

**ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA**

MAURICIO LÚCIO CAETANO DA SILVA

**O ALCANCE POSSÍVEL DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES  
HOMOAFETIVAS**

Rio de Janeiro - RJ  
2020

**MAURICIO LÚCIO CAETANO DA SILVA**

**O ALCANCE POSSÍVEL DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES  
HOMOAFETIVAS**

Relatório final, apresentado a Escola de  
Administração Judiciária, como parte das  
exigências para a obtenção do título de Pós Penal.

**ORIENTADOR: Profº: José Maria de Castro Panoeiro**

Rio de Janeiro - RJ  
2020

MAURICIO LÚCIO CAETANO DA SILVA

**O POSSÍVEL ALCANCE DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES  
HOMOAFETIVAS**

Subtítulo do Trabalho

Relatório final, apresentado a Escola de  
Administração Judiciária, como parte das  
exigências para a obtenção do título de  
Pós Penal.

Rio de Janeiro, 07 de janeiro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.º José Maria de Castro Panoeiro  
Escola de Administração Judiciária

---

Prof.ª Dr.ª Maria Carolina de Almeida Duarte  
Escola de Administração Judiciária

---

Prof.º Mestre: Luciano Silva Barreto  
Escola de Administração Judiciária

## RESUMO

A Lei 11.340/2005, conhecida como Lei Maria da Penha, fruto das reivindicações feministas no Brasil e que teve a história de Maria da Penha Maia Fernandes como símbolo desta luta, trata-se de uma norma protetiva com a finalidade de combater, erradicar e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher, considerada uma das formas de violação dos direitos humanos. Quando esta se trata de “violência de gênero”, os tribunais superiores vêm em reiterada jurisprudência estendendo a proteção as pessoas transgênero.

Nossa pesquisa buscou traçar a identificação da pessoa transgênero e o alcance da proteção jurídica através da Lei Maria da Penha. A necessidade da tutela da violência doméstica nas mais variadas relações, na busca de uma proteção efetiva da dignidade humana, qual seria mais adequado? A teoria geral das fontes ou o poder geral de cautela?

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha, Transgênero, Alcance da Norma.

## **ABSTRACT**

The 11.340 / 2005 Law, known as Maria da Penha Law, the result of feminist claims in Brazil had in the history of Maria da Penha Maia Fernandes as a symbol of this struggle, is a protective norm with the purpose of combating, eradicating and punishing domestic violence. against women considered one of the forms of violation of human rights. When it comes to “gender-based violence,” higher courts come into repeated case law extending protection to transgender people.

Our research sought to trace the identification of the transgender person and the scope of legal protection through the Maria da Penha Law. The need to protect domestic violence in the most varied relationships, seeking an effective protection of human dignity, which would be more appropriate? The general theory of sources or the general power of caution?

**Keywords:** Lei Maria da Penha, Transgender, Scope of the Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>07</b>
<b>1 LEI MARIA DA PENHA; DESTINATÁRIOS DA NORMA E SUA APLICABILIDADE</b> .....	<b>08</b>
1.1. Histórico da Lei Maria da Penha.....	08
1.1.1 Mulher vítima de violência doméstica e familiar .....	14
1.1.2 Violência de Gênero .....	30
1.2 Aplicabilidade .....	33
1.3 Imposição e medidas protetivas em favor da parte requerente.....	35
1.4 Caráter Penal da Norma.....	38
1.5 Análise Crítica da LMP .....	39
<b>2 IDENTIDADE DE DIGNIDADE HUMANA: TRANSGÊNEROS COMPREENSÃO E ALCANCE DA PROTEÇÃO JURÍDICA</b> .....	<b>42</b>
2.1 A Modernidade Líquida de Bauman como reflexão à superação do conceito estático de identidade .....	45
2.2 Homossexualidade e sociedade: da discriminação e criminalização ao reconhecimento da homofobia como crime.....	47
2.3 A Comunidade LGBTI e a identidade de gênero: uma mudança de paradigma .....	53
<b>3 A NECESSIDADE DE TUTELA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NAS MAIS VARIADAS RELAÇÕES: ENTRE A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES E O MANEJO DO PODER GERAL DE CAUTELA: QUAL O CAMINHO A SEGUIR PARA UMA TUTELA EFETIVA</b> .....	<b>57</b>
3.1 Origem e aplicabilidade da teoria do diálogo das fontes .....	57
3.2 Pode a Lei Maria da Penha ir além do seu objetivo inicial? .....	58
3.3 Análise crítica: entre o dialogo das fontes e o poder geral de cautela: seria o poder geral de cautela suficiente à proteção da dignidade humana? .....	60
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>XX</b>



## INTRODUÇÃO

A Lei 11340 de 22 de setembro de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi uma homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou paraplégica após sofrer inúmeras agressões do seu Marido. Seu nome se tornou símbolo de reivindicações feministas. A conduta foi denunciada na corte Interamericana de Direitos Humanos. Em resultado, o Brasil foi condenado. A Lei Maria da Penha nasce como mecanismo de coibir a violência doméstica e familiar, considerada uma das formas de violação dos direitos humanos. Nossa pesquisa tratou do alcance da Lei para estendê-la na proteção das pessoas transgênero que vivem o gênero feminino.

A evolução social, dentro da “modernidade líquida”, questiona os conceitos das identidades estabelecidos na modernidade sólida. Demandas nascem de segmentos da sociedade sub-representados no parlamento, que o Congresso Nacional não acompanha, mas o judiciário em decisões históricas, vem agindo, extraindo da constituição a tutela dos vulneráveis, ainda que tais decisões revelam a face de um “Brasil legal” em confronto com um “Brasil real”.

Optamos pelo método bibliográfico, comparando literaturas em artigos, decisões judiciais e da nossa presença em alguns seminários sobre o tema em ambientes das áreas do direito, da sociologia e antropologia, para compreender a violência de “gênero” conceito que a doutrina jurídica até então no nosso sentir não soube mostrar. Em meio a controvérsia, esperamos ser um contributo na discussão.

# **1 LEI MARIA DA PENHA; DESTINATÁRIOS DA NORMA E SUA APLICABILIDADE**

## **1.1 Histórico da Lei Maria Da Penha**

A Lei 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha é uma homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica que ficou paraplégica devido as inúmeras agressões praticadas pelo seu companheiro. Apesar de levar suas queixas às autoridades, não obteve a proteção adequada do Poder Público até que a história desse descaso chegasse como denúncia na Comissão Interamericana dos Direitos Humanos dos Estados Americanos. Foi a primeira vez que a OEA acatou uma denúncia pela prática de violência doméstica. O Brasil foi responsabilizado pela negligência e omissão frente a violência doméstica sendo recomendado na condenação a adotar várias medidas, entre elas: conter a violência doméstica e simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual. (DIAS, 2019)

O Brasil acatou a recomendação da OEA, e o Congresso Nacional promulgou a Lei 9099/95 a partir da autorização do artigo 98, I, da Constituição Federal, que prevê a criação de juizados especiais com finalidade de julgar crimes de menor potencial ofensivo, com penas de até 2 anos e também estabeleceu um mecanismo célere na prestação da jurisdição, mediante procedimento oral e sumaríssimo admitindo a transação penal e adoção de medidas despenalizadoras. Essa norma não trouxe tratamento adequado a violência doméstica e familiar em toda a sua relevância,

e o resultado deixou a desejar, tendo em vista que, os delitos cometidos contra as mulheres - lesão corporal leve, ameaça, injúria e calúnia, foram enquadrados na categoria de crimes de menor potencial ofensivo e ainda, a ofendida tinha que representar contra o seu agressor, expondo-se a constrangimento numa relação histórica e cultural de subordinação, uma realidade “hierarquizada de poder por excelência entre agressor e vítima” (MORAES, 2009, p.318, apud DIAS, 2019, p.60) não há como exigir que o mais vulnerável formalize queixa. Foi necessário que se formasse, na sociedade brasileira, com firmeza e solidez, a compreensão abrangência dos direitos humanos, que ancoram a LPM.

Assim, compreende-se a feitura da Lei 11.340 no formato de microsistema jurídico, significa que ela é uma norma destinada a retirar direitos encontrados em outros códigos, ela cumpre a tarefa de regulá-los tematicamente. A LMP é um corte essencialmente ligado a um tema específico, cuidando-se tratar de uma rede de proteção para a mulher vítima de violência doméstica e familiar, considerada como violação de direitos humanos. (PIOVESAN, 2009 apud DIAS, 2019)

“Direitos humanos significam direito de proteção e marcado por uma lógica própria e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados” (TRINDADE, 1996, p.XXXV) a observação que o Professor Antonio Augusto Cançado Trindade nos apresenta desse novo direito, é que na proteção de seres humanos ele afasta a rígida distinção entre Direito Público e Direito Privado, entre o público e o privado, como acontece na violência doméstica, chamando de fantasia os que chamam de “gerações de direitos” quando tratam do direitos humanos numa visão atomizada ou fragmentada destes no tempo. “(...) Os direitos humanos não se sucedem substituem um aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais” (TRINDADE, 1996, p.XXXVII)

A questão da violência doméstica e familiar tem suas causas em raízes profundas na sociedade brasileira, marcada pelo patriarcalismo, não poderia, como se pensou, que a Lei 9099 fosse esse mecanismo de proteção descrito na Constituição Federal, ainda que a Lei dos Juizados, formalmente justificasse uma proteção, sua prática em relação a violência doméstica precisou ser afastada e no lugar um novo diploma mais abrangente foi necessário, sobretudo que reconhecesse uma desigualdade sociológica, para a sua correção. Daí o aspecto material da norma que busca igualar os iguais e desigualar os desiguais na medida das suas desigualdades. Temos a LMP como um exemplo de ação afirmativa conforme nos apresenta a professora Alice Bianchini (2014) sustentando que a Convenção para Eliminação de Formas de Discriminação Sobre a Mulher (CEDAW), no seu artigo 4, no preâmbulo e no artigo 1 da LMP determina que:

- Medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação;
- De nenhuma maneira a utilização de tais medidas especiais implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais;
- Essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento forem alcançados.

