da infância; não há como impedir mais tarde que a mulher não seja o que foi feita e ela arrastará sempre esse passado atrás de si; pesando-se esse passado, compreende-se com clareza que seu destino não se acha fixado na eternidade. Por certo não se deve crer que baste modificar-lhe a situação econômica para que a mulher se transforme: esse fator foi e permanece o fator primordial de sua evolução; mas enquanto não tiver acarretado as consequências morais, sociais, culturais etc. que anuncia e exige, a nova mulher não poderá surgir (BEAUVOIR, 2009, p. 1922)

Não obstante, Saffioti (1999) aponta que Simone de Beauvoir é frequentemente criticada por ter tratado de mulher, não de mulheres, ou seja, tratando as mulheres como uma classe una, quando essa é composta por uma diversidade de sujeitos com condições

específicas e distintas. Todavia, a autora afirma que é preciso analisar a obra de Beauvoir levando-se em conta o contexto histórico e social em que ela foi produzida (década de 40), uma vez que era comum aos pensadores da época tenderem à universalidade:

A mais famosa frase de *O Segundo Sexo* é, inegavelmente, ‘*On ne naît pas femme, on le devient*’ (Ninguém nasce mulher, torna-se mulher). Exegetas críticos(os) deste livro tendem a encontrar em *O Ser e o Nada* a explicação filosófica para seu significado. Não é meu caso. Creio que aí reside a manifestação primeira do conceito de gênero. Ou seja, é preciso aprender a ser mulher, uma vez que o feminino não é dado pela biologia, ou mais simplesmente pela anatomia, e sim construído pela sociedade. Evidentemente, Beauvoir não possuía o arsenal de conceitos e teorias com que contamos na atualidade, mas se dirigiu certeira e ao ponto essencial. Foram-nos necessários três decênios desde a primeira formulação do conceito de gênero para construir este acervo. (SAFFIOTI, 1999, p. 160).

Butler (2003), ao passo, afirma que essa tendência à universalidade é comum mesmo dentro dos próprios movimentos feministas atuais. Desse modo, tais movimentos concebem para as mulheres interesses e objetivos considerados feministas, buscando a representação desse sujeito abstrato chamado mulher.

Todavia, esse sujeito, como sujeito político, é construído com base em ideias excludentes:

‘O sujeito’ é uma questão crucial para a política, e particularmente para a política feminista, pois os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por via de práticas de exclusão que não ‘aparecem’, uma vez estabelecida a estrutura jurídica da política. Em outras palavras, a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como seu fundamento. (BUTLER, 2003, p. 17)

Dessa forma, quando o feminismo assume uma identidade comum para o termo mulher está excluindo aqueles a quem devia representar. Por isso, Butler (2003) propõe uma espécie de ‘pós-feminismo’, no qual a identidade do sujeito feminino não deve ser o fundamento da política feminista, pois, paradoxalmente, as mulheres só poderão ser verdadeiramente representadas quando o sujeito ‘mulheres’ não for presumido em nenhuma parte. E isso também está ligado à noção ampla de gênero:

Se alguém ‘é’ uma mulher, isso certamente não é tudo o que esse alguém é; o termo não logra ser exaustivo, não porque os traços predefinidos de gênero da ‘pessoa’ transcendam a parafernália específica de seu gênero, mas porque o gênero nem sempre se constituiu de maneira coerente ou consistente nos diferentes contextos históricos, e porque o gênero estabelece interseções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas. Resulta que se tornou impossível separar a noção de ‘gênero’ das interseções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida. (BUTLER, 2003, p. 18).

Porém, Butler (2002) afirma que essa não presunção de um sujeito feminino não quer dizer que não se deva tratar da categoria ‘mulheres’:

(...) a questão nunca foi estabelecer se devemos ou não falar das mulheres. Se falará,

e por razões feministas, deve-se falar; a categoria mulheres não torna inútil mediante sua desconstrução, mas se converte em uma categoria cujos usos já não se reificam como 'referentes' e que apresenta a oportunidade de ser aberto, mais precisamente, de chegar a significar maneiras que ninguém pode pré determinar de antemão¹⁸ (BUTLER, 2002, p. 55, tradução livre).

O perigo de se presumir uma identidade comum às mulheres é de se presumir, também, que existe uma forma de opressão universal e hegemônica contra elas próprias:

Essa forma de teorização feminista foi criticada por seus esforços de colonizar e se apropriar de culturas não ocidentais, instrumentalizando-as para confirmar noções marcadamente ocidentais de opressão, e também por tender a construir um 'Terceiro Mundo' ou mesmo um 'Oriente' em que a opressão de gênero é sutilmente explicada como sintomática de um barbarismo intrínseco e não ocidental. A urgência do feminismo no sentido de conferir um status universal ao patriarcado, com vistas a fortalecer aparência de representatividade das reivindicações do feminismo, motivou ocasionalmente um atalho na direção de uma universalidade categórica ou fictícia da estrutura de dominação, tida como responsável pela produção da experiência comum de subjugação das mulheres (BUTLER, 2003, p. 20 e 21).

Nesse sentido, Butler (2006) sugere que o feminismo tem confrontado sempre a violência sexual ou não sexual contra mulheres, o que deveria servir de base para se criar uma aliança com outros movimentos, já que a "violência fóbica¹⁹" (BUTLER, 2006, p. 24, tradução livre) contra os corpos é o que une os movimentos feministas, anti homofóbicos, anti racistas, *trans* e intersexuais.

Assim, para Butler (2006) a noção de feminino deve estar sempre em evolução, pois, é também uma noção de gênero. Destarte, o conceito de mulher deve ser ampliado da mesma forma que se deve ampliar o conceito de gênero. Nesse seguimento, as mulheres *trans* também devem ser contempladas pelos movimentos feministas:

Efetivamente, a crítica que se faz à transexualidade de homem à mulher (HaM) centra-se na 'apropriação' da feminilidade, como se essa pertencesse merecidamente a um sexo particular, como se o sexo fosse outorgado de forma direcional, como se a identidade de gênero pudesse e devesse derivar inequivocamente de uma anatomia presumida. Sem embargo, compreender o gênero como uma categoria histórica é aceitar que o gênero, entendido como uma forma cultural de configurar o corpo, está aberto a sua contínua reforma²⁰ (BUTLER, 2006, p. 25, tradução livre).

Dessa forma, para a proposta do presente estudo, ao buscar um conceito do que é

¹⁸ No original: nunca la cuestión fue establecer si debe hablarse o no de las mujeres. Se hablará y, por razones feministas, debe hablarse; la categoría de mujeres no se vuelve inútil mediante la desconstrucción, sino que se convierte en una categoría cuyos usos ya no se reifican como "referentes" y que presenta la oportunidad de que se la abra o, más precisamente, de llegar a significar de maneras que ninguno de nosotros puede predecir de antemano.

¹⁹ No original: violencia fóbica

²⁰ No original: Efectivamente, la crítica de la transexualidad de hombre a mujer (HaM) se centra en la «apropiación» de la feminidad, como si ésta perteneciera merecidamente a un sexo particular, como si el sexo fuera otorgado de forma discrecional, como si la identidad de género pudiera y debiera derivarse inequívocamente de una anatomía que se presume. Sin embargo, comprender el género como una categoría histórica es aceptar que el género, entendido como una forma cultural de configurar el cuerpo, está abierto a su continua reforma.

ser mulher, pode-se retomar a célebre frase de Beauvoir, ampliando seu sentido: “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher” (BEAUVOIR, 2009, p. 726). Nessa perspectiva, ser mulher é uma questão de autodeterminação, de sentir-se mulher, independente de questões biológicas. Ainda, essa feminilidade, que pode ser sentida, não deve ser presumida.

