

UNIVERSIDADE FEDERAL DE RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

MARIA GABRIELA FINKIENAUER KORNALEWSKI

**GÊNERO E SUJEITOS DE DIREITO: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE
DA LEI MARIA DA PENHA**

Rio Grande

2015

MARIA GABRIELA FINKIENAUER KORNALEWSKI

**GÊNERO E SUJEITOS DE DIREITO: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE
DA LEI MARIA DA PENHA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Paula Correa Henning

Rio Grande

2015

MARIA GABRIELA FINKIENAUER KORNALEWSKI

**GÊNERO E SUJEITOS DE DIREITO: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE
DA LEI MARIA DA PENHA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Rio Grande, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Dr^a. Paula Correa Henning

Prof^o. Dr^o. Renato Duro Dias

Prof^a. Dr^a. Simone de Biazzi Avlila Batista da Silveira

Rio Grande, _____ de _____ de 2015.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha família, pelo incentivo e apoio de sempre e, principalmente, por terem me ensinado a acreditar em mim mesma naqueles momentos em que ter fé era primordial para dar o primeiro passo.

Agradeço a Stela, presente que a vida me deu, pelo seu incansável companheirismo em toda minha trajetória neste Curso, mas, principalmente, nesta reta final, por sempre ter estado ao meu lado apontando soluções quando nada mais fazia sentido, e dando cores à vida naqueles dias cinzentos e cansativos.

Agradeço a minha orientadora Prof^a. Dr^a. Paula Correa Henning por todo o cuidado, carinho e dedicação a mim dispensados durante toda realização do projeto, bem como por todos os apontamentos e auxílios em geral durante o desenvolvimento da pesquisa, pois foram de suma importância para a conclusão do trabalho.

Agradeço, também, aos amigos, por toda motivação, toda energia positiva enviada e, principalmente, pela compreensão nos vários momentos em que eu não pude estar perto.

Obrigada à equipe do meu primeiro estágio, realizado na 2^a Promotoria de Justiça de Rio Grande, pelos inúmeros ensinamentos e pela sólida amizade construída. Obrigada, também, a minha atual equipe - Gabinete da 3^a Vara Criminal de Rio Grande – por toda paciência a mim dedicada neste último ano de faculdade, conhecimento compartilhado, carinho e amizade.

Por fim, agradeço a presteza dos operadores jurídicos que me concederam entrevista, possibilitando a efetivação deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia apresenta um breve estudo acerca dos sujeitos de direitos abarcados pela Lei Maria da Penha enquanto mecanismo criado para a diminuição/erradicação da violência de gênero. Para tanto, realizou-se a análise de decisões proferidas por juízes de outras Comarcas e de jurisprudências colacionadas nos Tribunais de Justiça Estaduais e Superiores acerca da temática, bem como se efetivou pesquisa qualitativa por meio de entrevistas semi-estruturadas com operadores jurídicos responsáveis pela instauração, instrução e julgamento dos casos de violência doméstica e familiar ocorridos nesta Cidade. Assumiu-se como campo teórico os estudos de vertente pós-crítica ou pós-estruturalista, tomando autores como Michel Foucault, François Ewald e Guacira Lopes Louro para problematizar o tema e os dados coletados. A partir da análise dos dados, foi possível identificar entendimentos variados acerca do emprego do diploma legal em situações que envolvam transgêneros, bem como em situações de relacionamentos homoafetivos. Neste prisma, necessário se mostra a promoção do debate acerca do conceito de gênero no interior do ordenamento jurídico, de forma que este deixe de ser visualizado como sinônimo de sexo biológico, abrindo espaço para a identificação das inúmeras identidades de gênero que os indivíduos podem assumir ao longo de sua vida, questionando-se, assim, nossos padrões de normalidade e verdade estabelecidos na sociedade. Desse modo, poder-se-ia compreender a Lei 11.340/2006 como legislação que visa amparar aos indivíduos em relacionamentos hipossuficientes, independentemente de identidade de gênero e sexual adotada pelos sujeitos (ativo/passivo) da referida relação. Tal ampliação de entendimento conferir-lhe-ia uma maior efetividade, garantindo, também, em consonância com a Constituição Federal, os princípios basilares da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana às vítimas enquanto sujeitos de direito.

Palavras-chave: gênero; violência; Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

This paper presents a brief study about the law subject covered by Maria da Penha, as created mechanism to detract/eliminate the gender violence. Therefore, analysis of decision from other districts laws were made, as well as jurisprudence from State and Superior Court treating this subject, as the qualitative search by semi-structured with juridical operators responsible for instauration, instruction and judgment of family and domestic violence cases rode in this City. Assumed theoretical field studies of post-critical stage or post-structuralist, having authors like Michel Foucault, François Ewald and Guacira Lopes Louro to discuss the subject and the data collected. Based in date analysis, it is possible to identify different perspectives about the implementation of law in situation that involves gender personality distinct of biological gender, as in homo-affective relationship context. From this perspective, it's necessary to promote the debate about the gender concept insert in law order, in such a way that is eliminate the idea that synonym of biologic sex, open the discussion about many gender identifications that the people can assume during the life, asking ourselves the normality and truth standard established in a society. So, to understand the 11.340/2006 law as a legislation that drives to support the insufficient relationship partners, a part of gender and sexual identity adopted by people (active/passive) of cited relationship, it would appoint more effectiveness, ensuring in step with the Federal Constitution, the basilar principles of liberty, equality and the dignity of the individuals to the victims as a subject law.

Keywords: gender; violence; Maria da Penha Law.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 1. APRESENTAÇÃO DO TEMA..... | 9 |
| 2. O PROCESSO DE NORMALIZAÇÃO E A SUA INTERFERÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO..... | 13 |
| 2.1. CRIAÇÃO DO “PADRÃO” SOCIAL ENTENDIDO COMO NORMAL..... | 14 |
| 2.2. MUTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS..... | 16 |
| 2.3. A VERDADE COMO UMA DETERMINANTE MUTÁVEL..... | 18 |
| 3. HOMOSSEXUALIDADE E DIREITO: ARTICULAÇÕES POSSÍVEIS?..... | 22 |
| 3.1. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE GÊNERO | 23 |
| 3.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA PESSOA HUMANA..... | 25 |
| 3.2.1. Princípio de Igualdade..... | 26 |
| 3.2.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana..... | 27 |
| 4. A LEI MARIA DA PENHA: ASPECTOS HISTÓRICOS E FINALÍSTICOS..... | 29 |
| 4.1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS..... | 30 |
| 4.2. FINALIDADE EXISTENCIAL..... | 32 |
| 4.3. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA..... | 35 |
| 5. LEI MARIA DA PENHA E OS SUJEITOS DE DIREITO: OLHARES JURÍDICOS NA CONTEMPORANEIDADE..... | 39 |
| 5.1. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS E DE OUTRAS COMARCAS ACERCA DA TEMÁTICA..... | 40 |
| 5.2. POSIÇÃO ADOTADA PELOS OPERADORES JURÍDICOS DA CIDADE DE RIO GRANDE..... | 45 |
| 5.3. PROVOCAÇÕES ANALÍTICAS..... | 50 |
| CONCLUSÃO..... | 54 |
| REFERÊNCIAS..... | 56 |
| APÊNDICE A..... | 61 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva fazer uma análise dos sujeitos de direito abarcados pela Lei Maria da Penha na Cidade de Rio Grande/RS, enquanto norma introduzida no ordenamento jurídico em prol da diminuição/erradicação da violência baseada no gênero, quando perpetrada em contexto doméstico, familiar ou de relações afetivas. Para tanto, buscar-se-á compreender o conceito de gênero, porquanto expressão trazida pelo legislador no texto legal que abre espaço para diversos entendimentos, principalmente no tocante à aplicação do diploma legal em caso de relacionamentos homoafetivos ou que envolvam transgêneros em um dos polos da relação.