Sobre isso Bianchini (2014) afirma:

A máxima tratar os iguais de modo igual, e os desiguais de modo desigual representa um reconhecimento de que os indivíduos que se estabeleceram no mundo em condições desiguais não podem, por mera declaração de vontade obter condição de vida igual ou equivalente aos que gozam de vantagem, sejam elas quais forem. Daí

a necessidade de ações afirmativas, ou discriminações positivas ou ações positivas, consubstanciadas em políticas públicas que objetivem concretizar materialmente o discurso relevante, porém vazio, de igualdade, com objetivo de mitigar os efeitos das discriminações que heranças de costumes passados insistem em manter no presente, sem nenhum argumento ético que as justifiquem. (BIANCHINI, 2014)

As ações afirmativas previstas na LMP são destinadas ao empoderamento das mulheres, a partir da diminuição das desigualdades sociais, políticas e econômica.

Ainda que se argumente o ferimento do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, a desigualdade é reconhecida pela lei e não é discriminatória, do mesmo modo como é previsto no Estatuto do Idoso, a desigualdade se justifica, uma vez que a proteção do idoso se faz necessária, afinal um idoso não pode ser comparado com um jovem de 25 anos de idade. Desde que, a distinção da lei tiver por escopo a tutela de categoria social vulnerável, a discriminação feita pela norma é legítima.

Paulo Bonavides (1986), em seu livro *Ciência Política*, nos dá um conceito de legitimidade quando comparada com a legalidade

(...) a legitimidade tem exigências mais delicadas visto que levanta problema de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal. A legitimidade é a legalidade acrescida da sua valoração. É o critério que se busca a menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.

No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência.

A legalidade de um regime democrático, é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática". (BONAVIDES, 1986,p.114)

Foi necessário a criação de um diploma que permitisse a quebra do espaço privado das relações de família, a "máxima em briga de marido e mulher ninguém mete a colher" deixou de existir.

Se na lei 9099 encontramos normas despenalizadoras, agora com a LMP de certa forma, temos normas criminalizadoras, tendo por objetivo, porém, desestimular a violência. Não que a LMP seja uma norma penal,

(...) Seu viés não é punitivo, mas muito mais o preventivo e assistencial. Não tem caráter unicamente repressivo: na verdade criou um modelo diferenciado, dotado de efetividade para proteger a vítima, reeducar o agressor e romper o ciclo da violência, ora denominado processo protetivo. (FERNANDES, 2015, p.240, apud DIAS, 2019, p.57)

Um passo importante, foi adaptar, na lei, o sistema processual permitindo que a pessoa tenha o efetivo acesso à justiça. Como exemplo temos, a inversão do ônus da prova, na LPM cabe ao agressor provar que a violência não ocorreu; a palavra da vítima é valorizada, se no processo penal vige o princípio do in dubio pro reo, no caso da violência doméstica vigora o in dubio pró-mulher.

O destinatário da norma protetiva é a mulher. Hoje em dia se questiona-se o conceito do termo “mulher”, embora isso não signifique negar o avanço da LPM na proteção dos vulneráveis. O conceito mulher é no sentido biológico? Ou de uma identidade de gênero feminina?

Segundo Maria Berenice,

A referência legal ao sexo da vítima não se limita ao conceito biológico da pessoa com genitália feminina. Diz também com quem tem identidade de gênero feminino. A constatação de que a vítima apenas pode ser mulher decorre do propósito legislativo de empoderar a mulher na luta contra a cultura patriarcal e machista, razão pela qual, a lei se debruçou sobre o gênero para impor mecanismos de coibição da violência. (Melo, Machado, 2019, apud, DIAS, 2019, p. 71)

Ao afirmar que a mulher está sob o seu abrigo, sem distinguir sua orientação sexual ou identidade de gênero, a lei assegura proteção tanto a lésbica como a travestis, transexuais e transgêneros de identidade feminina que mantém relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Quando ocorrem situações de

violência em quaisquer desses relacionamentos, justifica-se a especial proteção como violência doméstica. (Disponível em: [www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br), apud DIAS 2019)

Esta lei é uma promessa da Constituição Federal em criar mecanismos para coibir a violência contra a mulher em âmbito familiar. Para o constituinte originário, a família é a base do Estado e tem por isso especial proteção. A instituição família, segundo Dias (2019) exposto na Constituição Federal se afastou do modelo tradicional constituída pelo casamento, para “enlaçar uma multiplicidade de conformações familiares: famílias compostas, reconstruídas” (DIAS, 2019, p.57).

#### 1.1.1 Mulher vítima de violência doméstica ou familiar

Procuramos um conceito jurídico de “mulher”, desde o início com a Lei 11.340/06, para desenvolver o nosso tema, vindo somente a encontrar no artigo do professor Francisco Dirceu Barros (2015) em que apresenta hipóteses da incidência da qualificadora “feminicídio” prevista na Lei 13.104/15, acrescida ao artigo 121 do Código Penal. Assim, nos permitimos sair um pouco da ordem de apresentação da Lei Maria da Penha para discutir o conceito de mulher apresentado pelo professor:

#### Problematização I:

Tício fez um procedimento cirúrgico denominado neocolpovulvoplastia alterando genitália masculina para feminina, ato contínuo, Tício, através de uma ação judicial, muda seu nome para Tícia e, conseqüentemente, todos os seus documentos são alterados. Posteriormente, em uma discussão motivada pela opção sexual de Tícia, Sepronio disparou cinco tiros, assassinando-a.

Pergunta-se: Sepronio será denunciado por homicídio com a qualificadora do inciso VI (se o homicídio é cometido contra a mulher por razões de gênero)?

#### Problematização II:

Tícia, entendendo que psicologicamente é do sexo masculino, interpõe ação judicial e muda seu nome para Tício, conseqüentemente, todos seus documentos são alterados. Posteriormente, em uma discussão motivada pela opção sexual de Tício, Sepronio disparou cinco tiros, assassinando-o.

Pergunta-se: considerando que a vítima é biologicamente mulher, mas foi registrada como Tício, Sepronio será denunciado por homicídio com a qualificadora do inciso VI (se o homicídio é cometido: VI- contra a mulher por razões de gênero)?

#### Problematização III:

Tício, tem dois órgãos genitais, um feminino e outro masculino. O órgão prevalente é o masculino. Certo dia em uma discussão motivada, em uma discussão motivada pela

opção sexual de Ticio, Sepronio disparou 5 tiros assassinando-o.

Pergunta-se: considerando que a vítima também tem um órgão genital feminino, Sepronio será denunciado por homicídio com a qualificadora do inciso VI (se o crime é cometido: VI contra a mulher por razões de gênero)? (BARROS, 2015)

A seguir, o autor falará das cirurgias de redesignação sexual

1 - A neocolpovulvoplastia e o feminicídio: a cirurgia sexual ou de redesignação sexual ou de transgenitalização consiste nos procedimentos cirúrgicos denominados neocolpovulvoplastia e neofaloplastia. Ela permite mudança do aparelho sexual importando apenas em alterações estéticas e não genéticas. A neocolpovulvoplastia é a mudança da genitália masculina para feminina; consiste, basicamente, em duas etapas: na primeira o pênis é amputado e são retirados os testículos do paciente e, em seguida, faz-se uma cavidade vaginal; a segunda etapa é marcada pela constituição plástica: com a pele do saco escrotal são formados os lábios vaginais. A operação inversa, ou seja, a transformação do aparelho feminino para o masculino se denomina neofaloplastia, mas ela está autorizada pela mencionada resolução (ele não disse), ainda a título experimental. (...) (BARROS, 2015)

O conceito jurídico de mulher para caracterização do feminicídio, para este doutrinador, é um tema muito novo, e “já antecipa que haverá três posições, pois, a doutrina vai elaborar três critérios para identificar a mulher com objetivo de aplicar a qualificadora do feminicídio”. (Barros 2015)

- 1- Posição, critério psicológico, haverá defesa no sentido de que se deve desconsiderar o critério cromossomial, para identificar como mulher toda aquela em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino.

Adotando-se esse critério, matar alguém que fez o procedimento de neocolpovulvoplastia ou que psicologicamente acredita ser uma mulher, será aplicado a qualificadora do feminicídio.

- 2- Posição: critério jurídico cível, este autor cita Rogerio Greco (GRECO, p.478, apud, Barros, 2015) comentando o crime de estupro, defende que deve ser considerado o sexo que consta no registro civil (...): se a modificação se der tão - somente no documento de identidade, com a simples retificação do nome, aquela pessoa ainda poderá ser considerada vítima do delito de estupro. No entanto se houver determinação judicial para a modificação do registro de nascimento, alterando-se o sexo do peticionário, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural, orgânico, passando, agora, a um conceito de natureza jurídica, determinado pelos julgadores.

- 3- posição; critério biológico, para este doutrinador, este critério é o que deve ser sempre considerado, ou seja identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Neste caso, como

a neocolpovulplastia altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível aplicação da qualificadora do feminicídio (...) (Barros, 2015)

O critério biológico identifica homem ou mulher a) pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino: sexo morfológico ou somático resulta da soma das características genitais (órgãos genitais externos, pênis e vagina, e órgãos genitais internos testículos e ovários) e extragenitais somáticas (caracteres secundários - desenvolvimentos de mamas, dos pelos pubianos, timbre de voz, etc.; b) sexo genético ou cromossômico é responsável pela determinação do sexo do indivíduo através dos genes ou pares de cromossomos sexuais (xy-masculino e xx-feminino) e c) sexo endócrino é identificado nas glândulas sexuais, testículos e ovários, que produzem hormônios sexuais (testosterona e progesterona) responsáveis em conceder a pessoa atributos masculino ou feminino. (BARROS, 2015)

Segundo o autor,

(...) o grande problema de usarmos o critério psicológico para conceituar “mulher” é que o mesmo é formado pela convicção íntima da pessoa que entende pertencer ao sexo feminino, critério que pode ser, diante do caso concreto subjetivo, algo que não é compatível com o direito penal moderno. (BARROS, 2015)

Em relação ao

(...) critério jurídico cível, data vênua, também não pode ser aplicado, pois as instancias cível e penal são independentes, assim a mudança jurídica no cível representaria algo que seria usado em prejuízo do réu, que afrontando o princípio da proibição da analogia in malam partem, o corolário da legalidade proíbe a adequação típica “por semelhança” entre fatos. (BARROS, 2015)

Ademais, o legislador mesmo sabendo que existem outros gêneros sexuais, não incluiu os transexuais, homossexuais e travestis, sendo peremptório ao afirmar: “Considera-se que há razoes de gênero quando o crime envolve: menosprezo ou discriminação a condição de mulher”. (BARROS, 2015)

Prosseguindo na reprodução artigo, sobre a questão dos hermafroditas e o feminicídio afirma que os intersexuais, ou sexo dúbio, como chama

(...) são pessoas que possuem órgãos sexuais dos dois sexos. Usando critério biológico, entendemos que a qualificadora do feminicídio só pode ser aplicado se o órgão feminino for prevalente. (BARROS, 2015)

E, ao final conclui:

Vítima homossexual ou travesti: não haverá feminicídio, considerando que o sexo biológico continua sendo masculino.