De fato, assim como o gênero, a feminilidade é performativa, se mostra a partir da reiteração de padrões comportamentais. Porém, é preciso ter em mente que tais padrões estão em constante evolução, aceitando sua contínua reforma. Ser mulher é, pois, um conceito aberto.

Essa abertura pode trazer complicações quanto à questão da aplicação do Direito. Uma vez que, como posto por Ferraz Júnior (2003), as normas jurídicas utilizam-se desses conceitos para disciplinar a conduta humana. Nesse sentido, o autor afirma que é tarefa do jurista, utilizando-se desses conceitos e signos linguísticos, determinar a aplicação do texto normativo com fito na resolução de conflitos.

Quando se tem um conceito aberto, dificulta-se essa tarefa. Já que não há limites bem definidos de onde a norma poderá ser aplicada ou não. Tal problemática se mostra acentuada na Lei Maria da Penha, justamente pela lei definir as mulheres como seu sujeito passivo: se mulher é um conceito aberto, como eu posso definir a quem será aplicada a referida lei e a quem não? Essa questão será abordada no terceiro capítulo.

3.4. A transidentidade

Bento (2008), ao abordar a transexualidade, afirma que essa é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito entre a noção de identidade individual e as normas hegemônicas de gênero. Nesse sentido, a autora afirma que, por muitos anos, a ciência, especialmente a medicina, entendia a transexualidade como uma doença mental²¹, relacionada à sexualidade, não à identidade.

Todavia, afirma Bento (2008) que a transexualidade é um desdobramento inevitável quando se estabelece uma ordem de gênero padrão. Diante da complexidade da noção de gênero, o próprio estabelecimento de uma norma hegemônica que apenas permite que o indivíduo se identifique de acordo com sua genitália gerará seres marginalizados, que não conseguem se adequar aquele padrão porque ele é socialmente imposto.

²¹ A transexualidade só foi retirada da Classificação Internacional de Doenças (CID) pela Organização Mundial de Saúde (OMS) no dia 18/06/2018. Fonte: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/18/internacional/1529346704_000097.html (último acesso: 20/09/2018).

Desse modo, o fato de alguém não se identificar com o gênero que lhe foi estabelecido, após o nascimento, não pode ser considerado doença, porque tal estabelecimento é social. O transexual não se enquadra à norma, mas isso não significa que seu corpo não funcione da maneira como deveria. Tanto que Bento (2008) aponta a impossibilidade de um exame clínico para ‘diagnosticar’ a transexualidade.

Outra problemática que Bento (2008) aponta é que, mesmo sendo um comportamento fora da norma, a própria transexualidade por vezes parece precisar seguir um padrão paralelo, como se existisse o transexual verdadeiro e o falso:

O único mapa que pode orientar as instituições que são instadas a se posicionar diante da demanda de mudança de gênero são as próprias convenções sociais hegemônicas para os gêneros. As definições do que seja um/a homem/mulher ‘de verdade’ se refletem e emergem nas definições do que seja um/a transexual ‘de verdade’ (BENTO, 2008, p.19).

Entretanto, como também aponta Bento (2008), os transexuais não são os únicos que rompem ou ultrapassam os limites estabelecidos socialmente para o gênero: travestis, transgêneros, *dragqueens*, *drag kings* etc, são exemplos que desfazem a relação simplista vagina-feminino e pênis-masculino:

A transexualidade é uma das múltiplas expressões identitárias que emergiram como uma resposta inevitável a um sistema que organiza a vida social fundamentada na produção de sujeitos ‘normais/anormais’ e que localiza a verdade das identidades em estruturas corporais (BENTO, 2008, p. 24 e 25).

Por isso, Coelho (2016), prefere abordar o termo ‘transidentidade’, que se relaciona com a ideia de que a identidade está em eterna evolução: “As transidentidades nasceram exatamente para ultrapassar este limite binário imposto pela sociedade” (COELHO, 2016, p. 14).

Por isso, as transidentidades são tão complexas e abertas quanto o conceito de gênero. Assim não se pode presumir que existam transexuais verdadeiros ou falsos. Tampouco, que alguém que não opte pela cirurgia de transgenitalização seja menos transexual do que alguém que a fez.

Da mesma forma, não se pode ignorar a complexidade inerente aos inúmeros grupos que não se adequam ao sistema binário, alocando essas pessoas em categorias pré-concebidas (travestis, transexuais, transgêneros etc) para dar um tratamento diferenciado a cada um. Por isso, neste trabalho, optou-se por utilizar um termo generalista: pessoas *trans*.

Uma vez que a forma como o indivíduo percebe o próprio gênero é pessoal e complexa, muitas vezes, não obedecendo a certo padrão paralelo para identificar alguém como pessoa não binária. Desse modo, a transidentidade é também uma questão de autodeterminação.

3.5. A transidentidade e os direitos

Gonçalves (2012) afirma que, na área do Direito, as discussões sobre transexualidade (ou transidentidade), tradicionalmente, se referem aos aspectos cirúrgicos relativos à transgenitalização e ao direito ao corpo. Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do novo Código Civil de 2002, sob a influência do princípio da dignidade da pessoa humana, houve um deslocamento dessa discussão sobre o direito ao corpo para o direito ao desenvolvimento e expansão da personalidade da pessoa *trans*.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu²² que pessoas *trans* podem mudar o prenome e o sexo diretamente no registro civil, se assim desejarem, independente de realização de cirurgia ou tratamento hormonal. A referida decisão é importante, pois, reconhece a questão da transidentidade. Ou seja, reconhece a experiência *trans* como identitária, de autodeterminação e não meramente sexual ou corporal.

Com base nessa decisão, perde força a discussão sobre o transexual verdadeiro e o falso, criticada por Bento (2008), pois cabe apenas ao indivíduo, para efeitos registrares, determinar com qual gênero se identifica, independente da realização de alterações corporais.

Isso porque, segundo o relator Min. Marco Aurélio²³, o princípio da dignidade da pessoa humana deve prevalecer para assegurar que o indivíduo busque a sua integridade e se apresente à sociedade da forma como se enxerga, cabendo ao Poder Público, assegurar a convivência pacífica na seara do pluralismo, não podendo admitir o crivo da maioria sob escolhas puramente morais.

De fato, como seres humanos, as pessoas *trans* são protegidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, Gonçalves (2012) sustenta que essas pessoas precisam de uma proteção a mais, pois elas pertencem a uma categoria tida como mais vulnerável:

A insuficiência da generalidade e abstração da ‘pessoa universal’ idealizada na norma tornou necessária a especificação do sujeito protegido, bem como o desenvolvimento dos direitos que lhe são próprios, em busca da efetiva concretização da dignidade. De fato, afirmar a dignidade humana, quer como realidade pré-jurídica para aqueles que a admitem, quer abstratamente na norma, não se mostrou suficiente para a tutela de direitos da pessoa transexual (GONÇALVES, 2012, p. 19).

²² ADI nº 4275/DF, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ Nr. 45, do dia 09/03/2018.

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018.

²³ Voto disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-mudanca-nome.pdf> (último acesso: 26/09/2018).

Assim, semelhante às mulheres, como foi demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, as pessoas *trans* precisam de um tratamento diferencial específico para lhes assegurar a plena realização de seus direitos humanos e o gozo de seus direitos de personalidade, em face da isonomia material.