Neste prisma, verificando-se que aplicação ou não da Lei em casos de violência doméstica entre casais homossexuais é subjetivada ao entendimento dos diversos operadores jurídicos, trazendo insegurança às vítimas e desigualdade entre as soluções de casos semelhantes, imperativo aproximar o presente estudo às garantias constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Ademais, salutar demonstrar o processo de normalização e o conceito de verdade estabelecido na sociedade, uma vez que intimamente relacionados com o Direito, principalmente no caso em análise, quando em muito se depende do entendimento de cada operador jurídico para aplicação ou não da Lei.

Portanto, a fim de responder a problemática central do trabalho e identificar quais são os sujeitos compreendidos como vítimas e agressores em nível nacional e estadual buscou-se suporte nas decisões dos Tribunais Superiores. Ainda, em nível municipal, se buscou junto aos operadores de Direito, que atuam diretamente com os casos em concreto na Cidade de Rio Grande/RS, a sua posição acerca do presente tema.

Desse modo, organizou-se a presente monografia em cinco capítulos. No primeiro capítulo “Apresentação do tema”, pretende-se evidenciar ao leitor os traçados iniciais do estudo, sua justificativa, delimitações e demarcações teóricas.

No segundo capítulo, intitulado “O processo de normalização e a sua interferência no ordenamento jurídico” faz-se uma breve análise acerca da compreensão de norma e sociedade, aproximando da pesquisa o processo de normalização, a mutabilidade das normas jurídicas e o conceito de verdade. Tais adensamentos foram problematizados a partir do escopo teórico desse estudo.

No capítulo a seguir, “Homossexualidade e Direito: articulações possíveis?” se busca compreender a posição dos homossexuais no direito atual. Problematizando, ainda, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, o conceito do gênero para além do sexo biológico, visando perceber como este deve ser compreendido para fins de efetividade da Lei Maria da Penha.

Em continuidade do estudo, no capítulo 4, “A Lei Maria da Penha: aspectos históricos e finalísticos”, pretende-se demarcar as delimitações da Lei Maria da Penha e suas enunciações acerca do gênero no texto da lei. O objetivo é trazer algumas considerações históricas, a finalidade e a aplicabilidade da referida lei.

E, por fim, no capítulo 5, “Lei Maria da Penha e os sujeitos de direito: olhares jurídicos na contemporaneidade”, busca-se identificar os sujeitos aos quais a referida Lei visa punir e amparar, observando-se, para tanto, jurisprudências acerca do tema, bem como os entendimentos dos profissionais jurídicos da cidade de Rio Grande, que trabalham diretamente com os casos que envolvem esta espécie de violência. Trata-se de colocar os dados a “funcionar” na problematização com o campo teórico escolhido para olhar o *corpus* discursivo desse estudo.

Com esta organização, pretende-se dar conta de responder, minimamente ao objetivo central desse estudo: analisar os entendimentos de alguns operadores do Direito, responsáveis pela instauração, instrução e julgamento dos procedimentos sob a égide da Lei 11.340/06, quanto às questões de gênero abarcadas pela referida norma na cidade de Rio Grande/RS.

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

A presente monografia, apresentada como trabalho de conclusão do curso de Direito, tem por escopo entender o conceito de gênero, com a finalidade de compreender quais são os sujeitos que devem ser amparados pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), como legislação que, em sua essência, busca minimizar as desigualdades, bem como prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher em virtude do gênero.

Neste sentido, uma vez que em seu texto a lei em estudo configura como 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, desde que seja no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto, apresenta-se a problemática do presente trabalho questionando quem são os sujeitos alcançados pela referida Lei, diante dos diversos entendimentos dos operadores do Direito em relação ao conceito de gênero, bem como quanto às novas unidades familiares.

Com efeito, o objetivo geral da monografia é definido em: **analisar os entendimentos de alguns operadores do Direito, responsáveis pela instauração, instrução e julgamento dos procedimentos sob a égide da Lei 11.340/2006, quanto às questões de gênero abarcadas pela referida norma na cidade de Rio Grande/RS**. Ainda, os objetivos específicos do estudo são: analisar a Lei Maria da Penha como aquela que visa proteger a vítima de violência doméstica independente de gênero; problematizar acerca da (in)aplicabilidade da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica entre casais homossexuais; e, por fim, compreender as visões de quatro operadores do Direito que atuam diretamente nos casos que envolvem a aplicabilidade da Lei Maria da Penha na cidade de Rio Grande: uma Delegada de Polícia Estadual, uma Promotora de Justiça Estadual, uma Defensora Pública Estadual, e um Juiz de Direito Estadual.

Ademais, a relevância do estudo realizado em torno do problema apresentado encontra-se consubstanciada na veemente necessidade de se entender o conceito de gênero para garantir a efetiva aplicação da Lei 11.340/2006. Pois, aprofundar o estudo sobre o referido conceito, bem como a abrangência deste, através do entendimento dos operadores do Direito que atuam na cidade do Rio Grande/RS, pode se apresentar como forma, ainda que inicial, de se identificar quem são as

reais vítimas a quem a Lei busca alcançar, à luz dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal.

Nesta seara, imperioso refletir acerca de como os indivíduos, com as suas mais diversas identidades - biológica, de gênero, sexual - devem ser inseridos e, principalmente, respeitados dentro do Direito, alcançando uma das finalidades desta ciência, qual seja, garantir a todos o exercício dos seus direitos.

Conforme leciona Louro (1997), grande parte da sociedade utiliza-se das características biológicas do homem e da mulher para justificar as desigualdades sociais existentes entre ambos, como se esta distinção sexual pudesse servir de justificativa para a sobreposição de um sobre o outro, neste caso, do homem sobre a mulher. Assim, se faz imprescindível discutir o assunto, em uma tentativa de demonstrar que não são as características sexuais, mas sim, como essas características são representadas ou valorizadas que vai constituir o feminino e o masculino dentro de uma sociedade em um dado momento histórico.

Ademais, considerando a existência de uma sociedade de Direito onde há normas que regulamentam o comportamento dos indivíduos através de leis que ditam regras, tendo por objetivo final o bem comum e uma sociedade justa e igualitária, faz-se necessário proceder com a adequação das normas aos novos padrões para que estas não percam sua eficácia ou se desvirtuem de sua função, tendo em vista que a sociedade vive em constante mutação.

Neste sentido, ensina Foucault quanto à origem e aos padrões utilizados para criação da norma que esta corresponde à construção de um modelo exemplar que distingue o normal do anormal, sendo este o que se encontra à margem da norma, a quem são utilizados métodos de correção, como, por exemplo, os mecanismos de exclusão.