Vítima lésbica: haverá feminicídio, considerando que o sexo biológico sendo feminino.

Vítima transexual que realizou procedimento de neocolpovulvoplastia: não haverá feminicídio, conspirando que sob o aspecto morfológico, genético e endócrino continua sendo do sexo masculino.

Vítima hermafrodita: pode haver feminicídio dependendo da análise do sexo biológico prevalente. (BARROS, 2015)

Ousamos discordar do referido doutrinador, a Lei 13.104/2015 deu nova redação ao artigo 121 do código penal, que considera feminicídio, caracterizado como norma qualificadora incluído no rol dos crimes hediondos. Esta lei está intimamente ligada a LMP e cria um novo tipo penal. Enquanto a Lei Maria da Penha trata de diversas formas de violência no âmbito familiar e é o instrumento legal para evitar o assassinato de mulheres visa pôr fim ao ciclo de violência que tenta conter prevendo um rol extensivo de medidas, a lei do feminicídio vem a complementar trazendo uma nova figura penal ampliando a rede de proteção à mulher.

A discussão do tema gira em torno de uma controvérsia jurídica, em primeiro lugar, o autor não explicita, ou não esclarece o que ele chama de “opção sexual” como se esta questão fosse opcional. Em relação a isso, há controvérsias entre opção e orientação sexual, segundo QUIRINO, ROCHA (2012)

(...) Observa-se uma limitação conceitual usar termo opção sexual como sinônimo de orientação sexual, tanto ao se falar em sexualidade quanto em educação sexual, isso denota a pouca atualização sobre o assunto sexuais. Prefere-se, nesse sentido, usar o constructo orientação sexual por ser mais adequado. Os comportamentos sexuais e as performances de gênero começam a se delinear na infância, através das experiências infantis e da identificação com os gêneros, ocasião na qual a criança não possui uma capacidade avaliativa de realizar uma escolha e, portanto fazer sua opção sexual. Essas experiências caracterizam-se por sua fluidez e transitoriedade, por conseguinte, não são fixas e predeterminadas. Soma-se a esse aspecto a consideração de que o uso opção indicaria escolha de uma forma de desejo e, nessa perspectiva, nem o/a heterossexual e nem o/a homossexual fizeram essa escolha". (QUIRINO, ROCHA, 2012)

O autor organiza seu texto a partir de três possibilidades e as problematiza, ou seja, ele trabalha a questão a partir de três critérios que são o psicológico, o jurídico cível e o biológico. Em relação ao critério psicológico o autor menospreza a própria subjetividade, sem demonstrar o mínimo nível de empatia com as pessoas que se submetem a cirurgia de redesignação sexual (nucovolvoplastia e faloplastia), revelando assim, desconhecimento quanto a complexidade e magnitude da tomada de decisão. Para completar o quadro, o autor sequer considera a decisão judicial que altera os seus dados civis.

Em relação ao critério cível, o autor falha ainda ao desrespeitar o caráter erga omnes da decisão judicial ao mencionar que as instancias cível e penal eram diversas e não poderia a decisão do cível ser usada na seara criminal, sob o risco de utilizar a analogia in malam partem em desfavor do réu. Com o advento da Lei 12.015/2009 o homem passou a figurar como vítima possível do crime de estupro, assim, o exemplo não está pertinente.

Quanto ao critério morfológico abordando o hermafrodita o autor utiliza a expressão “sexo prevalente”, já que o hermafrodita apresenta de modo aparente e explícito os dois sexos, o termo “prevalente” utilizado pelo autor se refere a funcionalidade ou as dimensões do órgão sexual? Ou seja, o critério biológico é o que vale em todas as ocorrências.

(...) Vítima homossexual ou travesti: não haverá feminicídio (...) Vítima lésbica: haverá feminicídio, considerando o sexo biológico sendo feminino (...) Vítima transexual que realizou o procedimento de neocolpovultia: não haverá feminicídio, considerando que sob os aspectos morfológico, genético e endócrino continua sendo do sexo masculino. (BARROS, 2015)

Passamos a analisar a qualificadora do feminicídio. A tipicidade guarda correspondência entre a conduta e o tipo penal. A elaboração dos tipos penais surge na perspectiva histórica, com a ascensão da burguesia (vitoriosa sobre a monarquia absoluta) e com a consolidação do liberalismo, baseado em princípios iluministas de

justificação racional do poder punitivo do estado, criou um modelo baseado prioritariamente em leis bem definidas (princípio da legalidade) laboradas em molduras de condutas que possuiriam relevância para o direito penal, constituindo, essas próprias condutas, os diferentes tipos penais. O estabelecimento de leis prévias a capacidade de punir derrubou o modelo monárquico em que os governantes puniam arbitrariamente, formando os pilares do Estado de Direito.

Tratando desse período, Jorge Figueiredo Dias (2007) relata que a dogmática jurídico-penal era a única ciência que servia a aplicação do direito penal e com o passar do tempo, observou-se a necessidade de controle social dos crimes que aumentavam e não podia se bastar a uma ciência puramente jurídica do Direito Penal, dependia de estratégias de política criminal, bem como de uma ciência empírica, a criminologia. Diante de contestações a possibilidade de algumas dessas ciências influírem e se sobreporem a lei escrita na aplicação do direito penal, levou Von Liszt a defender a ideia de um modelo tripartido, uma ciência conjunta (total ou global) do direito penal

“(...) que compreenderia como ciências autônomas: a ciência estrita do direito penal (ou dogmática jurídico-penal) concebida ao sabor do tempo, como conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicitados como ciência das causas do crime e da criminalidade; a política criminal, como “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica nas causas do crime e dos efeitos da pena e, a criminologia como ciência empírica.

Esse tempo histórico corresponde em perspectiva ideológica ao Estado de Direito, liberal e individualista, isto é de um Estado subordinado a esquemas rígidos de legalidade formal, alheio a

valorações das conexões de sentido, dos fundamentos axiológicos, numa breve conclusão: era o tempo da metodologia jurídica positivista, a aplicação da punibilidade não podia nesse contexto pertencer a outra instância que não fosse a ciência estrita do direito penal, das normas legais do direito penal e da vontade do legislador, nesse período se pensava ser esse o caminho para afastar a aplicação do acaso e do arbítrio típico do poder absoluto. (DIAS, 2007)

Até a Segunda Guerra Mundial, (...) a Lei e o Princípio da Legalidade eram as únicas fontes de legitimação do Direito de competência normativa medida em que uma norma jurídica era válida não por ser justa, mas sim, exclusivamente, por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa. (FERRAJOLI, 2003, p.16 apud CUNHA, 2011, p.40)

Assim, poderemos comparar as duas ordens jurídicas em seus respectivos espaços constitucionais, não sem antes, apreender as lições doutrinárias a respeito da ordem jurídica penal, que por diferentes razões, formarão as bases da sua compreensão, visto em um sistema, a partir de uma base de conhecimento próxima das ciências da natureza, que chamamos lógico-dedutivo, e isso é fundamental, o nosso olhar sobre os fenômenos sociais não tem as mesmas razões que explicam a lei da gravidade, que nos pareceu influente no período (final do século XIX) que no modelo tripartido proposto por Von Liszt, chamado ciência conjunta (total ou global) do direito penal, reunindo a dogmática jurídico-penal, a política criminal e a criminologia, desenvolvem um sistema, avançado para a época, visando controle social dos crimes, contestado pelos doutrinadores, situado em um estado subordinado

a esquemas rígidos de legalidade formal, daí sua frase: “o direito penal (e portanto a dogmática jurídico-penal) constitui a barreira intransponível da política criminal” (DIAS, 2007) e precisamos continuar chamando sua atenção, no modelo em exame, em que a criminologia, a ciência do ser naturalística, conforme a época, se transformará a partir do anos 60, assumindo um caráter crítico e não será mais vista pelo método etiológico-explicativo, com as manifestações “interacionismo (ou *labeling approach*), e a etnometodologia”.

Fernando Capez (2003) analisará o Estado de Direito formal, na produção normativa:

(...) É que não existe discussão sobre os critérios de seleção de condutas delituosas feitos pelo legislador. A lei não reconhece como crime uma situação preexistente, mas, ao contrário, cria o crime. Não existe necessidade de se fixar um conteúdo material para o fato típico, pois para eleger como tal o que bem entender, sendo impossível qualquer discussão acerca do seu conteúdo. (...) E, agora sob a égide de um Estado de Direito material:

Por essa razão, nosso constituinte, foi além, afirmando que o Brasil não é apenas um Estado de Direito, mas um Estado Democrático de Direito.(...) significa não apenas aquele que impõe a submissão de todos ao império da lei, mas aquele onde as leis possuem conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade. Sem esse conteúdo a norma se configurará atentatória aos princípios básicos da dignidade da pessoa humana.

(...) Verifica-se o Estado Democrático de Direito (...) pela imposição de metas e deveres quanto (...) o combate ao preconceito de sexo (...) e

quaisquer outras formas de discriminação (CF, art.3, I a IV) (...) e pelo respeito inarredável da dignidade humana. (...)

Significa, portanto, (...) onde as leis possuam conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais, somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade(...)

Nesta altura, chegamos ao tipo penal:

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonância com os princípios derivados deste perfil político Constitucional (...)” (CAPEZ, 2003, p. 7-13)

Retornando ao professor Jorge de Figueiredo Dias, no contexto de um Estado de Direito material, a metodologia a ser aplicada ao caso concreto pelo jurista, buscará a solução mais justa do problema, vale dizer, até onde o pensamento do problema se pode introduzir ou mesmo se quer sobrepor ao pensamento do sistema em que a política criminal pertence a competência dos limites da punibilidade.

Em reforço de enquadrar a dogmática jurídico-penal, assim o direito penal e as ciências conjuntas, em um sistema.

Na obra “Introdução Crítica ao Direito Brasileiro”, Batista (2005) afirma

(...) a dogmática, por certo, uma leitura pontilhada da lei; sua técnica reconstruir os variados elementos que integram a lei, organizando-os como sistema. Essa é uma palavra chave do

surgimento histórico da dogmática, bem como na angústia de seu futuro. A ideia de sistema, como assinala Luhmann, chegou à ciência do direito no início do século 17, vinda da astronomia e da teoria musical.