Por essa razão, a supramencionada decisão do STF tem tamanha relevância, porque, ainda, segundo Camilla Gonçalves:

A adequação do nome e do sexo civil ao sentir, agir e aparentar que se completam na identidade de alguém foi percebida como singela contribuição, senão para evitar, ao menos para diminuir o constrangimento e a discriminação experimentados pelos transexuais por ocasião de sua identificação perante a sociedade. [...]
Pelo reconhecimento jurídico da identidade de gênero, ou sexual, definida no exercício da liberdade, espera-se facilitar o compartilhamento da vida pública, alçando a pessoa à condição de efetiva parceira de interação, na implementação da igualdade. Almeja-se, assim, tornar efetiva a dignidade da pessoa transexual (GONÇALVES, 2012, p. 13 e 14).

Nesse sentido, Gonçalves (2012) afirma que a tutela dos direitos das pessoas *trans* pode ser dividida em duas vertentes: a primeira é uma dimensão da esfera privada, ligada à questão da liberdade, da autonomia da vontade e do desenvolvimento da personalidade, onde se encontra a identificação de gênero; a segunda se encontra na esfera pública, pressupõe a igualdade de tratamento, o reconhecimento e o respeito dessa identidade pela coletividade.

Para assegurar essa tutela nas duas esferas, Gonçalves (2012) defende que os direitos das pessoas *trans* devem ser assegurados em três níveis: no plano internacional dos direitos humanos, no plano do direito constitucional e no plano do direito civil, principalmente na questão dos direitos da personalidade:

Assim, a partir do sistema protetivo dos direitos humanos, voltado ao combate da violência e discriminação por identidade de gênero, e das normas nacionais e internacionais relativas à tutela da pessoa e suas projeções, pretende-se extrair fundamentos para o reconhecimento do direito à identidade de gênero ou sexual, como atributo inerente à personalidade, imanente da eficácia irradiante dos direitos humanos (GONÇALVES, 2012, p. 79).

Isso se faz necessário porque essas pessoas, como propõe Gonçalves (2012), se encontram numa categoria vulnerável. Segunda a autora, a vivência de processos de estigmatização experimentados por elas interferem na realização de suas subjetividades e na sua relação com outro. Ainda, por não se enquadrarem à norma social, as pessoas não-binárias são retiradas do seio familiar e empurradas à marginalização, tornando-se mais suscetíveis à violência.

Argumento também sustentado por Butler (2002), que afirma que as pessoas *trans* acabam sendo marginalizadas e tratadas como uma subcategoria de seres humanos por não se enquadrarem ao modelo binário da sociedade: os corpos que não importam. Todavia, a partir

do momento em que esses grupos passam a ‘ganhar voz’, poderá haver uma reformulação dessa importância. Assim, é crucial o reconhecimento da dignidade e de dos direitos da personalidade dessas pessoas, pois é uma forma de lhes dar essa ‘voz’ tão almejada.

3.6. A transidentidade e a violência

Como já dito no tópico anterior, as pessoas *trans* compõem uma parcela marginalizada da população, por isso, estão mais suscetíveis à violência. De acordo com Ferdoko e Berrado (2017), através do projeto *Trans Murder Monitoring (TMM)*²⁴, foram 2609 assassinatos de pessoas *trans* reportados no mundo desde o início da pesquisa (1º de janeiro de 2008 a 30 de setembro de 2017). Desse total, 1071 foram no Brasil, o que o torna o país líder em números absolutos²⁵.

No entanto, é preciso fazer uma ressalva sobre a confiabilidade desses dados. Uma vez que grande parte das ocorrências não é registrada pelas autoridades:

Diante de dados como estes é importante pontuar que muitas pessoas travestis e transexuais morrem invisibilizadas, uma vez que não constam dos boletins de ocorrências policiais e nas estatísticas de mortalidade, tampouco fazem parte do (re)conhecimento de suas famílias tendo seus corpos enterrados como indigentes. Consequentemente o número de pessoas *trans* vítimas de homicídio é ainda maior do que o apresentado pelas organizações. Pode se dizer que a morte dessas pessoas é o ponto extremo de uma grande cadeia de violências cotidianas às quais estão submetidas, incluindo humilhações, exploração sexual, extorsões, agressões físicas, dentre outras modalidades (BONASSI et al., 2015, p. 85).

Bonassi et al. (2015) afirma que tais números alarmantes são resultados de uma exclusão estrutural vivenciada por essas pessoas, que demonstra o desamparo em relação aos seus direitos fundamentais e a precariedade de acesso à cidadania vivenciada por essa comunidade. O que reforça o argumento de Butler (2002) de que as pessoas que não se enquadram dentro da norma binária acabam sendo tratadas como seres abjetos.

Nesse sentido, Bonassi et al. (2015) problematiza a questão da ausência de políticas públicas eficazes para combater a violência sofrida pela população *trans*. Isso porque as políticas públicas elaboradas por um governo nunca são neutras. Elas refletem as estruturas de poder que buscam se perpetuar. Dessa forma, criar políticas públicas voltadas à segurança das pessoas *trans* é difícil, porque significa colocar a norma hegemônica à prova.

Ademais, Ferdoko e Berrado (2017) afirmam que a maior parte das pessoas *trans* assassinadas eram profissionais do sexo, devido a alta proporção dessas pessoas vivenciando

²⁴ Observatório de Pessoas Trans Assassinadas (tradução livre).

²⁵ Dados completos disponíveis em: https://transrespect.org/wp-content/uploads/2017/11/TvT_TMM_TDoR2017_Tables_EN.pdf (último acesso: 03/10/2018).

esse meio:

A alta proporção das pessoas *trans* e gênero-diversas no trabalho sexual em todo o mundo resulta inegavelmente da violência estrutural, institucional e interpessoal generalizada que elas experimentaram desde o início da vida no que diz respeito ao recebimento de apoio de suas famílias e de seus círculos sociais imediatos, e em relação ao acesso à educação e alternativas de emprego (FERDOKO; BERRADO, 2017, p. 07).

Para os autores, a exploração do trabalho sexual torna as pessoas *trans* mais vulneráveis às diversas formas de violência vivenciadas na rua:

As pessoas *trans* profissionais do sexo enfrentam estigma e discriminação interseccionais devido ao seu status enquanto pessoa *trans* e profissional do sexo, com outros fatores de influência, incluindo-se o racismo, misoginia, capacitismo, elitismo e xenofobia. Muitas destas pessoas são impactadas pela discriminação em contextos de moradia, pelo excessivo policiamento e falta de acesso à justiça, serviços de saúde e benefícios sociais, uma vez que o trabalho sexual não é reconhecido como trabalho em seus respectivos países (FERDOKO; BERRADO, 2017, p. 09).

Todavia, mesmo no seio familiar, as pessoas não binárias são frequentemente vítimas de violência. Segundo Bonassi et al. (2015), dos indivíduos entrevistados em sua pesquisa, 33.9% pararam de estudar entre os 16 e os 19 anos. Idade que coincide com o período que elas deixaram de viver com suas famílias de origem. As principais motivações apresentadas para tanto foram a busca por trabalho e a violência intrafamiliar.

Como as mulheres, a violência doméstica e familiar vivenciada pelas pessoas *trans* se funda na manutenção de estruturas desiguais de poder que enxergam essas pessoas como seres inferiores passíveis de violação.

Porém, ao contrário do que ocorre com as mulheres, as pessoas *trans* não são amparadas com políticas públicas de prevenção e de repreensão dessa violência. Tampouco, são protegidas por um dispositivo legal específico como as mulheres são pela Lei Maria da Penha.