A norma está em jogo no interior das normalidades diferenciais. O normal é que é primeiro, e a norma se deduz dele, ou é a partir desse estudo das normalidades que a norma se fixa e desempenha seu papel operatório. Logo, eu diria que não se trata mais de uma normação, mas sim, no sentido estrito, de uma normalização. (FOUCAULT, 2008, p.73)

Ocorre que, como já referido, a sociedade vive em constante mudança, de modo que estes parâmetros de normalidade construídos para estabelecer a norma, devem ser regularmente colocados em análise, conforme a época e os costumes de cada sociedade, tendo em vista a impossibilidade de fixação de padrões ideais imutáveis. No mesmo sentido, ao analisar as discussões acerca do tema gênero, percebe-se a amplitude e a complexidade do tema. Conforme leciona Louro:

É possível pensar as identidades de gênero de modo semelhante: elas também estão continuamente se construindo e se transformando. Em suas relações sociais, atravessadas por diferentes discursos, símbolos, representações e práticas, os sujeitos vão se construindo como masculinos ou femininos, arranjando e desarranjando seus lugares sociais, suas disposições, suas formas de ser e de estar no mundo. (1997, p.28)

Em complemento, é possível verificar em nosso contexto atual de Direito que começam a ser reconhecidas como entidades familiares as relações homoafetivas, alargando o conceito de família, o qual passa a ser entendido como espaço ligado, antes de tudo, por laços de afeto. Assim, tal entendimento deve se alastrar para as mais diversas áreas e faces do Direito, haja vista que, à medida que o ordenamento jurídico tem por função garantir direitos, bem como delimitar regras para se viver em sociedade, este deve se adequar aos indivíduos nela incluídos.

Neste sentido, Campos afirma:

Não é possível diante da principiologia democrática constitucionalizada estabelecer modelos de identidade masculina ou feminina. Estereotipar a identidade em masculino e feminino é, no mínimo, discriminatório. Falar em encontrar uma nova identidade masculina ou feminina é um equívoco. É possível apenas refletir sobre a construção da nova identidade do sujeito constitucional no atual Estado Democrático de Direito. (2009, s/p)

Sob esta perspectiva, volta-se a discussão para a Lei Maria da Penha, a qual, em sua origem, apresentou como um de seus principais objetivos, diminuir as desigualdades socioculturais existentes em razão da violência de gênero. Desta forma, identificar o alcance da referida norma considerando as novas formas de constituições familiares, haja vista a discrepância dos atuais entendimentos jurisprudenciais, é de fundamental importância. Conforme ensina Dias:

[...] cabe ao Estado implantar as medidas necessárias e implementar as políticas públicas que estão previstas na Lei delineadas. Mas a responsabilidade maior é do Poder Judiciário que precisa encontrar meios de dar efetividade à Lei, a aplicando de forma a atender à sua finalidade precípua: se não eliminar, ao menos reduzir, em muito, os números da violência doméstica. (2007, p.17)

Refere-se, ainda, que para o desenvolvimento do estudo realizou-se pesquisa qualitativa, a qual, conforme os autores Bogdan e Bicklen (1994), possui ambiente natural como sua fonte direta de dados e o pesquisador como seu principal instrumento. Os dados gerados são apresentados de forma predominantemente descritivos e a preocupação com o processo do estudo é muito maior do que com o produto. A análise dos dados segue um processo indutivo e não há preocupação em buscar evidências que comprovem hipóteses definidas antes do início dos estudos. As abstrações se formam ou se consolidam basicamente a partir da inspeção dos dados.

Ademais, foram realizadas entrevistas na forma semi-estruturada, onde se apontou um foco sobre o assunto central do trabalho, confeccionando-se um roteiro com perguntas principais, as quais foram complementadas por outras questões inerentes às circunstâncias momentâneas às entrevistas, possibilitando, assim, que as informações coletadas emergissem de forma livre, sem padrões de respostas.

Em complemento, foram realizadas análises documentais a fim de integrar a pesquisa de campo realizada, considerando que a primeira tem por objetivo preencher as informações obtidas pelas demais técnicas utilizadas, revelando aspectos novos do problema e, a segunda, visa analisar os fatos tal como ocorrem. Acerca da pesquisa documental Gil (1989) refere que esta em muito se assemelha à pesquisa bibliográfica, revelando-se a diferença entre ambas na natureza das fontes. Pois, enquanto a pesquisa bibliográfica se fundamenta em contribuições de diversos autores acerca de determinado assunto, a pesquisa documental “vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa” (GIL, 1989, p. 73)

Diante do exposto, intenta-se que esta escrita afete o leitor no sentido de desconfiar das verdades que carrega consigo e, na esteira de Foucault, provoque o pensamento acerca da norma, da sociedade e do conceito de gênero que se toma como legítimo no mundo atual. Fica o convite para leitura e para provocação das mais sólidas verdades.

2. O PROCESSO DE NORMALIZAÇÃO E A SUA INTERFERÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Tão logo cumpre destacar que neste capítulo o conceito de norma não deve ser entendido como sinônimo de lei. De outro modo, o referido conceito deve ser visualizado de forma ampla, inclusive, abarcando as leis e a norma jurídica como uma de suas formas de implicação.

Na esteira dos ensinamentos de Foucault (1999 e 2001), a norma define o modo de constituição do sujeito moderno nas suas variadas formas, tanto estabelecendo critérios de verdade, quanto fixando condições de ação aos indivíduos e ditando regras de comportamento através da criação e aplicação da lei.

O que é por uma norma? Uma maneira de um grupo se dotar de uma medida comum segundo um rigoroso princípio de auto-referência, sem recurso a nenhuma exterioridade, quer seja a de uma ideia quer a de um objeto. Ela pressupõe arquiteturas, dispositivos, toda uma física do poder graças à qual o grupo poderá tornar-se visível para si mesmo, mas também procedimentos, notações, cálculos, toda uma constituição de saber destinada a produzir, em completa positividade, o um a partir do múltiplo. (EWALD, 1993, p. 108)

Ainda, incumbe referir que a exigência da norma pressupõe a constituição de um poder. Acerca do tema, Foucault, que sempre buscou investigar as formas de manifestação do poder na sociedade, afirma que a norma é um dos mecanismos utilizados pelo aparelho estatal para o efetivo exercício do poder. Neste sentido o autor afirma que:

[...] a norma não se define absolutamente como uma lei natural, mas pelo papel de exigência e de coerção que ela é capaz de exercer em relação aos domínios a que se aplica. Por conseguinte, a norma é portadora de uma pretensão ao poder. A norma não é simplesmente em princípio, não é nem mesmo um princípio de inteligibilidade; é um elemento a partir do qual certo exercício de poder se acha fundado e legitimado. (1993, p. 62)

Assim, através da atuação dos sujeitos que detém o poder, os indivíduos se sujeitam às normas, enquadrando-se nos padrões por elas estabelecidos. No entanto, conforme refere Lourenço (2008), estas normas são constituídas por diversos mecanismos de poder, os quais divergem conforme seus posicionamentos e funcionamentos, tanto por uma estrutura formal de poder (soberania), quanto por uma estrutura material de incidência corporal e individual das decisões (disciplina).

Neste ponto, ressalta-se o ideal de Foucault de que não existe um centro de poder, mas sim uma rede de poder. Explica Ewald (1993, p. 40) que “o jogo do poder encontra-se no sistema de retransmissões ou de reenvios pelo qual o Estado

e seus aparelhos vivem no exercício dos micropoderes para, em compensação, os reforçar e os legitimar.”

Frisa-se que a existência destes diversos mecanismos de poder, desta rede integrada, pode ser facilmente identificada ao se observar a sociedade em geral. Na esteira do pensamento foucaultiano, entendemos que este poder não está somente depositado nas mãos do Estado, ainda que muito do controle deste processo de normalização está em poder dos governos de Estado, uma vez que há investimento massivo deste sobre os mecanismos de produção e difusão da verdade e, ainda, o controle sobre os meios de repressão.