De fato, as legislações anteriores a esse período consistiam na justaposição sequencial de textos, “compilações” cujo conhecimento era haurido pelo exame individual-circular de cada texto (glosa). Como lembra, Foucault - “o historiador tinha por tarefa estabelecer a grande compilação dos documentos e dos signos (referencia p.118), a partir de então, sob a regência da “classificação” como instrumento metodológico central, estavam franqueadas as rotas gnosiológicas que conduziram a “história natural” e sua aparente aptidão para apreender num só “quadro” as mais distintas e contraditórias “classes.” (BATISTA, 2005, p.118-119)

Não por acaso, Ihering (1946), fundador do método dogmático, caracterizava a construção jurídica como a aplicação do método da história natural com a matéria jurídica. (BATISTA, 2005) .

“Para Ihering, a sistematização configura o nível superior da jurisprudência, enquanto a história e a interpretação configuram seu nível inferior. O tributo do positivismo se exprime em suas reiteradas comparações do direito com a química, ou no esforço de categorização de “corpos jurídicos”. A influência dessas ideias é ainda hoje

absolutamente visível: dir-se-á “frente a um conjunto de disposições legais, o jurista se comporta como um físico”

Entre nós, Nelson Hungria ira proclamar que “o sistema é a mais perfeita forma do conhecimento científico.

As etapas do método dogmático são:

- 1- Demarcação do universo jurídico (catalogação completa dos textos legais vigentes na área objeto de interesse);
- 2- Análise e ordenação (as leis validas são de início apreciadas individualmente, e logo, a partir de semelhanças e disparidades, submetidas a exercícios de agrupamento que permitirão estabelecer uma ainda que provisória ordem logica);
- 3- Simplificação e Categorização (o material resultante das etapas anteriores é simplificado ,quantitativa e qualitativamente, dando origem aos princípios classificatórios, que funcionarão como eixos categoriais);
- 4 -reconstrução dogmática (a dogmática ,pela classificação e reorganização da “matéria ”legal, assim reconstruída, produz um sistema que revelará e demarcará conteúdo e inter-relacionamento lógico dos textos legais ’devolvidos” sob a condição de serem conhecidos através da mediação desse sistema) (BATISTA, 2005, p.119)

Que a dogmática é um método (com todos os limites que são inerentes a qualquer método) crítico, de investigação, conhecimento e interpretação do Direito Penal. A dogmática jurídico-penal parte de preceitos legais (considerados dogmas) e procuram racionalizar a

interpretação e aplicação do Direito penal, elaborando e estruturando o seu conteúdo, bem como ordenando-o como em um sistema.

(...) Embora a dogmática penal parta de um conjunto de normas (princípios e regras) não deve assumir caráter dogmático no sentido de uma verdade inquestionável e imutável, uma vez que deve reconhecer seu caráter valorativo e essencialmente crítico.

(...) Assevera-se que a dogmática cumpre uma das mais importantes funções que cabem a atividade jurídica em um Estado Democrático de Direito: garantir os direitos fundamentais do indivíduo face ao poder arbitrário do Estado, pois, ainda que este tenha limites se faz necessário o controle e segurança de tais limites.

De acordo com esta perspectiva, a dogmática deve se concentrar na tutela de bens jurídico-penais em benefício de direitos e garantias fundamentais, sendo, portanto, constitucionalmente orientada. Assim sendo, certas concepções de dogmática, ao propor a configuração de um sistema aberto, permeável face a incidência de princípios que devem inspirar a intervenção jurídico penal, têm a grande vantagem de conseguir restringir a incidência do poder punitivo ao minimamente necessário. (AGUIAR, 2016, disponível em: <<https://leonardoaguiar.jus.brasil.com.br>>, acesso em 31 de maio de 2019)

Nossa conclusão está em oposição ao autor do artigo, o tipo penal qualificador e por consequência a tipicidade do crime de feminicídio da Lei 13.104/2015. Temos que no Estado Democrático de Direito o intérprete necessariamente há de fazer a leitura do ordenamento jurídico com filtros constitucionais para a compreensão do tipo

penal como categoria jurídica de conteúdo “fechado”, como nas problematizações apresentadas. O desenvolvimento da teoria do tipo, integrando o Direito Penal, com suas bases teóricas desenvolvidas em uma ordem sistêmica situada historicamente na formação do Estado de Direito formal, migra para uma ordem constitucional material, tornando-se, assim, um tipo aberto, a ser preenchido por valores fundamentais, dessa outra ordem de valores, onde a pessoa humana é o destinatário da missão civilizatória do Estado. Alcançando no nosso entendimento a proteção das pessoas que vivem o gênero feminino. Dentre as correntes doutrinárias apresentadas pelo autor, psicológica, jurídico cível e biológica, pelos motivos que sustentamos, a psicológica é a adequada, e sem a exigência de prévia intervenção cirúrgica, pois a representação na mente do agente é válida, o tipo “mulher” descrito na qualificadora, não tem a característica de um tipo fechado, a conduta do agressor, é direcionada contra pessoa que vive o gênero feminino. O tipo penal é aberto, que por consequência a tipicidade é alcançada. A norma extraída, deste modo, está longe das exigências das posições cível e biológica em torno do assunto.

### 1.1.2 Violência de gênero

Segundo a Convenção de Belém do Pará, afirma-se que “(...) a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres”. (DIAS, 2019)

Na busca de uma definição do que é violência de gênero, necessário falar inicialmente do gênero, que pode ser definido

(...) uma construção de social e histórica de caráter relacional, configurada a partir das significações e da simbolização cultural de diferenças anatômicas entre homens e mulheres. (...) Implica o estabelecimento de relações, papéis e identidades ativamente construídas por sujeitos ao longo de suas vidas, em nossas sociedades, historicamente produzindo e reproduzindo relações de desigualdades social de dominação/subordinação” (BARREDA, 2012, p. 101)

A violência de gênero, envolve essa determinação social dos papéis masculino e feminino. Toda sociedade pode atribuir diferentes papéis ao homem e a mulher, todavia, no caso da sociedade brasileira e aos homens os papéis masculinos são supervalorizados em detrimento dos femininos. Conforme Maria Amélia Telles e Monica de Melo “os papéis impostos as mulheres e aos homens, consolidados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos”. (TELES, 2002)

Para a professora Lia Zanotta

a LMP visa corrigir a desigualdade entre homens e mulheres marcadas pelas desigualdades históricas e culturais, antes a violência de gênero não era pensada como violência, era pensada como castigo, correção e como poder masculino sobre as mulheres. Nos códigos penais e nas leis civis poderes diferenciados eram dados aos homens e as mulheres. Durante o período colonial as Ordenações Filipinas permitiam o marido traído matar a esposa

infiel. A violência está montada em uma ideia de poder desigual (...) A lei deve limitar e terminar com a violência e ao mesmo tempo tem que haver revolução social e cultural para que os poderes entre homens e mulheres sejam iguais (...) no nível familiar e no nível público (Transcrição ZANOTTA, 2015)

É possível observar que a Lei 11.340/2006 trata a violência doméstica e familiar na perspectiva do gênero, tanto é assim, que pode ser praticada por qualquer pessoa, seja homem ou mulher, o termo “mulher” pode se referir tanto ao sexo feminino, quanto ao gênero feminino.

“Uma distinção se faz necessária, entre sexo e gênero: ambos eram tomados como sinônimos, já faz tempo, porém, que entendemos que tais conceitos como basicamente distintos, essa distinção, aliás, tem a capacidade de condicionar a vida de muitos brasileiros. O conceito “sexo” é regularmente utilizado para definir categorias inatas dadas a partir da perspectiva da biologia: o feminino e o masculino. Já “gênero” aos papéis e as construções sociais que homens e mulheres optam por performar durante a vida. Em suma, sexo é uma categoria mais fixa, o resultado visível de diferenças anatômicas, enquanto o gênero “traduz o sexo”: é uma distinção socialmente construída e que ultrapassa a evidência biológica operada a partir de categorias binárias.” (SCHWARCZ, 2019, p.183-184).

O contexto da violência doméstica e familiar da LMP é desencadeada pela violência de gênero, pois é a violência de gênero a causa, que desencadeia os seus efeitos protetivos da lei em comento, e é uma violência específica que pode ser

praticada por qualquer indivíduo, seja homem ou mulher. O termo “mulher” tanto pode se referir tanto ao sexo feminino, quanto ao gênero feminino.

Assim, diz -se que a violência é baseada no gênero, pelo fato dessa violência se referir às características sociais, culturais e políticas impostas a homens e mulheres.

Luiz Flávio Gomes explica:

Sexualmente falando a diferença entre homem e a mulher é o seguinte: o homem faz a mulher engravidar; a mulher menstrua, faz a gestação e amamenta. Fisicamente falando essa é a diferença. Fora disso, qualquer outro tipo de distinção é cultural (e é aqui que reside a violência de gênero) cada sociedade (e cada época) forma (cria) uma identidade para a mulher e para o homem (a mulher deve fazer isso, isso e aquilo; o homem deve fazer isso, isso e aquilo). O modo como a sociedade vê o papel de cada um, com total independência frente ao sexo (ou seja: frente ao nosso substrato biológico, é o que define o gênero. Todas as diferenças não decorrentes da (pura) biologia e “impostas pela sociedade” são diferenças de gênero. (Disponível em: < [www.blogdofg.om.br](http://www.blogdofg.om.br)>, Acesso em: 22 de dezembro de 2019 )

## 1.2 Aplicabilidade

A aplicação da norma jurídica é um processo complexo, exigindo do operador do Direito a interpretação do texto legal positivado e sua complementação que, como

aponta Karl Larenz (1969), é obtida mediante constante dialeticidade entre a norma e o fato, a legislação e a jurisprudência, o ser e o dever ser, o direito e a realidade, os valores e o processo, o geral e o concreto. E a LMP não foi diferente, ainda que a norma visa proteger a vítima contra a violência de gênero, em um contexto familiar, não é apenas a violência perpetrada pelo homem contra a sua “mulher”, como nos aponta Maria Berenice (2019) que doutrina e jurisprudência alargaram a tutela em relações familiares, levando em consideração posições hierárquicas de poder e opressão em ambiente familiar, entre parentes observando requisitos para aplicação da LMP se a violência empregada é de gênero, e a vítima de encontra em situação de vulnerabilidade.