Por isso, alguns juristas buscam alternativas de aplicação da Lei Maria da Penha e de outros dispositivos para amparar as vítimas *trans* de violência familiar ou doméstica. Há, inclusive, projetos de lei que visam a estender essa proteção às pessoas *trans*. Tais alternativas serão abordadas no capítulo que se segue.

4 A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO E DA APLICAÇÃO: A LEI MARIA DA PENHA É PARA TODOS?

4.1. A interpretação da Lei Maria da Penha

No primeiro capítulo, foi iniciada uma abordagem sobre a questão da interpretação da Lei Maria da Penha. No presente capítulo, essa questão será retomada para uma análise mais vertical sobre a aplicação da referida lei.

Como já visto, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 4^o²⁶, determina que a interpretação predominante a ser utilizada na sua aplicação é a interpretação teleológica. Antes de examinar especificamente a interpretação teleológica, é preciso determinar o que é interpretação.

Ferraz Júnior (2003) assevera que as normas jurídicas utilizam signos linguísticos, dotados de sentido, para disciplinar a conduta humana. Assim, os enunciados jurídicos são também um fenômeno comunicativo que pressupõem um emissor, um receptor e uma mensagem emanada.

Como fenômeno comunicativo, o enunciado jurídico transmite um complexo simbólico, podendo ser dotado de diversos sentidos que devem ser selecionados pelo receptor. Essa seletividade, para Ferraz Júnior (2003) é o que constitui a interpretação.

O autor também alega que essa seletividade da interpretação deve ser controlada, ou seja, baseada em convenções implícitas ou explícitas, conhecidas tanto pelo emissor quanto pelo receptor. Do contrário, a comunicação não se realiza.

No tocante das normas jurídicas, tais convenções de interpretação são estabelecidas pela hermenêutica jurídica: “A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui tarefa da hermenêutica” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 256).

Desse modo, Ferraz Júnior (2003) distingue a tarefa do jurista dos demais profissionais das ciências humanas. Ao jurista não cabe apenas interpretar para conhecer o texto: “mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 256). Assim, tem-se que o jurista deve interpretar para poder aplicar o Direito.

Como já dito, a hermenêutica jurídica estabelece convenções que visam a nortear

²⁶Art. 4^o Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

a interpretação. Para Ferraz Júnior (2003), tais convenções constituem os métodos hermenêuticos que estabelecem orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Dentre tais métodos, o autor insere a interpretação teleológica.

Nesse seguimento, Maximiliano (2007) afirma que a interpretação do Direito deve ser, na essência, teleológica:

O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesses para a qual foi regida (MAXIMILIANO, 2007, p. 124 e 125).

Como já mencionado no primeiro capítulo do presente trabalho, Magalhães Filho (2013) afirma que a interpretação teleológica é aquela que se faz da norma para atingir seu fim. Nesse sentido, Ferraz Júnior (2003) observa que o pressuposto básico para esse tipo de interpretação é considerar que sempre é possível atribuir um propósito às normas.

Tal afirmação pode parecer óbvia quando se trata de uma interpretação que busca o fim social de uma norma. Todavia, algumas normas já são tão enraizadas na sociedade que esse fim nem sempre se queda claro: “O longo uso com o sentimento de obrigatoriedade instaura uma rede de disciplinas sem que possamos encontrar nelas alguma intenção” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 292).

Todavia, segundo Ferraz Júnior (2003), é dever do jurista encontrar em todas as manifestações normativas o seu *telos*²⁷. Isso porque, como signos linguísticos, as palavras que compõem as normas carregam uma carga emocional. Por sua vez, o intérprete está imerso em seus próprios pré-conceitos e os conecta, ainda que inconscientemente, à carga emocional dos signos linguísticos.

Nesse sentido, a interpretação teleológica, para Ferraz Júnior (2003), tem um papel fundamental para controlar essa subjetividade do intérprete. Uma vez que, com esse tipo de interpretação, o jurista não deve buscar na norma seus valores pessoais, mas os valores do próprio sistema.

Do mesmo modo, também pensa Carlos Maximiliano: “O fim inspirou o dispositivo; deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo; retifica e completa os caracteres na hipótese legal e auxilia a precisar quais espécies que na mesma enquadram” (MAXIMILIANO, 2007, p. 125).

Nesse diapasão, o próprio ordenamento jurídico brasileiro deixa explícito quais

²⁷ Finalidade, objetivo.

seriam esses valores do próprio sistema. Como disposto no art. 5º²⁸ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei nº 4567 de 1942, o jurista deve atender ao fim social da norma e às exigências do bem comum.

Ferraz Júnior (2003) afirma que as duas expressões são sínteses éticas da vida em comunidade. Os fins sociais se referem à própria ordem jurídica, caracterizando um conjunto de preceitos para a realização da sociabilidade humana. Já o bem comum seria uma exigência que se faz da própria sociabilidade: o fim social não pode ser um fim do direito, mas da própria vida social em si.

Em outras palavras, Magalhães Filho (2013) afirma que os fins sociais são as ênfases da sociedade, podendo ser elas liberais, teocráticas etc. Já o bem comum representa as condições necessárias para a vida humana digna. Nessa perspectiva, Ferraz Júnior (2003) aponta que a regra do art. 5º da LINDB deve guiar o jurista no tocante da aplicação da norma:

Não se trata de uma regra de interpretação, como se fosse dado ao intérprete ‘corrigir’, por um juízo de valor, o sentido da lei, mas sim um princípio de aplicação, que autoriza o decisor a aproveitar as nuances do caso concreto em confronto com o texto legal: é a decisão que deve atender aos fins sociais e ao bem comum. Que o sentido da lei satisfaça a ambos é pressuposto interpretativo do legislador nacional racional (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 318).

Assim, o jurista não pode utilizar os mandamentos do art. 5º da LINDB, tampouco a interpretação teleológica, para julgar *contra legem*²⁹, sob a justificativa de que a norma não corresponde aos fins sociais e ao bem comum. Uma vez que é pressuposto que toda e qualquer norma jurídica válida seja correspondente.

No tocante da Lei Maria da Penha, além desses valores gerais (fins sociais e exigências do bem comum), o art. 4º deixa explícito que, na interpretação da lei, o jurista deve considerar a finalidade social específica dela e as condições peculiares das mulheres em situação de violência.

Dessa forma, o referido dispositivo se diferencia do art. 5º da LINDB. Uma vez que o primeiro é voltado à interpretação e o segundo é voltado à aplicação do Direito. Ressalta-se que ambas não se confundem.

Ferraz Júnior (2003), nesse sentido, afirma que a interpretação é a busca do sentido da norma, já a aplicação é a demonstração de que o caso concreto se enquadra naquele sentido. Destarte, o jurista deve buscar o sentido da norma, interpretando-a, para, então, aplicar tal sentido ao caso concreto.

Embora o art. 4º da Lei Maria da Penha dê ênfase na interpretação teleológica, a

²⁸ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²⁹ Julgar em sentido contrário ao estabelecido em lei.

boa interpretação, segundo Ferraz Júnior (2003) deve utilizar todos os métodos hermenêuticos. A boa interpretação, desse modo, deve contrabalancear a fidelidade do pensamento do legislador e os fatores objetivos da realidade.