Não obstante, outra força dominante que se mantém até mesmo sobre os governos é a religião, a qual sempre esteve, e assim permanece, diretamente envolvida na criação do padrão de normalidade, estabelecendo modelos e colocando a margem da Igreja aqueles que não se amoldam no estereótipo perfeito. Produzindo verdades através da crença e semeando a ideia de que a glória apenas será alcançada por aqueles que se mantiverem dentro da normalidade.

Neste prisma, em sequência aos ensinamentos foucaultianos, Ewald (1993) demonstra que a norma designa sempre uma medida que serve para apreciar o que é conforme a regra e o que dela se distingue, tendo com parâmetro a média. Nesta perspectiva, Foucault em suas obras (1999 e 2001) revela a formação de um modelo padrão, criado através da disciplina, também tratado pelo autor como processo de normalização, em que os indivíduos que neste se amoldam são considerados normais, enquanto os que se diferenciam, são anormais.

A norma disciplinar, portanto, é um critério de medida que se deve observar, uma medida que permite que se separe, no interior de um grupo determinado, duas categorias (talvez fosse mais apropriado dizer dois “estados”) de indivíduos: os indivíduos “normais”, que são aqueles que coincidem com o perfil estabelecido por essa medida, e os indivíduos “anormais”, que são aqueles que, de algum modo, se afastam desse perfil. Isso de tal forma que nem os indivíduos normais, nem os anormais, estão situados no exterior do critério de sua separação, ou seja, da norma. O anormal não tem uma natureza diferente da natureza do normal. Se no ambiente da norma a natureza não é pensada enquanto “essência”, mas enquanto “estado”, pode-se dizer que o anormal está na norma tanto quanto o normal. O que muda são as posições (em termos de coincidência ou não coincidência) de cada um em relação à medida. (FONSECA, 2002, p. 180)

A seguir, analisar-se-á o processo de constituição do modelo que atua como norma e, como já referido, distingue o normal do anormal.

2.1 CRIAÇÃO DO “PADRÃO” SOCIAL ENTENDIDO COMO NORMAL

Conforme anteriormente mencionado, a sociedade passa pelo processo que Foucault (1999 e 2001) denomina de normalização, através do qual se busca enquadrar os sujeitos na condição de “normais”. Para tanto, o autor afirma que se dirige à sociedade um discurso que parcializa a verdade e afasta o espontâneo, visando, que os indivíduos atuem conforme o esperado, construindo, desse modo, um conhecimento influenciado diretamente pelo poder.

Ainda, pode-se analisar que é a partir deste discurso entregue aos indivíduos, por diversos mecanismos, que estes, automaticamente, se adaptam ao padrão “normal”. Nesta perspectiva, nítida é a interferência da religião e dos governos de Estado, os quais, como já referido, são meios que produzem e repassam, ao longo de toda a história, este discurso aos indivíduos.

A norma não emana de um único lugar, não é enunciada por um soberano, mas, em vez disso, está em toda parte. Expressa-se por meio de recomendações repetidas e observadas cotidianamente, que servem de referência a todos. Daí por que a norma se faz penetrante, daí por que ela é capaz de se naturalizar. (LOURO, 2008, p.22)

Ou seja, uma vez que utilizado como referência, o padrão normal deixa de ser visualizado e passa a ser sempre presumido, pois não se faz necessário mencioná-lo. De outra forma, o que é diferente, o que se mostra contrário à norma, é, também, imediatamente, enxergado e marcado como tal (LOURO, 2008).

Por oportuno, cabe ressaltar, embora de forma repetitiva, que norma, aqui, não deve ser entendida como imperativos jurídicos emanados por autoridade do Estado competente para tanto. Norma é o padrão, a referência, a regra entendida como natural em uma dada sociedade; assim, uma vez estabelecida, serve como unidade de medida para conhecer o que é ou não normal. Em última análise, as normas são o que dão suporte aos mecanismos reguladores e corretivos, uma vez que estes, incessantemente, visam colocar os indivíduos no padrão.

No entanto, o corpo jurídico atua indiretamente no processo de normalização, porquanto o próprio direito é fonte de disciplina e controle de regras, ou seja, a lei acaba funcionando como norma e a instituição judiciária se integra cada vez mais num contínuo de aparelhos cujas funções são, sobretudo, reguladoras e é a isso que o autor denomina em seus estudos de “sociedade de normalização” (FOUCAULT, 2001).

Como refere Gonzalez (2007), em uma sociedade normalizada, se utiliza, para fins de aplicação da lei, de técnicas de poder que aproximam o direito de outras

modalidades do saber que funcionam a partir daquilo que é determinado como “norma”. Neste mesmo foco:

A lei deixa de ter apenas um caráter jurídico e por função regular as relações sociais de um modo aparentemente racional e isento, para se mostrar como artifício de poder para a condução e implementação de políticas absolutamente vinculadas a interesses biológicos e de outras naturezas os quais possam produzir como resultado o controle sobre a vida dos sujeitos. Os Códigos, as Constituições escritas nada mais são do que modos de tornar aceitáveis o poder normalizador. (FOUCAULT, 2001, p. 135)

Assim, na medida em que a lei apresenta ligação imediata com as práticas de poder, esta não mais se encontra a margem do processo de normalização, mas sim inserida neste, ainda que de forma indireta.

Neste ponto, cabe apontar uma diferença constantemente apontada nos estudos de Foucault no que diz respeito à normatividade inerente à lei e a normalização. Assim, Fonseca explica tais conceitos para o autor:

[...] consideração de dois conceitos: a “normatividade” da lei e a “normalização”. Enquanto o primeiro apesar dos “movimentos” que envolve, está sempre referindo a limites e interdições, ou seja, a um plano de um “dever-ser”, o segundo reporta-se às noções de “média” ou “medida”, estando referido a um plano do “ser”. De um lado a “normatividade” da lei responde aos critérios de “medida” dados pela norma. De outro lado, a norma reporta às formas da lei para atuar concretamente. (2002, p. 150) [grifos do autor]

Dessa forma, observada a distinção entre estes importantes conceitos, importante ressaltar que a lei, com toda normatividade dela inerente, e a norma, relacionada aos procedimentos técnicos de normalização, podem tanto se opor ou se sobressaírem, como podem, também, se implicarem mutuamente, de forma que uma passe a agir a partir da outra (FONSECA, 2002, p.151).

2.2 MUTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

Brevemente analisado o processo de normalização, bem como verificado que as normas jurídicas são uma das formas de atuação do aparelho estatal para alcançar a homogeneização dos indivíduos, imperioso destacar que a sociedade vive em constante mutação. Acerca do tema Foucault (2008, p. 93) explica:

Na verdade a população não é um dado primeiro, ela está na dependência de toda uma série de variáveis. A população varia com o clima. **Varia com o entorno material.** Varia com a intensidade do comércio e da atividade de circulação das riquezas. **Varia, é claro, de acordo com as leis a que é submetida [...]** **Varia também com os hábitos das pessoas:** por exemplo a maneira como se dá o dote das filhas, a maneira como se assegura os direitos de primogenitura, a maneira como se criam as

crianças, como são ou não confiadas a uma ama. **A população varia com os valores morais ou religiosos que são reconhecidos a este ou aquele tipo de conduta.** [...] Ela varia também e principalmente com, é claro, o estado dos meios de subsistência [...] [grifos nossos]

Assim, uma vez que são diversos os fatores que determinam o modo de pensar e agir dos indivíduos de uma sociedade, os quais, inclusive, podem se modificar seja de forma gradual, seja de forma abrupta, as normas jurídicas também devem se adequar à realidade social em que se encontram inseridas.