A LMP, segundo a professora Adélia Moreira Pessoa, presidente da Comissão de Gênero e Violência Doméstica do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias (IBDFAM)

(...) comporta três eixos principais no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres: proteção e assistência; prevenção e educação; combate e responsabilização. Informa caráter protetivo (atenção à vítima) e de intervenção (educação e reabilitação de agressores). Além disso, representa o reconhecimento da violência contra as mulheres como problema de múltiplas dimensões que não pode ser tratado apenas como problema de justiça criminal. (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>, Acesso em 15 de dezembro de 2019)

Temos que a LMP tem sua aplicabilidade com a finalidade de prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, e aí teríamos a pergunta seria em razão do sexo ou do gênero?

Cezar Roberto Bitencourt (2017), admite sua aplicação para as pessoas do sexo masculino nas relações homoafetivas como veremos a frente.

O Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar (Fonavid) reúne magistrados de todo país que atuam em processos que tratam da violência contra a mulher, com objetivo de compartilhar experiências e procedimentos relacionados a Lei Maria da Penha, para melhor atender formulam enunciados, diretivas para melhor desempenho da prestação judicial, assim se pronunciaram como por exemplo, no Enunciado 46 do Fonavid:

A lei Maria da Penha se aplica as mulheres transexuais, independentemente da alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo da Lei 11.340. (Fonavid, enun. 46)

### 1.3. Imposições e medidas protetivas em favor da parte requerente

Tem a Lei Maria da Penha um rol de medidas para dar efetividade ao seu propósito, são as tutelas de urgência, que visam assegurar à mulher uma vida sem violência. E da mulher a iniciativa de pedir proteção, e após formado o expediente para deflagrar a tutela provisional de urgência, pode o juiz agir de ofício, desde a

prisão, afastamento do lar ou de manter distância da vítima e seus familiares, adotar outras medidas que entender necessárias para tornar efetiva a proteção. Cumpre destacar que, os pedidos de proteção não se resumem ao comparecimento em delegacias, mas também nas demandas cíveis. Pode o juiz determinar de ofício, isto é, sem provocação da requerente, a adoção das providências necessárias à proteção da vítima e dos integrantes da unidade familiar. Conforme se depreende da leitura da doutrina de Maria Berenice Dias (2019) de que o rol das medidas protetivas é exemplificativo, defendendo que se trata de um sistema aberto, deixando ao magistrado, diante do caso concreto, a escolha da medida que reputar mais adequada, necessária e proporcional para alcançar o resultado almejado, mesmo sem previsão legal. A atividade do juízo está na prevenção do ilícito. Na doutrina desta autora, a violência doméstica não configura somente ilícito penal, mas também ilícito civil

(...) como a jurisdição penal tem por objetivo punir o agente depois do ilícito consumado, há necessidade de buscar a tutela jurisdicional prevista na lei processual civil. Tanto a tutela inibitória para inibir a prática do ilícito, como a tutela reintegratória para remover ou impedir a sua continuação. Desse modo é importante distinguir: a sanção penal ao agressor; as consequências civis do ilícito cometido; e as medidas que visam a impedir que a violência ocorra ou se perpetue. (DIAS, 2019, p. 161)

Ainda afirma a professora Alice Bianchinin (2014):

Por serem excepcionais e por preverem sérias restrições de direitos (como é o caso da maioria das medidas protetivas previstas na LMP) a aplicação dos instrumentos de discriminação positiva só se justifica em situações muito relevantes (princípio da proporcionalidade). É que, ao mesmo tempo em que de um lado se alargam garantias (em relação à vítima: garantia da vida, da integridade física e psicológica etc.), de outro se limitam direitos (concernentes ao réu: liberdade de ir e vir, presunção da inocência, direito ao contraditório etc.).

É assentado o entendimento de que “direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas (...) Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007 apud, BIANCHINI, 2014)

Medida protetiva de urgência da LMP tem conteúdo satisfativo, significa dizer que dispensa o ajuizamento da ação principal na órbita civil, no prazo de 30 dias (CPC, artigos 308 e 309, II). Na prática, os juízes deferem medidas protetivas que implicam em restrição à liberdade do agressor, sem limitação temporária. Aqui uma observação: os juízes comunicam à vítima que se elas permitirem o retorno do agressor ao lar ou sua aproximação aquém dos limites fixados, a medida restará revogada.

#### 1.4. O caráter penal da norma

Doutrina debate sobre a natureza jurídica das medidas protetivas previstas na lei. Doutrina se divide em considerar a sua natureza se cível ou penal. Cezar Roberto Bitencourt afirma que:

Esta trata, fundamentalmente, de medidas protetivas, corretivas e contra a discriminação, independentemente da opção sexual. Nesta seara, por apresentar maior abrangência e não tratar de matéria penal, admite sem sombra de dúvidas, analogia, interpretação extensiva, inclusive para proteger pessoas do sexo masculino nas relações homoafetivas. Nesse sentido, há, inclusive, decisões de nossos tribunais superiores reconhecendo em parte essa aplicabilidade” (BITTENCOURT, 2015, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>, Acesso em: 2 nov. 2019 )

Fausto Rodrigues de Lima (2019), afirma que:

(...) a discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é para proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas. (LIMA, 2019, p.329, apud DIAS, p.163, 2019)

E, adiante, o doutrinador referido, concluí:

assemelham-se aos writs constitucionais como o habeas corpus e o mandado de segurança, não protegem processos, mas direitos fundamentais do indivíduo. São, portanto, medidas cautelares inominadas, que visam garantir direitos fundamentais e “coibir a violência” no âmbito das relações familiares conforme preconiza a Constituição da República, artigo 226, parágrafo 8. (LIMA, 2019, p.329, apud DIAS, p.163, 2019)

Ainda assim, não desconhecemos a natureza penal da medida protetiva estando no lugar contra quem é dirigida a ordem judicial.

### 1.5 Análise crítica da LMP

A ementa da LMP ao mostrar sua relação umbilical com os direitos humanos, a isso, adicionamos, o argumento de Berenice Bento (2008)

quanto maior a compreensão de que a transexualidade se insere no campo da identidade de gênero e dos direitos humanos, menores serão os obstáculos (...) ao seu reconhecimento como fato, a

velha máxima romana: ex facto oritur jus, o fato origina o direito.  
(BENTO, 2008, p. 71)

Diz a referida autora, apontando o poder legislativo como um dos

“palcos privilegiados para se travar o debate sobre a diversidade de gênero e os direitos dessas pessoas ao reconhecimento pleno ao gênero identificado (...) melhor, o gênero como auto perceptível como decidiu o STF, na ADI 4274, com vistas a alteração de nome e gênero no assento de registro civil, refazendo a norma, dando interpretação conforme ao artigo 58 da Lei 6.015 /1973, sem a necessidade de realizar procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. (BENTO, 2008, p. 71)

Carmen Hein de Campos (2016) aponta vários méritos e desafios, o reconhecimento na LMP, por exemplo a sua formulação, para a autora,

(...) constitui uma ruptura paradigmática, o fato de ter sido elaborada pela experiência feminista (CAMPOS, 2011), preenchendo uma lacuna no tratamento da violência que por força da categorização eram resolvidos pela Lei 9099. A redefinição da expressão “vítima” ficou consolidada como “mulheres em situação de violência” expressão que permite perceber o caráter transitório desta condição (...) (CAMPOS, 2016, p. 156)

Ainda a referida autora, tem uma visão crítica sobre o sistema de justiça criminal de aplicação da lei, propondo uma segunda ruptura, agora, com ênfase, no deslocamento do sistema de justiça criminal para o sistema de prevenção e assistência dos destinatários da tutela. Aproveitando a orientação desta professora é oportuna a “segunda ruptura” pautada no acesso à cidadania à mulher vítima de violência doméstica, o alcance da LMP, afinal, não é punitivo, como diz Fernandes (2015, apud, Dias 2019)

Este é o alcance da Lei Maria da Penha. Seu viés principal não é punitivo, mas muito mais o preventivo e assistencial. Não tem caráter unicamente repressivo: na verdade, criou um modelo diferenciado, dotado de efetividade para proteger à vítima, reeducar o agressor e romper o ciclo da violência, ora denominado processo protetivo”. (FERNANDES, 2015, p.240 apud, DIAS, 2019, p.57)

Para esta segunda ruptura, mais que o combate a violência doméstica, as atenções se voltam para o eixo assistência e prevenção na rede de proteção do Estado, ainda é imperiosa a conscientização da sociedade. (DIAS, 2019) Para isso é imprescindível que o Estado adote políticas públicas capazes de suprir as necessidades, social, física e psicológica das vítimas. Em razão da situação de fragilidade emocional e até mesmo física em que se encontra a mulher, a hipossuficiência faz com que o silêncio seja o maior cúmplice dos episódios de violência.

Se faz necessária a existência de órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem de exigências abstratas dirigidas a vontade humana, em ações concretas.

“Não é por outro motivo que o legislador utilizou os verbos será, determinará, assegurará e compreenderá, no tempo futuro, indicando a indispensabilidade da assistência” da mulher vítima de violência doméstica familiar. O tempo verbal é utilizado como ordem e como afirmações condicionadas, que se referem a fatos de realização provável. (GOMES, 2012, p.104 apud DIAS, 2019, p.237)

## **2 IDENTIDADE E DIGNIDADE HUMANA: TRANSGÊNEROS COMPREENSÃO E ALCANCE DA PROTEÇÃO JURÍDICA.**

Sobre a designação “transgênero”, encontramos na pesquisa

“(…) uma pessoa com uma identidade de gênero que difere da típica do sexo atribuído ao nascer” (Wikipédia, VERBETE TRANSGÊNERO, disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Transg%C3%A9nero>> Acesso em: 13 de Nov. de 2019) e pode incluir homens trans e mulheres trans.

A disforia, é na psicologia é um estado caracterizado por ansiedade, depressão e inquietude. Etimologicamente a palavra tem origem na expressão grega *dysphoria* que significa “sofrimento intolerável, agitação extrema” (Houaiss,2009). Assim, é possível imaginar o sofrimento por que passa o transexual.

Segundo Alexandre Saadeh (2004)

“os profissionais que lidam com pacientes que sofrem de disforia de gênero acreditam, de maneira consensual, que o procedimento para alívio dessa condição tem como base uma construção fundada em uma trílice estrutura.” (Saadeh, 2004, p. 46)

Esta estrutura é formada, no entendimento de Desiree Monteiro Cordeiro (2012), da seguinte maneira: psicoterapia, tratamento hormonal e cirurgia de redesignação sexual.