4.2. Os sujeitos da Lei Maria da Penha à luz da interpretação teleológica

Como já dito, a própria Lei Maria da Penha determina que, em sua interpretação, devem ser considerados os fins sociais específicos do diploma legal em questão e as condições peculiares das mulheres em situação de violência, dando ênfase, assim, na interpretação teleológica.

Esse aspecto tem grande importância quanto à questão da abrangência da referida lei, ou seja, para determinar quem pode ser sujeito ativo ou sujeito passivo.

Todavia, antes de adentrar nesse ponto, é necessário revisitar os significados das expressões ‘fins sociais a que ela se destina’ e ‘condições peculiares da mulher em situação de violência’.

Sobre isso explana Campos (2011) que a finalidade social da lei é cristalina: a proteção das mulheres em situação de violência. E tal proteção deve ser entendida como a capacidade do Estado de garantir a segurança e a cidadania das mulheres. Assim, toda e qualquer interpretação que se faça dos dispositivos da Lei nº 11.340/2006 deve objetivar esse fim.

Já por condições específicas da mulher em situação de violência, a autora afirma que se refere à vulnerabilidade específica decorrente da violência. Por essa vulnerabilidade deve se entender tanto a questão psicológica que atinge a generalidade das vítimas, quanto as vulnerabilidades específicas de cada caso: vulnerabilidade econômica, vulnerabilidade social etc.

Desse modo, para determinar quem são os sujeitos passivos da referida lei, é preciso levar em consideração tais pontos: o objetivo da lei (proteção das mulheres) e a questão da vulnerabilidade.

É nesse sentido que se reconhece a impossibilidade de homens serem sujeitos passivos na Lei Maria da Penha. Isso porque, segundo Campos (2011), para que alguém possa ser considerado sujeito passivo da referida lei, esse alguém deve ser passível de sofrer violência de gênero, tipo de violência que encontra definição nas recomendações do Comitê

CEDAW³⁰:

Na sua Recomendação Geral 19 sobre violência, o Comitê explicita que a violência baseada no gênero é uma forma de discriminação dirigida às mulheres pelo fato de serem mulheres ou que as afeta desproporcionalmente, impedindo-as de gozar dos direitos em igualdade com os homens (CAMPOS, 2011, p. 176).

Assim, homens não podem ser sujeitos passivos, pois não sofrem violência de gênero. Da mesma forma é que se entende pela possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha para pessoas *trans*:

No que diz respeito ao sujeito passivo, há exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Nesse conceito encontram-se as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. A agressão contra elas no âmbito familiar também constitui violência doméstica. (DIAS, 2007, p. 41).

Todavia, tal exigência de ser mulher, remete à problemática levantada no segundo capítulo deste trabalho: qual é o conceito de mulher? No segundo capítulo, demonstrou-se, considerando os estudos sobre teoria de gênero, que ser mulher é uma questão de autodeterminação, sendo, assim, um conceito aberto.

Entretanto, a adoção de conceitos abertos pode não ser eficiente para a área jurídica. Uma vez que, segundo Ferraz Júnior (2003), os juristas adotam a teoria essencialista da linguagem, ou seja, a crença de que a língua é instrumento que demonstra a realidade:

Os autores jurídicos, em sua maioria, têm uma visão conservadora da teoria da língua, sustentando, em geral, no que se refere aos objetos jurídicos, a possibilidade de definições reais, isto é, a idéia de que a definição de um termo deve refletir, por palavras, a coisa referida (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 35).

Todavia, ainda segundo Ferraz Júnior (2003), essa concepção essencialista vai de encontro à concepção defendida pela filosofia analítica nos dias atuais, que é a teoria convencionalista:

A língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado esse arbítrio, o que deve ser levado em conta é o uso (social ou técnico) dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade. Desse modo, a caracterização de um conceito desloca-se da pretensão de se buscar a natureza ou a essência de alguma coisa (o que é mesa?) para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar a palavra (como se emprega 'mesa?') (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 36).

Desse modo, a proposta de Ferraz Júnior (2003) da adoção de uma teoria convencionalista da linguagem se adequa aos estudos sobre teoria de gênero abordados no segundo capítulo do presente trabalho para tratar do conceito de mulher.

Isso porque Butler (2006) afirma que o gênero é performativo. Ou seja, ser

³⁰ Esse nome vem da Convenção CEDAW que é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil. O Comitê CEDAW monitora o cumprimento da Convenção pelos países.

mulher é comportar-se como mulher. Assim, para efeitos legais, com o objetivo de saber se um sujeito que afirma se autodeterminar como mulher realmente o faz, é necessário analisar se seus padrões performativos realmente se aliam aos padrões de uso corriqueiro do gênero feminino.

Todavia, é preciso também que o jurista tenha o cuidado de não tomar como referência seus padrões pessoais, mas os que estão presentes no cotidiano social. Nesse sentido, não se mostra razoável, nos dias de hoje, adotar como referência de mulher a figura dócil e maternal já criticada por Beauvoir (2009), por mais que, para o intérprete, essa seja sua concepção de feminino, já que essa não é mais a ‘performance’ adotada pela mulheres na atualidade.

Ademais, no tocante da aplicação da Lei Maria da Penha, o próprio diploma já fornece os critérios para que o sujeito possa ser considerado mulher: a) a aplicação da lei para esse sujeito cumpre a finalidade social da Lei Maria da Penha (proteção das mulheres)? ; b) Esse sujeito se encontra em situação de vulnerabilidade (condição específica das mulheres em situação de violência)?

Nessa perspectiva, tais critérios afastam a possibilidade de aplicação para o homem *cis*, uma vez que esse não sofre violência de gênero, portanto, não necessita de um diploma específico para sua proteção.

Por esses mesmos critérios, sustenta-se a possibilidade de aplicação da Lei nº 11.340/2006 às mulheres *trans*, pois elas possuem o mesmo papel social das mulheres *cis* e compartilham a mesma condição de vulnerabilidade decorrente da violência.

Dessa forma, Campos (2011) defende que a Lei Maria da Penha seja aplicada de acordo com a identidade de gênero da vítima, o que não exige, sequer, a mudança de nome no registro civil:

Alguns autores defendem ser necessário prova da mudança de nome e alteração de registro, o que parece demasiado. Essa exigência limita o acesso à justiça e o exercício do direito de proteção, criando um ‘vazio’ jurídico ao deixar fora do alcance da Lei aquelas que não tenham feito a alteração formal da identidade. Não parece razoável haver cidadãs que não possam recorrer à proteção judicial porque o seu registro nominal não confere com sua identidade de gênero. Essa obrigatoriedade criaria uma imposição para alteração de identidade civil, o que não é uma exigência da Lei. Esse aparente conflito parece que se resolve em favor dos direitos das mulheres ‘trans’, que por sua condição de vulnerabilidade social merecem também a proteção jurídica. Assim, independentemente da troca de sexo ou de nome, há um direito subjetivo à segurança e acesso à justiça. Do ponto de vista prático, para o registro da ocorrência policial, deve-se registrar o nome social (como a trans se identifica) e os demais dados constantes na identificação civil (CAMPOS, 2011, p. 180).

Por sua vez, o sujeito ativo não sofre restrições quanto ao gênero. Pode se

identificar como homem ou como mulher, ou, até mesmo, não se identificar com gênero algum. A restrição se encontra, de fato, na relação entre o agressor e a vítima e na motivação da agressão: é preciso que exista uma relação doméstica ou familiar ou de afeto e é preciso, também, que a agressão seja motivada pelo gênero, conforme o art. 5º³¹, *caput*, da Lei nº 11.340/2006.