Ainda, com maestria, Foucault (2008) refere que é necessário não apenas considerar a mudança voluntária das leis, se estas são favoráveis ou não para a população; mas, principalmente, se o objetivo for o de favorecer a população ou lograr êxito que esta esteja em uma relação justa com os recursos e a possibilidades de um Estado se mostra necessário agir sobre toda uma espécie de fatores, de elementos que estão aparentemente longe da própria população e do seu comportamento imediato.

Diante desta sequência de ensinamentos do autor, salutar aproximar tal ideia da Lei Maria da Penha, objeto deste estudo. Em que pese o referido diploma legal tenha sido criado para atender mulheres que sofram qualquer espécie de violência no interior da unidade familiar, doméstica ou de relações afetivas, tendo seus parceiros como agressores, uma vez que a sociedade e a própria legislação vem reconhecendo novas unidades familiares, a Lei, necessariamente, precisa ser repensada, rediscutida.

Deixar de reconhecer as facilidades e mecanismos de proteção a vítimas que mantém relacionamentos homoafetivos ou em casos que envolvam transgêneros seria um duplo retrocesso. Primeiro porque deixaria de reconhecer um direito de proteção à vítima pela sua identidade sexual, o que, por si só, já é inconcebível; segundo, pelo fato de que a lei já foi criada com intuito de alcançar minorias até então marginalizadas, ou seja, a própria finalidade do regulamento em questão se perderia, deixando novamente indivíduos a margem da regra.

Ou seja, não somente a Lei em estudo, mas as normas jurídicas em geral, criadas para estabelecer deveres objetivando bem coletivo, e, também, constituir garantias individuais, devem acompanhar as modificações da sociedade, a fim de que efetivamente possam cumprir a sua finalidade. De outro modo, sem que se faça, periodicamente, uma adaptação das leis ao meio social, códigos criados hoje não passarão de informações obsoletas com o passar dos anos. Em complemento:

Imaginemos agora o que se passa nos grupos modernos, onde há uma constante troca de influências recíprocas possibilitada em razão dos modernos meios de transporte e comunicação. Mal um fato ocorre aqui, o outro lado do mundo toma conhecimento quase imediatamente, e vice-versa. O mesmo acontece com hábitos, costumes, moda etc. Evidentemente, as mudanças nos grupos modernos são bem mais rápidas e constantes do que nos grupos primitivos. Como pode o Direito, sendo originário do grupo, permanecer imutável, quando esse mesmo grupo se modifica constantemente? [...] Mudando o grupo, mudam-se também as normas de Direito, razão pela qual, do ponto de vista sociológico, não tem o Direito caráter estável ou perpétuo, mas sim essencialmente provisório, sujeito a constantes modificações. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 22/23)

Por fim, refere-se que todas estas intensas modificações que incidem na sociedade e, conseqüentemente, nas normas jurídicas, estão amplamente articuladas aos discursos transmitidos e perpetuados como verdades, ao qual, neste momento, se passa a discorrer.

2.3 A VERDADE COMO UMA DETERMINANTE MUTÁVEL

Outro instituto de suma importância, que mantém correlação com o presente trabalho, também retratado nos estudos de Foucault é o conceito de verdade, sendo que, para o autor, a verdade pode ser entendida como efeito da relação de saber/poder¹.

A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua "política geral" de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro. (FOUCAULT, 2003, p. 12)

Assim, o autor ainda refere que esta é disseminada entre os indivíduos de uma sociedade através do discurso, como se pode observar:

Há efeitos de verdade que uma sociedade como a sociedade ocidental, e hoje se pode dizer a sociedade mundial, produz a cada instante. Produz-se verdade. Essas produções de verdade não podem ser dissociadas do poder e dos mecanismos de poder, ao mesmo tempo porque esses mecanismos de poder tornam possíveis, induzem essas produções de verdade, e porque essas produções de verdade têm, elas próprias, efeitos de poder que nos

¹ Para melhor análise do tema, Fonseca explica a referida relação da seguinte forma: “[...] as relações de poder não desempenhariam, em relação ao saber, um papel de facilitação ou de obstáculo, não se limitariam ao papel de favorecê-lo ou falsificá-lo, ao contrário, não haveria formação de um saber sem um exercício de poder sem a extração e a circulação de um saber, não sendo possível separar-se, de um lado, o conhecimento, a ciência, e de outro, a sociedade, o Estado. É preciso, antes, pensar nas formas fundamentais do ‘poder-saber’” (2002, p. 159-160)

unem, nos atam. São essas relações de verdade/poder, saber/poder que me preocupam. (FOUCAULT, 2003, p. 229)

No entanto, ressalta-se que o autor não se preocupa, ao longo de seus ensinamentos, em dar um sentido, um conceito, uma definição fixa de verdade. Em contrapartida, questiona o motivo pelo qual certas coisas são tomadas como verdade enquanto outras não.

Nesta perspectiva, Foucault observa que cada sociedade possui a sua verdade, repassada aos seus indivíduos através do discurso, sendo este, na ampla maioria das vezes, sempre carregado de interesses de ordem política ou econômica.

Neste sentido, possível analisar que a verdade é determinada por indivíduos livre detentores de saber/poder e, posteriormente, propagada pelas redes de práticas, através da educação e da informação, e pelas instituições coercitivas – tendentes à punição daqueles que confrontam o estabelecido, fazendo, assim, com que a população acabe por aceita-las.

Neste mesmo aspecto, refere-se que aqueles que não aceitam o discurso emanado, ou seja, que enfrentam as verdades então postuladas, ficam marginalizados, fora do padrão, da regra, do normal.

Mais além, Foucault (2002) aproxima o conceito de verdade às formas jurídicas, analisando como estas interferem nas relações entre saber e poder. Nesta esfera, o autor afirma que as práticas jurídicas estariam entre as mais importantes nas quais se pode localizar novas formas de subjetividade, definidas pelas sociedades em função das relações que estabelecem entre o homem e a verdade (FONSECA, 2002). Assim:

Todas as práticas jurídicas seriam práticas sociais que fariam nascer formas novas de sujeitos, em função de diferentes regimes de verdade que fariam circular, sendo tais regimes de verdade, por sua vez, o resultado da interação entre relações de poder e formação de saber. (FONSECA, 2002, p. 164)

Na esteira deste entendimento em que se verifica a proximidade entre as práticas jurídicas e a verdade, conduz-se a flexibilidade desta conforme o tempo, a cultura, bem como outros fatores determinantes, em decorrência da sociedade em que se encontra inserida.

Além disso, frisa-se que um mesmo discurso que dissemina a verdade dentro de uma mesma sociedade, em um mesmo período histórico, pode ser percebido de formas diversas, uma vez que ainda faz-se necessário analisar outros aspectos

subjetivos, ou seja, intimamente relacionados ao indivíduo que é capturado pelo discurso.

Assim, é possível entender que a verdade é produzida através do discurso, e posteriormente disseminada entre os indivíduos, adquirindo, com o tempo, uma ideia de concretude. No entanto, basta que algum indivíduo questione algo que lhe é apresentado como verdade, para que fique evidente o seu caráter frágil de conceito fabricado e passível de modificação. Pois, uma vez que a verdade é inventada e não algo preestabelecido, nada impede que novas perspectivas sejam assumidas como verdadeiras, modificando aquelas já existentes.

Ainda nesta sequência de ideias sobre a produção da verdade, apresenta-se o conceito de Henning e Henning (2012, p. 16/17) acerca do tema: “os discursos constroem o social e constituem as narrativas que convencionamos chamar de verdadeiras. Eles descrevem, fabricam e inventam um mundo que não tem sentido fora deles.”