(...) o tripé pode ocorrer de maneira não sucessiva (...) um método pode acompanhar outro no transcorrer do tratamento (...) De acordo com a resolução CFM 1.955/2010, a seleção dos pacientes para serem submetidos a cirurgia de redesignação sexual deverá ter como linha mestra a apreciação de uma equipe multidisciplinar, que deve acompanhar conjuntamente o indivíduo por no mínimo dois anos.” (CORDEIRO, 2012, p.43, apud DIAS, 2019)

Para dimensionar o drama em que vivem as pessoas trans, a *World Professional Association for Transgender Health* (WPATH), em relação ao referido tripé, a cirurgia de redesignação de gênero, normalmente, a última etapa no tratamento da disforia de gênero.

Para uma grande parcela dos transexuais, a disforia de que sofrem não consegue ser aliviada sem que seja feita a cirurgia, pois entendem que somente assim seu corpo estará em harmonia com sua mente (apud WPATH,2011, p.199, apud, DIAS 2019)

Este artigo foi publicado antes da ADI 4275, que permite, agora, ao trans, o direito a mudanças de sua identidade no registro civil. Ação proposta pela Procuradoria Geral da República com base no artigo 58 da Lei 6.015/1973, Lei dos Registros Públicos. Havia também um Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, contra acórdão do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul que manteve decisão de primeiro grau permitindo a mudança de registro civil, mas determinando que a parte passasse por cirurgia de transgenitalização.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconhece o direito. No ano passado a 4ª turma concluiu que a identidade psicossocial prevalece em relação a identidade biológica, não sendo a intervenção médica nos órgãos sexuais um requisito para a alteração de gênero em documentos públicos.

2.1. A modernidade líquida de Bauman como reflexão à superação do conceito estático de identidade.

Para melhor compreensão, trazemos à discussão o professor Zigmunt Bauman (1925-2017) polonês, sociólogo e filósofo. É dele a autoria do conceito de “Modernidade Líquida”, uma metáfora construída comparando a fluidez e volatilidade das relações dinâmicas da modernidade em nosso mundo contemporâneo e que se diferenciam da “modernidade sólida”. Para o autor, “a existência é moderna na medida em que contém a alternativa da ordem e do caos” (BAUMAN, 2001). A modernidade significou uma busca incessante (a ordem) em conhecer e ordenar o mundo. É tempo da construção do Estado Moderno, que nasceu com a busca de uma sociedade racionalmente planejada, visto como um planejamento:

O projeto (...) fornecia os critérios para avaliar a realidade do dia presente. Esses critérios dividiam a população em plantas úteis a serem estimuladas e cuidadosamente cultivadas e ervas daninhas a serem removidas ou arrancadas. (Bauman, 2001, p.29.)

O projeto do Estado Moderno dividia a sociedade em categorias, as pessoas em grupos e buscava através da razão fugir da indeterminação, fundava-se na ideia de que, pela razão se alcançaria a verdade. “A ciência moderna nasceu da esmagadora ambição de conquistar a Natureza e subordiná-la às necessidades humanas (...)” (Bauman, 2001, p.48)

O mundo globalizado-ocidental que conhecemos é resultado desse projeto. A questão identidade, ganha centralidade nas ciências sociais, observação que faz Hall Stuart (1998) em “A Identidade Cultural na Pós-Modernidade” de que as identidades não mais se referem a grupos fechados, ou apenas a identidades étnicas, para Bauman essas identidades na modernidade líquida se tornam instáveis, deixam de ser determinadas por grupos específicos e também deixam de ser o foco de estabilidade social. O mundo construído de objetos duráveis foi substituído pelo de produtos disponíveis projetados para imediata obsolescência. Num mundo como esse, as identidades podem ser adotadas e descartadas como uma troca de roupa. O horror da nova situação é que todo diligente trabalho de construção pode mostrar-se inútil; e o fascínio da nova situação, por outro lado se acham o fato de não estar comprometida por experiências passadas, de nunca ser irrevogavelmente anulada, sempre mantendo “opções abertas”.

Para Bauman (2001) as identidades se tornam em nosso mundo moderno líquido ainda mais ambivalente, as ideias de um projeto de vida, à coerência e univocidade das identidades não mais é objeto de grande preocupação: para a grande maioria dos habitantes do líquido mundo moderno, atitudes como cuidar da coesão, apegar-se às regras, agir de acordo com precedentes e manter-se fiel à lógica da continuidade, em vez de flutuar-se na onda das oportunidades mutáveis e de curta duração, não constituem opções promissoras. (BAUMAN, 2001)

Para o autor a construção da identidade é processo constante, na modernidade há um deslocamento do foco da identidade. Com a globalização há uma ruptura e as identidades passam estar em diálogo constante, deslocadas de um contexto único.

Toda essa exposição demonstra, que nos tempos que correm, a “fluidez” que nos diz Bauman afasta um conceito fossilizado de identidade desenvolvido na

“modernidade sólida”, no lugar de algo fixo, que não muda, na modernidade líquida, diria o sociólogo a “identidade não se herda, crie a sua”.

2.2. Homossexualidade e sociedade: da discriminação e criminalização ao reconhecimento da homofobia como crime.

A homossexualidade refere-se a situação na qual o interesse e o desejo sexual a pessoa do mesmo sexo. É uma das possibilidades verificadas de manifestação da sexualidade e afetividade humana. O homossexual diferente do transexual, é um indivíduo que aceita completamente o sexo ao qual pertence, seja ele feminino ou masculino, porém, sua atração sexual e afetiva é direcionada a indivíduos do mesmo sexo. Não há conflito entre o fator anatômico e o fator psicológico.

Na Grécia antiga, a pederastia consistia numa relação de aprendizagem que todo cidadão deveria estar submetido em uma determinada fase de sua vida. Não revelava um comportamento ou subjetividade, mas sim um procedimento necessário à formação do sexo masculino, livres e gregos, permitida entre homens já maduros e adolescentes imberbes. (apud Dover,1994). Nesse jogo incluía-se ,ainda, a aprendizagem amorosa em que o sexo também estaria envolvido, sem que isso implicasse prejuízo moral ou social ao preceptor ou ao éfebo, pois se consideravam que todos os indivíduos (homens) respondiam a estímulos eróticos distintos em momentos distintos da vida. Findo o período de formação, com o aparecimento de

maturidade, o jovem retornaria à sua família e não seriam mais permitidas relações homoeróticas, pelo menos não oficialmente. No correr da história o termo deixa de designar uma fase da vida do homem e passa a ser análogo ao comportamento sexual entre homens, perdendo por isso seu sentido original. O pederasta passa a ser, então, aquele cujos hábitos sexuais traem a sua essência masculina, sua identidade, sua religião, seu corpo e seu natural desejo (apud Eve Sedgwick, 1985). Observamos aqui a migração do sentido de prática social para descrição de uma comportamento que, segundo Foucault, será talvez o modo mais observado pelas formas de controle, discurso, ideologia e do saber no correr da Idade Média, ainda que a pederastia compreende-se no passado, o aprendizado de uma maneira estética de ser e se portar. Os séculos XVIII e XIX definitivamente transformaram o pederasta em “identidade”, em crime, em exemplo de comportamento capaz de comprometer os então Estados-Nações em processo, como também os já estabelecidos (...) (INÁCIO, 2008, p.115)

A categoria homossexual passou a existir a partir do século XIX no discurso médico. Antes disso, existia o sodomita, que cometia o ato da sodomia, não permitida por motivos religiosos, e por isso, fazia parte dos pecados graves. A sodomia era definida pelo ato, não pela pessoa que o praticasse, e não era considerada uma categoria identitária. Esse termo de origem bíblica era usado para designar perversões sexuais, especialmente o sexo anal, praticado por homossexuais quanto por heterossexuais, mas acabou sendo utilizado para designar atos sexuais entre dois homens.

No Brasil as raízes da criminalização da sodomia têm como referência o processo de colonização e aculturação ocorrida com a transplantação para a colônia

da ordem jurídico-penal-cultural portuguesa. E foi através desta ordem transferida para o Brasil que se iniciou na colônia a história da criminalização das relações homossexuais, com a punição do pecado-crime sodomia (Bellini, 1987, p. 9-17; Trevisan, 2000, p.163-164 )

Em texto de autoria do *United Nations Human Rights Office of The High Commissioner* recortamos uma observação acerca da criminalização das relações das pessoas do mesmo sexo, para permitir uma reflexão da decisão do Supremo Tribunal Federal que criminaliza a homofobia e transfobia enquadrando tais condutas como racismo social.

Em pelo menos 76 países leis discriminatórias criminalizam relações privadas e consensuais de pessoas do mesmo sexo, expondo milhões ao risco de serem presas e processadas- e inclusive, condenadas a pena de morte, em pelo menos cinco países.

A criminalização de relações privadas e consensuais de pessoas do mesmo sexo viola o direito à privacidade e a liberdade contra a discriminação, ambos protegidos pela lei internacional, fazendo com que os estados violem sua obrigação de proteger os direitos humanos de todas as pessoas, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero.

(...) Em alguns casos, o texto da lei é vago e indefinido, referindo-se por exemplo, a libertinagem ou a crime contra a moralidade ou a ordem da natureza

(...) Na maioria dos casos, essas leis são uma herança do regime colonial, impostas aos países durante o século 19 pelas potências coloniais da época. Por exemplo, muitas das leis utilizadas para punir os homens gays na África, e Caribe foram de fato redigidas em Londres

durante a era vitoriana.” (Disponível em: <[www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/lgbt](http://www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/lgbt)> Acesso em: 13 Dez de 2019)

O texto em exame relata as consequências da criminalização das relações homoafetivas, relata as Nações Unidas, frequentemente expressa preocupação, constatando que tais práticas, além de violar os direitos básicos, a criminalização legitima o preconceito e expõe as pessoas a crimes de ódio, abuso policial, tortura e violência familiar, concluí:

A existência de homofobia e transfobia generalizada só torna mais urgente a necessidade de os governos cumprirem seu dever legal de proteger as pessoas LGBT da violência e da discriminação. Revogar as leis que criminalizam as pessoas que tem relações privadas e consensuais com pessoas do mesmo sexo e outras leis usadas para punir as pessoas LGBT é um passo importante para combater preconceito e proteger vidas humanas. (Disponível em: <[www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/lgbt](http://www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/lgbt)> Acesso em: 13 Dez de 2019)

Continuando com a abordagem da homossexualidade no nível mundial, a sua despatologização foi uma decorrência de movimentos libertários que foram surgindo em quase todo mundo, a exemplo das paradas gays, que serviram para buscar o reconhecimento dos homossexuais como pessoas

(...) Até 1974 a homossexualidade era chamada de “homossexualismo” e considerada doença mental pela Associação Americana de Psiquiatria, recebendo, assim, nova nomenclatura, homossexualidade, quando o homossexualismo e deixou de integrar a Classificação Internacional de Doenças n.10, em 1993. Sendo assim, a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a considerar a homossexualidade algo inerente à sexualidade humana, bem como a heterossexualidade. (VECCHIATTI, 2008, p.28)

Assim considerando que a homossexualidade não é considerada doença, a hipótese de tentar a “cura” de algo que não é doença se traduz em uma hipótese de violência psicológica. Dias (2009), alude a nomenclatura “orientação sexual” mais adequada que “opção sexual”, pois não se escolhe ser e sim pelo “sou”.