4.3. Aplicação da Lei Maria da Penha às pessoas *trans*: estudo de caso

Segundo Maximiliano (2007), a aplicação do Direito consiste no enquadramento do caso concreto à norma jurídica adequada. Assim, durante a aplicação da lei, o jurista submete suas prescrições a uma relação da vida real, procurando e indicando o dispositivo adaptável ao fato determinado. Tarefa que nem sempre é simples:

Verificando o fato e todas as circunstâncias respectivas, indaga-se a que tipo jurídico pertence. Nas linhas gerais antolha-se fácil a classificação; porém, quando se desce às particularidades, à determinação da espécie, as dificuldades surgem à medida das semelhanças freqüentes e embaraçadoras. Mais de um preceito parece adaptável à hipótese em apreço; entre as regras que se confundem, ou colidem, ao menos na aparência, de exclusão em exclusão se chegará, com o maior cuidado, à verdadeiramente aplicável, apropriada, preferível às demais (MAXIMILIANO, 2007, p. 05).

Por isso, neste trabalho, optou-se por fazer uma análise de determinado caso onde a Lei Maria da Penha foi aplicada à pessoa *trans*. Por meio do estudo desse caso pontual, pretende-se descobrir como o jurista fez esse caminho de exclusão em exclusão, apontado por Maximiliano (2007), para chegar à conclusão de que a Lei Maria da Penha é a melhor aplicável.

Trata-se de um Recurso em Sentido Estrito, julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJ-DF), movido pelo Ministério Público, contra decisão de Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Águas Claras por declinar da competência em prol da Vara Criminal da mesma circunscrição em processo contra o companheiro de uma transexual que sofreu ameaças e lesões corporais³².

³¹ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial

³² PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA.

1 O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada

No caso em tela, a transexual mantinha um relacionamento de quatro anos com o agressor, constantemente sofrendo agressões morais. Em determinado dia, o companheiro a agrediu fisicamente, provocando lesões no nariz e no joelho, espancando-lhe enquanto proferia ameaças. As agressões só cessaram quando o agente percebeu a chegada de policiais e se evadiu do local.

Depois do ocorrido, o Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Águas Claras deferiu medidas protetivas em favor da transexual, mas, em seguida, declinou a competência para a Vara Criminal sob o argumento de que se deve buscar segurança jurídica na aplicação das normas a partir de critérios objetivos para aferir qual gênero há de ser reconhecido pelo direito. Como a questão ainda não foi discutida pelo Legislativo, a aplicação da Lei Maria da Penha ao caso configuraria analogia *in mala partem*³³, o que é vedado, pois, a referida lei tem caráter processual e penal.

Ainda, argumentou que a mudança do sexo no registro civil poderia autorizar tal aplicação, favorecendo a segurança jurídica. Todavia, como no caso ainda constava o sexo masculino no registro da vítima, tal aplicação não poderia ser feita.

O Tribunal proveu o recurso alegando que não há analogia *in mala partem*, pois o gênero do indivíduo é aquele pelo qual é reconhecido socialmente, que não necessariamente correspondente ao sexo biológico. Como a vítima se autodetermina como mulher e é socialmente reconhecida como tal, para efeitos legais, ela deve ser reconhecida como pertencente ao gênero feminino, ainda que no registro civil conste o contrário.

O argumento do Tribunal encontra-se fundamentado nos estudos recentes sobre teoria de gênero, reconhecendo que o gênero é uma questão de autodeterminação. Além disso, o TJ-DF coaduna com os estudos de Butler (2006) de que o gênero é performativo. Assim,

no registro civil.

2 O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual [sic], sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher.

3 Não há analogia *in mala partem* ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese.

4 Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha.

Recurso em sentido estrito provido.

(TJ-DF 20171610076127 DF 0006926-72.2017.8.07.0020, Relator: GEORGE LOPES, Data de Julgamento: 05/04/2018, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/04/2018. Pág.: 119/125)

³³ Analogia é um procedimento para o preenchimento de lacunas na lei, pelo qual, um caso que não encontra previsão legal é julgado de acordo com a aplicação em outros casos semelhantes. Analogia *in mala partem* é quando esse procedimento se dá em prejuízo ao réu. O que é proibido na esfera criminal.

para garantir a segurança jurídica, deve ser averiguado o comportamento social da vítima, conforme trecho da ementa do acórdão:

O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher (DISTRITO FEDERAL, 2018, p. 124 e 125).

Outro ponto importante a ser observado é que o Tribunal reconhece que a aplicação da Lei Maria da Penha ao caso em questão se dá em face da existência de vulnerabilidade, seguindo assim o que está determinado no art. 4º do referido diploma legal. Como demonstra o voto do relator George Lopes³⁴:

Além disso, uma vez que se apresenta dessa forma, a vítima também carrega consigo todos os estereótipos de vulnerabilidade e sujeição voltados ao gênero feminino, combatidos pela Lei Maria da Penha. Admitida socialmente como [nome omitido], a ela se aplicam vários dos mecanismos de posse e submissão que justificam a incidência do diploma mais protetivo. [...] Negar incidência da Lei Maria da Penha, nesta hipótese, é observar a dupla fragilidade da vítima - por ser mulher e por ser transgênero - sem garantir-lhe qualquer forma especial de tutela. (DISTRITO FEDERAL, 2018, p. 10, online)

Os esforços argumentativos observados no caso em tela se originam da omissão legislativa em relação às pessoas *trans* vítimas de violência doméstica e familiar. Como pontuado pelo Des. George Lopes, essas pessoas possuem dupla vulnerabilidade: por não se adequarem ao modelo binário heterossexual e por se identificarem com o gênero feminino. Desse modo, negar a aplicação da Lei Maria da Penha nesses casos vai de encontro à finalidade social dessa lei.

Por isso, transita, na Câmara de Deputados, o Projeto de Lei PL nº 8032/2014, de autoria da Deputada Jandira Feghali, que pretende ampliar a proteção da Lei Maria da Penha às pessoas transexuais e transgêneros. E, no Senado Federal, o Projeto de Lei do Senado nº 191 de 2017, de autoria do Senador Jorge Viana, que pretende alterar a Lei Maria da Penha, para estabelecer que independe da identidade de gênero a garantia de direitos à mulher. Ambos serão analisados a seguir.

4.4. Tentativas legislativas

O Projeto de Lei PL nº 8032/2014, proposto pela deputada Jandira Feghali, atualmente, espera apreciação conclusiva pelas Comissões de Direitos Humanos e Minorias, de Seguridade Social e Família, de Constituição e Justiça e de Cidadania.

³⁴ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180509-16.pdf> (último acesso: 03/11/2018).

O Projeto pretende ampliar a proteção da Lei Maria da Penha às pessoas transexuais e transgêneros, o que o faz mediante a modificação do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 11.340/2006, que passaria a ter a redação: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual e se aplicam às pessoas transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres” (BRASIL, 2014, p. 01).

Embora o projeto represente um avanço importante na garantia dos direitos das pessoas *trans*, em face da omissão legislativa, não se encontra imune a críticas. Lopes et al. (2015) reconhece que algumas questões levantadas na justificativa do projeto são problemáticas.

Segundo as autoras, a deputada reforça estereótipos a muito combatidos pelos movimentos da causa *trans*, como exemplo, a identificação da transexualidade com a vontade de modificação corporal, como se mostra na justificativa do projeto: “Ao se ver num corpo diferente do de seu cérebro, a pessoa passa a querer mudar de sexo, com o fim de ajustar o seu corpo à sua mente” (BRASIL, 2014, p. 02).