Desse modo, no que diz respeito às verdades alastradas sobre os relacionamentos homoafetivos, pode-se observar pequenas mudanças nos discursos atuais, sendo estas motivadas por indivíduos que questionaram as verdades até então estabelecidas, traçando um novo panorama social a partir da promoção do debate e da incursão da diversidade sexual e da identidade de gênero nos discursos sociais. Em complemento, segue trecho da entrevista realizada com o Juiz de Direito:

*[...] a sociedade vai se readaptando e vai mudando os seus conhecimentos porque o homossexualismo² existe desde muito tempo atrás, desde a Grécia, desde... o que aconteceu foi que, querendo ou não, uma certa religião tentou estancar isso, por motivos que se falam na religião que não me interessa e isso foi sendo evitado e agora está se afluando de novo, porque a religião está se restringindo, então a questão religiosa que era muito forte está se abrindo mais e até ela mesmo, esta certa religião, está se abrindo mais e está se expondo uma coisa que sempre aconteceu. Então as pessoas estão saindo de seu esconderijo para noticiar o que não tem problema nenhum, os preconceitos estão sendo rompidos [...]*³

² Se manteve a terminologia utilizada pelo entrevistado, a fim de não se perder nenhum dado obtido na entrevista. No entanto, o termo *homossexualismo* denota a ideia de doença, patologia, por conta do sufixo “ismo” e, frente a isto, com a retirada da homossexualidade da lista de transtornos mentais do Código Internacional de Doenças (CID), em 1973, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que a terminologia correta a ser aplicada seria homossexualidade, a qual é adotada no decorrer do presente texto.

³ Os excertos das entrevistas realizadas nesta pesquisa estão em itálico para diferenciar das citações teóricas oriundas do campo epistemológico que embasa este estudo.

Contudo, destaca-se que o ato de contrariar as verdades estabelecidas e disseminadas, pressupõe coragem. Coragem para ser marginalizado, colocado no campo dos “anormais” perante os então “normais”, pelo menos até que o discurso se modifique, a verdade se transforme e o “anormal” se demude na regra.

São estas mudanças, ainda que de forma gradual, que se pode identificar quanto aos discursos que envolvem relacionamentos homoafetivos ou aqueles que dizem respeito aos indivíduos que assumem identidade de gênero diversa da biológica. Indivíduos que por sua identidade - sexual ou de gênero - durante muito tempo deixaram de expressar a sua individualidade, de viver a sua identidade, ou se afastaram do convívio coletivo, são os mesmos que hoje questionam os padrões estabelecidos, as verdades propagadas e, com isso, ganham espaço na sociedade e conquistam, diariamente, seus direitos.

Após esse breve estudo acerca de norma e dos mecanismos de normalização, bem como da mutabilidade das normas jurídicas de acordo com processo de modificação da sociedade e do conceito de verdade como algo que se constrói, passa e captura os sujeitos, a fim de que estes se ajustem aos padrões ideais/normais, se discutirá, no capítulo a seguir, como o homossexual vem sendo integrado ao Direito e, ainda, de que forma os estudos acerca do conceito de gênero podem auxiliar na definitiva inclusão destes às leis como sujeitos de direitos que são.

3. HOMOSSEXUALIDADE E DIREITO: ARTICULAÇÕES POSSÍVEIS?

Ainda que o Brasil seja um Estado Democrático de Direito que consagra em sua lei maior, a Constituição Federal, os princípios da igualdade e a dignidade da pessoa humana como objetivo fundamental e fundamento, respectivamente, é de fácil percepção a existência de posições discriminatórias nas questões que envolvem identidade de gênero e sexual.

Nítida é a rejeição social à livre orientação sexual. A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada por um estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional. Por ser fato diferente dos estereótipos, o que não se encaixa nos padrões, é tido como imoral ou amoral, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais. (DIAS, 2007, p. 11)

Neste diapasão, como já referido no capítulo anterior, estas minorias vêm enfrentando uma árdua luta em busca da garantia de seus direitos. Primeiramente visam alcançar àqueles que lhes são fundamentais, que nunca lhes deviam ter sido negados, como a igualdade, dignidade da pessoa humana, livre identidade⁴ sexual, liberdade de expressão; ainda, buscam acessar direitos já garantidos à coletividade, mas que lhes são retirados por sua identidade sexual, como os direitos de família, por exemplo, e até mesmo as garantias trazidas pela Lei Maria da Penha às vítimas de violência, objeto do presente estudo.

Em virtude do próprio preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do direito. Mas, à intolerância social, deve-se contrapor a higidez dos conceitos jurídicos. Imperativa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo que se insere em todas as suas categorias, pois ao mesmo tempo é direito individual, social e difuso. (DIAS, 2007, p.12)

Ainda conforme as lições de Dias, qualquer discriminação que tenha como argumento a identidade sexual do indivíduo ou a sua identidade de gênero caracteriza infração aos princípios assegurados na Carta Magna.

Neste contexto, uma vez que as decisões judiciais em muito dependem do entendimento dos operadores jurídicos, preocupante se revela o juízo destes quanto aos assuntos que envolvem questões relacionadas a identidade sexual. Pois, preconceitos individuais não podem servir como alicerces capazes de legitimar restrições a direitos.

⁴ Em que pese a Carta Magna apresente a expressão “orientação sexual”, no presente trabalho se trará a expressão “identidade sexual” por se considerar mais coadunada aos estudos teóricos assumidos nesta pesquisa.

As normas legais precisam adequar-se aos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela Carta Política que retrata a vontade geral do povo. **O núcleo do sistema jurídico, que sustenta a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão.** (DIAS, 2007, p. 13) [grifos nossos]

Sob esse prisma, importante tecer considerações acerca da amplitude do conceito de gênero, normalmente utilizado de forma a justificar a existência da dualidade biológica dos sexos. Da mesma forma, justifica-se a aproximação do presente estudo os conceitos dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, dada a proximidade destes com a temática aqui exposta.

3.1 AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE GÊNERO

Na medida em que a Lei Maria da Penha se propõe a erradicar/diminuir a **violência de gênero** contra a mulher, imprescindível tecer considerações acerca dos estudos realizados em busca da conceituação de gênero.

Revela-se que as pesquisas iniciais a respeito do referido conceito foram realizadas no contexto dos estudos feministas, visando, de forma geral, demonstrar que a condição de subordinação em relação ao homem, na qual a mulher se enquadra na sociedade, não passa de uma construção social propagada como verdade e aceita entre os indivíduos. Assim demonstra Colling:

Escrever a história das mulheres implica conceber homens e mulheres numa outra racionalidade compreendendo a que modelo de razão, a que “projeto de verdade” foram instruídos, construídos os sujeitos masculinos e os femininos. A verdade torna-se o que constrange o pensamento a pensar de uma determinada maneira, aquilo que em outros momentos da história, sob outras condições, se pensou ou se pensará de modo diferente. (2004, p. 18) [grifos do autor]

A pesquisadora vai além quando revela que aproximando o conceito de gênero e afastando o conceito de sexo, os estudos feministas buscaram demonstrar que a condição das mulheres não está determinada pela natureza, pela biologia ou pelo sexo, mas sim, é resultado de uma invenção, engenhada social e politicamente. “Ser homem/ser mulher é uma construção simbólica que faz parte do regime de emergência dos discursos que configuram sujeitos” (COLLING, 2004, p.29).