Nesse giro, e dentro da compreensão constitucional o STF no julgamento da Ação Declaratória de Omissão, ADO 26 e do Mandado de Injunção MI 4733, decidiu-se pela criminalização da homofobia e transfobia com pena prevista de um a três anos, podendo chegar a cinco anos em casos mais graves. Dez dos onze ministros reconheceram haver uma demora inconstitucional do Legislativo em tratar do tema, apenas um ministro discordou. Diante desta omissão, a maioria determinou que a conduta passe a ser punida pela Lei do Racismo (Lei 7716189), que hoje prevê crimes de discriminação ou preconceito por “raça, cor, etnia e procedência nacional”. Na divergência dos votos, disseram que a competência da criação de um novo tipo penal cabe exclusivamente ao Congresso Nacional

(Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>>  
Acesso em: 15 de Dez. de 2019).

Grupos religiosos, manifestaram preocupação, principalmente as comunidades religiosas que encaram a homossexualidade como ato pecaminoso, vindo na criminalização da homofobia e transfobia um cerceamento da liberdade de expressão, seja nos cultos e na vida social do praticante, na decisão do STF, ficou acertado que a manifestação religiosa não fica cerceada, pode ser dito que a homossexualidade é pecado, o que está proibido são os fiéis, pastores e líderes religiosos, incitarem, a violência e o ódio contra a comunidade LGBT, conduta que agora pode ser enquadrada como crime de racismo. (Disponível em: <<http://exame.abril.com.br>> Acesso em 15 de dezembro de 2019.)

Nas divergências de votos, houve discordâncias apontando a exigência de lei, em sentido formal, para criminalizar a conduta. Como também aqueles doutrinadores que apontam o “super-ativismo” no STF ao criminalizar, estaria criando novo tipo penal.

Nessa decisão, em voto do Ministro Barroso afirma que:

Precisamos estabelecer um diálogo respeitoso com o Congresso e com a sociedade para que se compreenda qual é o nosso papel à luz da teoria constitucional. O Congresso deve refletir os interesses e sentimentos da sociedade, passa-los pelo filtro da Constituição. Já a interpretação constitucional é papel típico do Supremo. A lei é ato de vontade e a interpretação é ato de razão. (BARROSO, 2019)

Para Barroso, outras discriminações são punidas com Direito Penal

(...) portanto, não ou da mesma forma a discriminação religiosa, racial, ou a deficiente, seria hierarquizar o sofrimento, as violações de direitos fundamentais. (...) Estamos numa decisão claramente interpretativa, mas usando um conceito de raça preexistente. (BARROSO, 2019)

Destacou, dois fatores importantes: uma omissão constitucional e direitos e liberdades fundamentais em jogo.

2.3 A comunidade LGBTI e a identidade de gênero: uma mudança de paradigma.

O termo LGBT é a sigla de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros. Em uso desde os anos 1990 por vezes, o termo é uma adaptação de LGB, que era utilizado para substituir o termo gay para se referir à comunidade LGBT no fim da década de 1980 (Acronymus, Initialisms & Abbreviations Dictionary Research CO, 1985). Ativistas acreditam que o termo não abrange totalmente ou não representa todos aqueles que fazem parte da comunidade. (SWAIN, 2006)

A sigla LGBT se destina a promover a diversidade das culturas baseadas em identidade sexual e de gênero. Ela pode ser usada para se referir a qualquer um que

não é heterossexual ou não é cisgênero, ao invés de exclusivamente se referir as pessoas que são gays, lésbicas, bissexuais ou transgêneros (SWAIN 2006).

Para reconhecer esta inclusão, uma variante popular, adiciona a letra Q para aqueles que se identificam como *queer* ou que questionam sua identidade sexual; LGBTQ foi registrado em 1996. Algumas pessoas combinam as duas siglas e usam LGBTIQ ou LGBTI. (*YP in action-home*, disponível em: <[www.ypinaction.org](http://www.ypinaction.org)> Acesso em: 16 de set. de 2019).

No Brasil, o termo atual oficialmente usado é LGBT (Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). A alteração do termo GLB tem favor de LGBT foi aprovada na 1 conferência Nacional LGBT, realizada em Brasília em 2008. (SHWARKS, 2019)

Conforme doutrina da professora Lilian Moritz Shwarks

Toda sociedade elabora seus próprios marcadores de diferença. Ou seja, transforma diferenças físicas em estereótipos sociais, em geral de inferioridade, e assim produz preconceito, discriminação e violência. Se o conceito de 'diferença' implica reconhecer, como explica o filósofo Michel Montaigne (1533-1592, apud, SHAWARKS, 2019), que "o homem é um assunto espantosamente vão, variado e inconstante", no sentido de ser rica e plural a experiência humana, o termo, na prática, tem sido mais utilizado para desqualificar. No mundo contemporâneo, ele também é aplicado para justificar um tipo de comportamento que privilegia a formação de grupos isolados em suas mídias digitais, separados por seus interesses e polarizados nas suas identidades; cada qual ficando prisioneiro cativo e afetivo da sua própria bolha (...)

Marcadores sociais da diferença são, portanto, e como define o Núcleo de Estudos sobre Marcadores da Diferença da USP(Numas), categorias classificatórias compreendidas como construções sociais, locais, históricas e culturais, que tanto pertencem à ordem das representações sociais-exemplo das fantasias, dos mitos, das ideologias que criamos - ,quanto exercem uma influência real no mundo, por meio da produção e reprodução de identidades coletivas e de hierarquias sociais.

(...) Na lista de marcadores sociais, com impacto na realidade em que vivemos, estão incluídas categorias como raça, geração, local de origem, gênero e sexo, e outros elementos que têm a capacidade de produzir diversas formas de hierarquia e subordinação”. (SHWARKS, 2019, p. 174)

Alguns exemplos de mudanças de paradigmas que têm sido adotadas em processo de adoção de criança transgênero com dez anos de idade a um casal paulista, o qual a mulher é transexual. A novidade elementar do caso é que a garotinha - apesar de ter nascido menino, se identificava como menina - teve retificado o nome na certidão de nascimento. (Pernambuco, “Quebra de paradigmas: comunidade LGBT conquista mais direitos no instituto da adoção”, Disponível em: <[ibdfam.org.br](http://ibdfam.org.br)> acesso em) Agora, portanto, o documento da menor apresenta prenome feminino, conforme sua condição social, na mesma matéria Maria Berenice Dias, vice-presidente do IBDFAM, revela que a comunidade LGBT ainda enfrenta resistência nos processos de adoção:

“Como não tem lei e sobra preconceito, essas pessoas ainda encontram dificuldades, seja no momento do cadastramento ou na hora de se concretizar a adoção. Trata-se de uma discriminação absolutamente injustificada, e os tribunais estão reconhecendo, de forma unânime, a absoluta personalidade da adoção por casais gays”.

(DIAS, 2019)

### **3. A necessidade de tutela da violência doméstica nas mais variadas relações: entre a teoria do diálogo das fontes e o manejo do poder geral de cautela: qual o caminho para uma tutela mais efetiva**

#### 3.1. Origem e aplicabilidade da teoria do diálogo das fontes.

A teoria do diálogo das fontes foi originalmente concebida pelo professor alemão Erik Jayme da Universidade de Heidelberg e difundida no Brasil por intermédio da professora Claudia Lima Marques (2002). Por meio desta teoria, a aplicação coerente das normas, seria pela promoção de um diálogo sistemático entre as inúmeras normas, deve o exegeta na atividade interpretativa examinar uma harmonia sem exclusão de uma norma em detrimento de outra, preservando o efeito útil normativo em análise. Conforme a professora Claudia Lima Marques (2002) os tradicionais critérios para solução de conflitos de leis no tempo, como anterioridade, especialidade e hierarquia, passam a ser flexibilizados, sob a fundamentação de que na sociedade complexa em que vivemos, a descodificação e a criação de microsistemas, como é a LMP exemplo de ação afirmativa, trariam uma pluralidades de fontes, como que demandariam uma harmonia e coordenação entre as diversas normas do ordenamento. Pela Teoria de Erik Jayme, deve haver uma convivência

entre as normas, um diálogo que permita alcançar a finalidade visada por ambos os diplomas legais, possibilitando ao interprete a extração de comandos normativos de cada um dos textos legais em aparente conflito. Apenas para argumentar, é possível conceber uma situação jurídica, para a qual se aplica uma lei especial sendo igualmente disciplinada pela lei geral editada posteriormente, ainda que haja comando normativo específico na lei especial anterior para a sua regulamentação. Nessa hipótese, extrai-se de cada uma das leis os comandos normativos que mais atendem à finalidade de ambos os diplomas legais, mediante um diálogo entre as normas, sem que haja a rigidez do critério da especialidade.

Como aponta a professora Marques (2002) o diálogo entre as fontes opera-se:

- 1- No plano conceitual, para se definir o alcance e o conteúdo de institutos regulados pelas normas em conflito;
- 2- Na redefinição do campo de aplicação de uma norma por outra;
- 3- Na aplicação coordenada de duas leis que tratam do mesmo assunto, com caráter de complementariedade. Com o advento do Código Civil em 2002, - nosso exemplo de lei geral, em diversos dispositivos no âmbito das relações obrigacionais, passaram a conferir um tratamento mais benéfico ao consumidor do que as próprias normas contidas no Código de Defesa do Consumidor (lei especial), assim aplicando o diálogo das fontes passou-se a suscitar na seara consumerista a aplicação das normas do Código Civil, quando mais benéficas para o consumidor. Não houve a eliminação de nenhuma norma. O ordenamento jurídico permanece. (MARQUES, 2002, p.60-61)

### 3.2. Pode a Lei Maria da Penha ir além do seu objeto inicial?

O objeto da LMP é encontrado no artigo 5, caput, trata-se de proteger a mulher vítima de violência doméstica e familiar baseada no seu gênero, pensar além desta específica violência, é preciso, antes de prosseguir, observar a intenção do legislador em fazer uma lei que busque a proteção integral, voltada para a mulher vítima de violência doméstica e familiar em seus três eixos: prevenção, assistência e contenção.