Como já amplamente discutido ao longo deste trabalho, a transidentidade não está, necessariamente, ligada ao desejo de adequação corporal. Nesse sentido, a identidade de gênero é uma questão de sentir-se adequado na ‘performance’ assumida por determinado grupo de gênero. A realização dessa performance não, necessariamente, implica que o indivíduo deva ou queira fazer modificações corporais. O gênero, na verdade, não se encontra no corpo, mas, na forma como o sujeito se mostra à sociedade.

Ademais, outra crítica que se possa fazer ao referido projeto é a limitação da aplicação às pessoas transexuais e transgêneros. Como também já foi abordado neste trabalho, não são só esses grupos que fogem do padrão binário de gênero, o que ocorre em razão da própria complexidade do gênero e dos padrões comportamentais humanos. Delimitar a aplicação a transexuais e a transgêneros pode excluir grupos igualmente vulneráveis, como as travestis. Assim, o projeto não sanaria por completo a omissão legislativa.

Por sua vez, o Projeto de Lei do Senado nº 191 de 2017, proposto pelo senador Jorge Viana, está tramitando na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. O projeto tem o mesmo objetivo do outro criado pela deputada Jandira Feghali, todavia, o busca por caminho diferente.

Pretende modificar a redação do art. 2º da Lei nº 11.340/2006 que passaria a ter a seguinte redação:

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, 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 (BRASIL, 2017, p. 02).

O referido projeto, ao contrário do apresentado na Câmara de Deputados, não limita a proteção da Lei Maria da Penha a determinados grupos gêneros diversos, pretendendo, assim, ser mais abrangente. Entretanto, quando o legislador coloca o termo ‘mulher independente de identidade de gênero’ incorre em erro.

Isso porque se autodeterminar como mulher já uma identidade de gênero. Há, portanto, uma confusão entre identidade de gênero e transidentidade. A identidade de gênero é inerente a todo e qualquer indivíduo. Todavia, essa identidade pode se identificar com o sexo biológico (*cis*) ou não (*trans*), além das inúmeras possibilidades que se encontram dentro desse espectro.

Tal erro se mostra evidente na justificativa do projeto:

Estamos falando, portanto, de conferir a proteção especial da Lei Maria da Penha a pessoas que se enxergam, se comportam e vivem como mulheres, e que, da mesma forma que as que nascem com o sexo feminino, sofrem violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral por parte de parentes, companheiros ou conviventes. Com esse propósito, a presente proposição acrescenta ao art. 2º da Lei Maria da Penha a expressão “identidade de gênero”, a fim de permitir a sua aplicação a transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres (BRASIL, 2017, p. 03).

Desse modo, percebe-se que, embora as tentativas legislativas procurem sanar a omissão legal e garantir a tutela dos direitos das pessoas *trans* em situação de violência doméstica e familiar, os projetos acabam incorrendo em erros teóricos, que podem implicar na eficácia dessa tutela.

Lopes et al. (2015) afirma que tais erros ocorrem devido a falta de diálogo entre os legisladores – como também, os aplicadores da lei – e movimentos *trans*:

É preciso aproximar o judiciário dos debates ligados às transversalidades que permeiam os temas e transpor os limites postos a fim de ampliar a proteção às que precisam e garantir os seus direitos, superar de fato as idéias do senso comum que insistem em subjugar, oprimir, violentar e invisibilizar minorias (LOPES ET AL., 2015, p. 08).

De fato, é necessária uma aproximação tanto do Legislativo, como do Judiciário com os estudos de teoria de gênero, garantindo a racionalidade nos processos de elaboração, interpretação e aplicação das leis. Por meio dessa interdisciplinaridade o legislador e o jurista garantem não só a racionalidade no campo normativo, como também, a segurança jurídica. Uma vez que os argumentos e justificativas passam a se fundamentar em estudos científicos e não na subjetividade, podendo, assim, serem verificados e contestados quando necessário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou, por meio de estudos bibliográficos e jurisprudenciais, averiguar se é possível a aplicação da Lei Maria da Penha às pessoas *trans*, sem que se fira algum princípio constitucional e sem que se prejudique a segurança jurídica.

Para tanto, buscou-se, na doutrina jurídica, estudos específicos sobre a Lei Maria da Penha para a melhor compreensão desse diploma legal, especialmente, quanto à sua finalidade social.

Para a correta análise de uma lei, principalmente quando se busca descobrir sua finalidade social, o jurista não pode se concentrar apenas em seu texto. A lei não é um fim em si, ela é feita pela sociedade e para a sociedade. Assim, durante os estudos sobre a Lei nº 11.340/2006, pretendeu-se compreendê-la de forma ampla, sem ignorar seu contexto social e histórico.

Desse modo, extraiu-se desses estudos que a finalidade social específica da Lei Maria da Penha é a proteção das mulheres. Dessa maneira, como manda a própria norma do art. 4º da referida lei, em sua interpretação, o jurista deve considerar essa finalidade social e a condição peculiar das mulheres em situação de violência, que é a vulnerabilidade.

No entanto, o estudo voltado apenas à Lei Maria da Penha não respondeu ao questionamento que levou à elaboração deste trabalho. Isso porque, para a análise correta, é preciso averiguar também o que define ser mulher. A partir dessa resposta, é que se poderia comparar mulheres biologicamente nascidas como tal e mulheres *trans*, concluindo se ambas são semelhantes ou não.

Dessa forma, buscou-se, igualmente, estudos voltados à teoria de gênero em uma proposta interdisciplinar de estudar o Direito. Desses estudos, retirou-se que ser mulher não está atrelado ao sexo biológico, mas ao gênero feminino. Nesse sentido, o gênero é algo que o indivíduo sente e procura externar à sociedade por meio da repetição de padrões comportamentais performativos, sendo assim, autodeterminado. Desse modo, se alguém se sente como mulher o é, independente da genitália que lhe foi atribuída pela genética.

Diante de tais conclusões, voltou-se ao estudo da Lei Maria da Penha em si. Dessa vez, com um enfoque hermenêutico para averiguar, à luz da interpretação teleológica, quem poderia figurar como sujeito passivo e como sujeito ativo da referida lei. Destarte, averiguou-se que a aplicação da Lei Maria Penha para determinado indivíduo deveria se dar quando favorecesse a realização de sua finalidade social específica (proteção das mulheres) e quando estivessem presentes as condições de vulnerabilidade.

Nesse seguimento, à luz da interpretação teleológica, a Lei Maria da Penha poderia ser aplicada às mulheres *trans*, já que elas possuem o mesmo papel social das mulheres *cis*, favorecendo a realização da finalidade social da lei e porque se encontram em situação de vulnerabilidade. Diante disso, averiguou-se um caso específico para analisar como deve se dar essa aplicação.

Ademais, percebeu-se que os esforços argumentativos empreendidos para possibilitar a aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres *trans* se dão em face da omissão legislativa. Todavia, como se pôde ver, existem dois projetos de lei no parlamento brasileiro que pretendem sanar tal omissão. Entretanto, tais projetos são alvos de críticas, uma vez que incorrem em erros teóricos.

Tais erros decorrem do desconhecimento do legislador, bem como de boa parte dos juristas, sobre os estudos de teoria de gênero. Assim, se faz necessária uma aproximação tanto do Legislativo, quanto do Judiciário, aos movimentos da causa *trans* e aos estudiosos da teoria *queer*.