Aqui, cabe uma breve reverência às significativas colaborações dos estudos feministas, iniciados no Ocidente, ao século XIX, uma vez que foram estes que transformaram as esparsas referências às mulheres “– as quais eram usualmente apresentadas como a exceção, a nota de rodapé, o desvio da regra masculina – em

tema central” (LOURO, 1997, p. 19). Desse modo, a própria Lei ora em análise vê-se interligada a tais estudos, tendo em vista que modificaram o enfoque dos discursos, passando a mulher a ser enxergada por si mesma, individualizada do homem, possibilitando, conseqüentemente, a garantia de inúmeros direitos a esta categoria de sujeitos até então vista como subalterna aos homens.

Neste contexto, verifica-se que os estudos feministas aproximaram o conceito de gênero, a fim de desestruturar a ideia até então concebida da mulher como oposto do homem, ou seja, de que para se pensar a mulher, necessariamente, deveria se pensar também o homem, estabelecendo uma hierarquia deste em relação àquela, e é justamente isto que os referidos estudos buscavam desconstituir.

Pois, como refere Louro (1997, p.21) “a distinção biológica, ou melhor, a distinção sexual, serve para compreender – e justificar – a desigualdade social”. Assim, a categoria gênero surge trazendo novas definições em contraponto às explicações biológicas até então encontradas como norteadoras dos discursos acerca da condição da mulher na sociedade.

[...] o gênero é igualmente utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. O seu uso rejeita explicitamente as justificativas biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum para várias formas de subordinação no fato de que as mulheres têm filhos e que os homens têm uma força muscular superior. **O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as “construções sociais” – a criação inteiramente social das ideias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres.** É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. **O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado.** (SCOTT, 1995, p.75) [grifos nossos]

Em complemento, à medida que se apresenta o conceito de gênero como construção social, verifica-se que este não permanece fixo, mas sim se encontra em constante modificação, apresentando condições variáveis conforme a sociedade e o tempo em que inserido o referido conceito, remontando-se a ideia de verdades como determinantes mutáveis.

O conceito de gênero veio contrapor-se ao conceito de sexo. Se este último refere-se às diferenças biológicas entre homem e mulher, o primeiro diz respeito à construção social e histórica do ser masculino e do ser feminino, ou seja, às características e atitudes atribuídas a cada um deles em cada sociedade. O que quer dizer que agir e sentir-se como homem e como mulher depende de cada contexto sócio-cultural. (LOURO, 1996, s/p)

Neste enfoque, destaca-se, ainda, que na expressão “violência de **gênero**”, a palavra aqui destacada, em regra, é utilizada para identificar, determinar e, principalmente, classificar os indivíduos na sociedade como homem ou mulher, referindo-se ao sexo biológico dos indivíduos.

Todavia, percebe-se que este entendimento vai de encontro aos esforços dos ideais feministas de desassociar as diversas identidades que os sujeitos podem assumir ao longo da vida, sendo o gênero apenas mais uma forma de manifestação destas identidades, assim como o sexo biológico, a forma de viver seus desejos e prazeres, a cor da pele e as preferências religiosas de cada um.

O que significa ser macho ou fêmea, masculino ou feminino, em contextos sociais e culturais diferentes, pode variar enormemente, e a identidade de gênero não é claramente redutível a qualquer dicotomia biológica subjacente. Todos os machos e fêmeas biológicos devem ser submetidos a um processo de socialização sexual no qual noções culturalmente específicas de masculinidade e feminilidade são modeladas ao longo da vida. (LOURO, 2000, p. 96)

Assim, pode-se identificar que é a soma de todas as suas identidades que constroem os indivíduos, de modo que elas mantêm uma relação de interdependência entre si. Em complemento, leciona Louro (1997, p. 49) que “as várias formas de sexualidade e de gênero são interdependentes, ou seja, afetam umas às outras”.

Isto posto, observa-se a eminente necessidade de se refletir o conceito de violência de gênero de forma ampla, escapando do simples estereótipo de agressão do homem contra a mulher. Abrindo, assim, espaço para se pensar nesta expressão como o acometimento de qualquer espécie de ofensa de um indivíduo sobre o outro, garantindo a igualdade entre os sujeitos e o respeito à dignidade da pessoa humana.

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De pronto, incumbe referir a importância auferida aos princípios no ordenamento jurídico. Conforme leciona Bonavides (2004, p. 232) “todo discurso normativo deve colocar em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam”. Em complemento, o autor alude que os princípios atuam como normas-chaves do sistema jurídico e emergem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.

Assim, possível identificar que é através da aplicação dos princípios que se pode analisar e adequar a letra fria das leis aos casos em concreto, buscando,

desse modo, a melhor interpretação, bem como a melhor forma de aplicação das normas. Neste sentido:

Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa. (BONAVIDES, 2004, p. 288)

Outrossim, destaca-se que, uma vez elencados na Constituição Federal, os princípios ora em análise, igualdade e dignidade da pessoa humana, gozam de ainda mais valoração.

3.2.1 Princípio da Igualdade

A Constituição Federal, logo em seu preâmbulo, refere-se à igualdade como “valor supremo de uma sociedade fraterna”. Ainda, faz referência a tal princípio em mais de um artigo ao longo do texto. No artigo 3º, inciso III, garante como objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; a seguir, o caput do artigo 5º assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; ainda, preconiza o inciso I do mesmo artigo que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição”. (BRASIL, 1988)

Em sua obra, Bonavides assevera:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. **De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.** (2004, p. 376) [grifos nossos]

No entanto, em que pese revelada a importância do princípio da igualdade para o Estado, bem como verificada a sua garantia no texto da Carta Magna, é de difícil visualização a aplicação do referido princípio na sociedade. Como bem contextualiza Dias:

No entanto, de um fato não se pode escapar: ainda que buscada de maneira incansável, a igualdade não existe. De nada adianta a Lei Maior assegurar iguais direitos a todos perante a lei, dizer que os homens e as mulheres são iguais, que não se admitem preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver tratamento desigualitário em razão do gênero e a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não

se estará vivendo em um Estado que respeita a dignidade humana, tendo a igualdade e a liberdade como princípios fundamentais. (2007, p. 02)

Assim, a igualdade que deveria nortear não somente às decisões jurídicas, mas a todas as relações humanas, dada a sua relevância, acaba muitas vezes esquecida frente aos preconceitos e tratamentos discriminatórios dispensados em relação a identidade sexual ou de gênero.

Ainda, incumbe referir, com brevidade, a divisão do princípio em análise em formal e material. Quanto à igualdade formal, Hesse explica:

Igualdade jurídica formal é a igualdade diante da lei (artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado e direito. (1998, p. 330)

De outra forma, do que diz respeito à igualdade material tem-se que esta estabelece diferenças entre os indivíduos visando o equilíbrio entre os desiguais. Ou seja, nas palavras de Mello (1999, p. 10) “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.” Para tanto se faz necessário, além de dispensar tratamento igual aos iguais, tratar de forma desigual perante os desiguais, a fim de atingir, em última análise, o princípio da isonomia.

Nesse contexto, Dias (2007) acrescenta, ainda, que mesmo tendo havido uma acentuada evolução da sociedade, a igualdade formal ainda não se tornou igualdade material, real.

Pois, enquanto houver discriminação na forma de tratar questões jurídicas por motivos ligados a sua identidade sexual ou de gênero, não estará sendo dispensado o devido respeito ao princípio da igualdade.