Campos (2016) chama a atenção para a complexidade da violência tendo no horizonte esses “eixos” procurando manter um equilíbrio, mas que devido a atuação da lei se concentrou no sistema da justiça criminal, sendo preciso pelo poder público, dotações orçamentárias para a atender a assistência e a prevenção. A lei está muito popular, porém associada a justiça criminal do fenômeno violência, quando observamos que a lei ao cuidar de demanda social tão complexa exige investimentos públicos em áreas sociais.

#### A LMP na doutrina do professor Cezar Roberto Bittencourt (2015)

(...) admite a analogia, interpretação analógica e interpretação extensiva. Nas decisões dos tribunais superiores que tem alargado os conceitos legais, permitindo novas leituras da ordem jurídica, trazendo o direito a realidade de uma sociedade marcada pelo patriarcalismo e com sub-representação de segmentos sociais nas esferas do poder político, produzindo leniência legislativa diante da evolução social, não atendendo as demandas produzidas, nem sempre do interesse das representações legislativas denominada nas grandes mídias, de ‘Centrão, bancadas do Boi, da Bíblia e da Bala’. (BITTENCOURT, 2015)

3.3. Análise crítica: entre diálogo das fontes e poder geral de cautela: seria o poder geral de cautela suficiente à proteção da dignidade humana?

O poder geral de cautela, segundo o professor Aury Lopes Junior (2009) não pode ser usado na seara do direito processual penal: “no processo penal não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela”. (LOPES JUNIOR, 2009)

No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e a forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir das regras do devido processo. E, nesse contexto, o princípio da legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para a compreensão do tema

(...) o conceito de tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e

jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil.

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, também exigem estri

ta observâncias do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição na esfera de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo do imputado". (LOPES JUNIOR, 2009)

O professor Renato Brasileiro de Lima (2015) nos informa que o STF, antes do advento da Lei 12.403/11, vinha admitindo a utilização do poder geral de cautela no processo penal com a consequente imposição de medidas cautelares inominadas tendentes a garantir a instrução criminal e também a aplicação da lei penal. Na dicção da ministra Ellen Gracie, não há direito absoluto a liberdade de ir e vir (CF, art. 5, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. Desde que a medida adotada tenha natureza acautelatória, não há falar em violação ao princípio constitucional da não culpabilidade. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela (...)

Em nossa pesquisa deste trabalho acadêmico, buscando informações acerca de estatísticas sobre a população LGBT em utilizar os serviços públicos para a sua proteção, não encontramos nesses locais uma atividade institucional que registrasse a ocorrência de violência contra essa população, em vários locais ouvia que esses números não são visíveis. Visitei alguns juizados de violência doméstica da Capital e de atendimento da defensoria pública. No núcleo de assistência social das varas de

violência doméstica, nos foi apresentado um único caso sobre o tema, de modo, que a qualidade desta decisão seja observada. Trata-se de demanda envolvendo duas pessoas trans, em agravo de instrumento contra deferimento de medida protetiva dada em favor de uma das partes no juízo a quo, no voto do relator, nas razões do seu decidir, pela ordem a proteção constitucional da pessoa humana, em seguida a gênese da Lei Maria da Penha e jurisprudência inclusiva de diversos segmentos sociais, considerando que “o processo legislativo não acompanha a evolução social e a realidade que se apresenta na mesma velocidade” decidiu com base no poder geral de cautela na forma do artigo 282, inciso I, do Cpp ,diante da necessidades de evitar futuras práticas de infrações penais entre as mesmas partes, impor a proibição de manutenção de contato, na forma do artigo 319, inciso III do CPP.

Acompanhamos o professor Aury Lopes Junior, entendendo que na seara processual penal não tem o juiz uma “cláusula geral” para criar outras medidas além das que existem, por força do princípio da legalidade, ainda que, o legislador aumente o rol de medidas cautelares não quer dizer que o juiz terá livre arbítrio para criar outras medidas além daquelas que o legislador disponibilizou.

Por isso, entendemos que o poder geral de cautela é insuficiente para a proteção da dignidade humana, pelas limitações desse poder nas demandas que envolvam pessoas transgêneros. A Lei Maria da Penha, não tem na repressão sua característica predominante, ela tem a missão de combater a violência doméstica e familiar, ao lado de outras finalidades inclusivas, visando romper o ciclo da violência e permitir o acesso a cidadania de todos os seus atores. Entendemos que neste contexto a teoria do diálogo das fontes se apresenta mais apropriada e está consentânea com a ideia de justiça.

## Conclusão

Apresentamos um cenário em que o contemporâneo é um tempo marcado de singularidades, até então, o público e o privado eram separados, emergem as “diferenças” entre os seres, segmentos sociais se destacam numa sociedade de passado colonial e escravagista, que antes, viviam no anonimato e sem justiça para o seu modo de “ser”. Dentro de um quadro social marcado pelas desigualdades e com sub representação nas esferas políticas, foi por meio de lutas pelo reconhecimento de direitos para que o estado brasileiro, condenado na corte interamericana começasse a sair da sua leniência legislativa, e produzisse a LMP, para proteger pessoas vulneráveis, tomando por base a violência de gênero, conceito que a nova lei considera como uma das violações de direitos humanos, de início, tivemos dificuldade de compreender o significado desta violência nos autores do direito, encontrando explicação com antropólogos e sociólogos, temos no nosso entendimento que a rede protetiva da Lei 11340/11 alcança todas as pessoas que querem performar no gênero feminino. As categorias vulneráveis a exemplo dos LGBT, cuja presença em estatísticas produzem um quadro de abandono pelo estado, especialmente no parlamento. Os tribunais superiores tem produzido decisões históricas desde o reconhecimento da união estável e o casamento de pessoas do mesmo sexo, na decisão que criminaliza a homofobia e a transfobia e na que permite a alteração do nome e o gênero na identidade civil sem a necessidade de cirurgia.

Esperamos com a nossa contribuição, defender o Estado democrático de Direito, reafirmando valores do direito penal na sua missão civilizatória.

Reconhecemos que o uso da justiça criminal, por si só não erradicará a violência doméstica e familiar. Temos assim, que o microsistema jurídico da LMP, irradia sua rede de proteção ao fenômeno violência de gênero permitindo assim, a releitura do sistema de justiça.

### Referências Bibliográficas

AGUIAR, L. 2016, **A Dogmática Jurídico-penal**, Jusbrasil, Disponível em: <<https://leonardoaguiar.jus.br>>, acesso em 31 de maio de 2019

BAUMAN, Z. **A Modernidade Líquida**, 1ed. São Paulo: Zahar, 2001

BARREDA, V. **Gênero e Travestismo em el debate**, 1 ed. Buenos Aires: 2012.

BARROS,D.F, **Feminicídio E Neocolpovulvoplastia: As Implicações Legais Do Conceito De Mulher Para Os Fins Penais**, JusBrasil, Disponível em: <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>> Acesso em: 23 nov. 2019.

BARIFOUSE, R, **STF APROVA A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**, Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>> Acesso em: 15 de Dez. de 2019.

BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Brasileiro**, 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.

BENTO, B. **Identidade legal de gênero: Reconhecimento ou Autorização**, 1ed. São Paulo: EdUSP., 2008.

BIANCHINI, A. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006 – aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, C. R., **Qualificadora do feminicídio Pode Ser Aplicada a Transexual**, 2015, Disponível em: < <http://www.conjur.com.br> > Acesso em: 2 nov. 2019.

BONAVIDES, P. **Ciência Política.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

DIAS, J. F. **Direito Penal: parte geral: tomo 1: questões fundamentais; a doutrina geral do crime.** 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

DIAS, M. B. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 5 ed. Bahia: Juspodivm, 2019

CAMPOS, C. H. **Dez Anos da Lei Maria da Penha: E Agora Para Onde?**, Revista dos Tribunais vol. 974|2016|, e Folha de São Paulo, São Paulo: 2016

CUNHA, D. J. **Curso de Direito Constitucional** 5 ed. São Paulo: Editora Jus Pódium, 2011

EXAME ABRIL, Disponível em: <<http://exame.abril.com.br>> Acesso em: 15 de Dez. de 2019.

FACHETTI, G. **A tutela jurídica da identidade do transexual**, Revista do Direito Privado vol. 65, ano 17 São Paulo: RT, 2011

INÁCIO, E. C. **Retratos do Brasil Homossexual: Fronteiras, Subjetividades e Desejo**, 1ed, São Paulo: EdUSP, 2008

JUNIOR, A. L. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**, 1ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009

LIMA, R. L. **Manual de Processo Penal**, 3ed. São Paulo: Juspodium, 2015

MARQUES, C. L. **Superação do Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código do Consumidor e o Civil de 2002**, Revista do Direito do Consumidor, n. 51, São Paulo: RT, 2004

**QUEBRA DE PARADIGMAS: COMUNIDADE LGBT CONQUISTA MAIS DIREITOS NO INSTITUTO DA ADOÇÃO**, Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/>> Acesso em: 15 Dez. de 2019

TELES, M. A. **O que é a violência contra a mulher**, 1ed. São Paulo: Brasiliense, 2002

SCHWARCZ, L. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**, 1ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019

STUART, H. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**, 6ed. São Paulo: DP, 1998

**UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER**,

Disponível em: < [www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/lgbt](http://www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/lgbt) > Acesso em: 13 Dez de 2019

**Violência Machista Da Mulher E Lei Maria Da Penha**, Disponível em

<[www.blogdofg.om.br](http://www.blogdofg.om.br)>, Acesso em: 22 de Dez. de 2019

**YP IN ACTION-HOME**, Disponível em: <[www.ypinaction.org](http://www.ypinaction.org)> Acesso em 16 Set. de 2019

WIKIPÉDIA, **Verbetes Transgênero**, Disponível em:

<<https://pt.wikipedia.org/wiki/Transg%C3%A9nero>> Acesso em: 13 de Nov. de 2019)

ZANOTTA,L., **Temas Contemporâneos**, Senador Federal, Disponível em: <

<http://www.12senadoleg.br>> Acesso em: 22 dez. 2019.