Visando à segurança jurídica, uma mudança legislativa representaria um grande avanço na garantia dos direitos das mulheres *trans* e na tutela legal daquelas que são vítimas de violência familiar ou doméstica. Todavia, a omissão legislativa não desautoriza a aplicação da Lei nº 11.340/2006 a essas pessoas. Uma vez que se mostrou que mulheres *cis* e mulheres *trans* são semelhantes: ambas são mulheres e, por isso, merecem a proteção específica da legislação.

Desse modo, a aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres *trans* não implicaria prejuízos à segurança jurídica. Pelo contrário, favoreceria a realização da finalidade social da lei: a proteção das mulheres (independente da genitália).

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Thiago Pierobom de. **O novo crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência: primeiras considerações**. 2018. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/o-novo-crime-de-descumprimento-de-medidas-protetivas-de-urgencia-primeiras-consideracoes-por-thiago-pierobom-de-avila/>> Acesso em: 05 de nov de 2018.
- BASTERD, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**, p. 13-38. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**, Tradução Sérgio Milliet, 2º ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. Das medidas protetivas que obrigam o agressor – artigos 22. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**, p. 307-314. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**, São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BONASSI, Bruna Camillo; AMARAL, Marília dos Santos; TONELI, Maria Juraci Filgueiras; QUEIROZ, Mariana Amaral de. Vulnerabilidades mapeadas, violências localizadas: experiência de pessoas travestis e transexuais no Brasil. *In*: **Quaderns de Psicologia**, Volume 17, nº 03, p. 83-98. Barcelona: 2015. Disponível em: <<http://www.quadernsdepsicologia.cat/article/view/v17-n3-camillo-dossantos-filgueiras-et-al>>. Acesso em: 03 de out de 2018
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático [...], Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 de nov de 2018.
- _____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**: Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Brasília: 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 05 de nov de 2018
- _____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...], Brasília: 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 05 de nov de 2018.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8032/2014**: Amplia a proteção de que trata a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha - às pessoas transexuais e transgêneros, Brasília: 2014. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=81E26C772BA B33BEA7D5E1B234FA07A5.proposicoesWebExterno2?codteor=1282632&filename=PL+8032/2014>. Acesso em: 04 de nov de 2018.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 191 de 2017**: Altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha –, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero, Brasília: 2017, Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5339539&ts=1528491455249&disposition=inline&ts=1528491455249>>. Acesso em: 04 de nov de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Habeas Corpus, **RHC 41.970/MG**, Relator: Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, Brasília: DJE dia 22/08/2014, 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336874&num_registro=201303582831&data=20140822&formato=PDF>. Acesso em: 07 de nov de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, **ADI nº 4275/DF**, Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília: DJ nº 45 do dia 09/03/2018, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 07 de nov de 2018.

BUTLER, Judith P. **Cuerpos que importan**: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”, Traducción Alcira Bixio, 1ª ed., Buenos Aires: Paidós, 2002.

_____. **Deshacer el género**, Traducción Patricia Soley-Beltran, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2006.

_____. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade, Tradução Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAMPOS, Carmen Hein de. Disposições Preliminares – artigos 1º, 2º, 3º e 4º. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**, p. 173-184. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

COELHO, Maria Julieta Lima. **A identidade de gênero e os direitos da personalidade**: a despatologização das transidentidades. 2016. 42 f. Monografia (graduação), Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Rio Grande: 2016.

DIAS, Maria Berenice, **A Lei Maria da Penha na justiça**: efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. O princípio constitucional da igualdade e a Lei Maria da Penha. *In*: **Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, ed. 2009/2, p. 103-121. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2009.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Recurso em Sentido Estrito, **Acórdão nº 1089057**, Relator: GEORGE LOPES, Brasília: DJE de 20/04/2018, pág. 119-125, 2018. Disponível em: <<https://dje.tjdft.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em: 04 de nov de 18.

FERDOKO, Blogarka e BERREDO, Lukas. **O círculo vicioso da violência**: pessoas trans e

gênero-diversas, migração e trabalho sexual, Volume 19, Tradução Sara Wagner Pimenta Gonçalves Jr, Berlim: Série de Publicações TvT, 2017. Disponível em: <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/01/TvT-PS-Vol19-2017.pdf>>. Acesso em: 03 de out de 2018.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o Processo Penal no caminho da efetividade**. 2013. 283 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003

FERREIRA, Rafael Soares. **A discriminação positiva na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e a sua adequação ao princípio constitucional da isonomia**. 2008. 66 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza: 2008.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão**, 2012, 262 f., Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo: 2012.

HEERDT, Samara Wilhelm. Das medidas protetivas de urgência à ofendida – artigos 23 e 24. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**, p. 315-326. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Tradução João Baptista Machado, 6ª ed., Martins Fontes, São Paulo: 1998.

LEITÃO, Juliana Gonçalves. **Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha; a resposta ao clamor silencioso das vítimas da violência doméstica**. Edições Técnicas, Fortaleza: 2009.

LOPES, Saskya Miranda; LEITE, Bianca Muniz; ARAÚJO, Rosângela Costa, Proteção para quem? Lei Maria da Penha e as mulheres trans, *In*: **Anais do IV Seminário Enlaçando Sexualidades**, Salvador: EDUNEB, 2015, Disponível em: <<http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2015/07/artigo completosaskyalopesebiancal eitererosangelaaraujo.pdf>>. Acesso em: 04 de nov de 2018.

MAGALHÃES, José Edson de Araújo. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei Maria da Penha – nº 11.340/06**. 2014. 52 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza: 2014.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica – 4ª ed.**, Atlas, São Paulo: 2013.

MARCONDES, Thereza Christina Vieira. **A fruição dos direitos humanos da mulher e a Lei Maria da Penha**. 2010. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2010.

MAXIMILIANO, Carlos, **Hermenêutica e aplicação do direito**, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MELO, Caio Jarbas Batista de. **Os sujeitos ativo e passivo na Lei Maria da Penha**. 2014. 57 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza: 2014.

MOURA, Maria de Jesus Pereira. **Natureza jurídica e efetividade das medidas protetivas de urgência da lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha)**, no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. 2015. 61 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza: 2015.

NASCIMENTO, Luana Regina Ferreira do. **Aplicação da Lei Maria da Penha: um estudo sobre estereótipos de gênero no Judiciário**. 2012. 83 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Política Social, Brasília: 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único – 8ª ed.** Editora JusPodivm, Salvador: 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional – 11ª ed. rev. ampl. e atual**, Editora JusPodivm, Salvador: 2016.

PIOVESAN, Flávia e PIMENTEL, Silvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**, p. 101-118. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

QUEIROZ, Fernanda Marques de. **Não se rima amor e dor: cenas cotidianas de violência contra a mulher**. Edições UERN, Mossoró: 2008.

SAFFIOTI, Heleith I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *In*: **Cadernos Pagu**, nº 16, Dossiê: Feminismo em questão, questões do feminismo, p. 157-163, Campinas: 2001. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a07.pdf>>. Acesso em: 05 de nov de 2018.

_____. Primórdios do conceito de gênero *In*: **Cadernos Pagu**, nº 12, Simone de Beauvoir & os feminismos do século XX, p. 157-163, Campinas: 1999. Disponível em: < <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8634812>>. Acesso em: 05 de nov de 2018.

SIMIONI, Fabiane e CRUZ, Rúbia Abs da. Da violência doméstica e familiar – artigo 5º. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**, p. 185-194. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**, p 93-100. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar – 11ª ed. rev., ampl. e atual**. Editora JusPodivm, Salvador: 2016.