3.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Estabelece a Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, como um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Neste sentido, tal princípio atua sobre todo o ordenamento jurídico e pode ser entendido como base para todos os demais direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

Sob esta ótica, Sarlet conceitua tal princípio, ainda que de forma precária, uma vez que o próprio autor afirma a impossibilidade de se reconhecer apenas um significado à dignidade da pessoa humana, da seguinte forma:

Dignidade Humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (2002, p. 67)

Ademais, o fato da dignidade da pessoa humana ser assegurada constitucionalmente como fundamento da República, assegura a este princípio a sua atuação como limitador do poder estatal e, ao mesmo tempo, tarefa do poder estatal.

Nas palavras de Sarlet:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade (2002, p. 47).

Neste diapasão, volta-se o princípio em análise para o objeto do presente trabalho. Consoante os entendimento de Dias (2009) de nada adianta assegurar amplo respeito à dignidade humana e à liberdade, bem como afirmar a igualdade, enquanto houver segmentos-alvo da exclusão social, tratamento desigual entre homem e mulher, enquanto identidade sexual e identidade de gênero forem entendidas como crime, como patologia, não se estará vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Assim, apresentado o conceito dos princípios basilares da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como aprofundado o estudo no que se refere ao conceito de gênero, se passa à análise da Lei 11.340/2006, a fim de verificar sua proposta de criação e as modificações que esta trouxe para o sistema jurídico.

4. A LEI MARIA DA PENHA: ASPECTOS HISTÓRICOS E FINALÍSTICOS DE SUA CRIAÇÃO

A Lei 11.340/2006 foi publicada em 08 de agosto de 2006, passando a vigorar em 22 de setembro do mesmo ano. O nome Maria da Penha não sobreveio do acaso, mas sim, em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de inúmeras torturas ao longo da sociedade conjugal, as quais culminaram em tentativas de homicídio, sendo que, em uma destas oportunidades, uma bala atingiu sua coluna, deixando-a paraplégica.

Após a ocorrência do fato, que se deu em meados de 1983, Maria da Penha recorreu ao aparato judiciário, registrando ocorrência policial contra o seu companheiro. No entanto, passados vários anos sem que houvesse solução ao caso originado a partir do seu registro, a vítima, inconformada com a demora processual, recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em busca da responsabilização do agressor, o que apenas ocorreu em setembro de 2002, quando, finalmente, seu marido foi julgado e preso pelo delito perpetrado.

Ainda, em consequência deste caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado Brasileiro ao pagamento de indenização pecuniária à vítima pelo atraso não justificado no decurso processo penal instaurado para averiguação e punição do fato atribuído ao agressor. Também, recomendou ao Estado que simplificasse os procedimentos penais, a fim de que houvesse maior celeridade no tempo de duração do processo.

Neste contexto, de uma parceria que envolveu ONGs, grupos de trabalho e legisladores, surgiu o projeto de lei que, após aprovação no Congresso Nacional e sanção do Presidente da República, originou a Lei Maria da Penha, apresentando a seguinte ementa:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. (BRASIL, 2006)

É sobre ela e a partir dela que este trabalho se originou, no intuito de problematizar, no cenário contemporâneo, os entendimentos de alguns operadores

do Direito acerca da referida Lei no que concerne as questões de gênero abarcadas por esta norma na cidade de Rio Grande/RS.

4.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

É de conhecimento geral que a violência sempre esteve presente em todos os períodos da história da humanidade, porquanto se trata de uma característica intrínseca ao comportamento dos indivíduos, podendo estes, reprimi-la ou exterioriza-la, gerando, neste último caso, danos à coisa ou ente atingido.

A violência é uma constante na natureza humana. Desde a aurora do homem e, possivelmente, até o crepúsculo da civilização, este triste atributo parece acompanhar passo a passo a humanidade, como lembrar, a cada ato em que reemerge no cotidiano, nossa paradoxal condição, tão selvagem quanto humana. (PORTO, 2007, p.13)

Visando frear a violência ou ao menos impedir que atitudes violentas de um indivíduo ferissem diretamente o direito do outro, a sociedade se viu, desde cedo, impelida a criar mecanismos que impusessem regras de convivência dentro dos grupos sociais, objetivando o bem comum em primazia aos desejos individuais.

Nesta senda, nos dizeres de Porto (2007), o homem se viu coagido a engendrar um sistema de regras e punições, aplicáveis, generalizadamente, pelo líder do grupo, capaz de por fim à insegurança reinante no estado de natureza, surgindo, desse modo, as formas embrionárias do Estado e do Direito.

Com efeito, uma das espécies de violência que se perpetua na história é a violência de gênero. Episódios de intolerância em razão do gênero da vítima que resultaram em qualquer espécie de violência, infelizmente, não são capítulos escassos ao longo dos tempos.

Entretanto, aproximando-se dos discursos acerca do conceito de gênero, o qual já restou explorado no presente trabalho, percebe-se que este não pode ser idealizado apenas como uma característica biológica que acompanha o indivíduo desde o seu nascimento, mas sim como uma identidade construída e em constante mutação ao longo da vida.

No entanto, na medida em que a ideia de gênero se consolidou como referência ao sexo biológico dos indivíduos, a expressão “violência de gênero”, como já referido, é usualmente utilizada para relatar situações em que o homem, prevalecendo-se do poder historicamente instituído a ele sobre a mulher, atua de forma em que esta se torne vítima em relação àquele.

Neste sentido, Dias (2007) leciona que a violência surge como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero, iniciando a guerra dos sexos quando um parceiro não está mais satisfeito, onde cada um luta com as suas armas: o homem com os músculos; a mulher com as lágrimas.

Em contraponto, cabe analisar que além desta violência física que, em regra, pressupõe hipossuficiência, e se revela quando há prática de ofensa à integridade do corpo ou da saúde da vítima, há, também, outras formas de violência, as quais, inclusive, se encontram no rol da Lei Maria da Penha e se classificam em violência psicológica, patrimonial, sexual e moral (BRASIL, 2006).

Assim, segundo a opinião de Porto (2007) no que se refere à desigualdade de gênero – é perceptível que, ao longo dos tempos, especialmente, no que diz respeito à história ocidental, a criação inicial de formas estatais e jurídicas pouco ou nada melhoraram a condição feminina.

O conceito de mulher como figura secundária vem sendo delineado desde a Antiguidade, se perpetuando no tempo, sobressaindo-se, inclusive, aos ideais Iluministas, época esta em que os direitos de igualdade e cidadania foram amplamente colocados em destaque, revelando significativas mudanças nestas áreas.

Com efeito, em que pese os avanços sociais de igualdade e cidadania ocorridos neste período revolucionário da história, Pinsky e Pedro (2003) destacam que a maior parte dos homens das Luzes idealizava a mulher tradicional como silenciosa, modesta, casta, subserviente e condenava as mulheres independentes e poderosas.

Nesta luta incessante de inserção e garantias dos direitos da mulher na sociedade, muito se deve às próprias mulheres que de forma direta e pessoal lutaram para ter seus direitos amparados, bem como aos estudos feministas, conforme estudado no capítulo anterior. Contudo, a fim de transformar esta realidade cultural, tal discussão foi inserida no ramo do Direito, dando ao legislador o poder de, finalmente, colocar fim às desigualdades e injustiças às quais as mulheres sempre estiveram expostas.

É dentro deste cenário histórico de subjugação da mulher em relação ao homem que se criou a Lei Maria da Penha, fruto de diversos movimentos, bem como, também, de uma situação específica, onde a vítima lutou incansavelmente pela punição de seu agressor.

4.2 FINALIDADE EXISTENCIAL

Como já delineado no subcapítulo anterior, a Lei Maria da Penha se constitui como instrumento criado para coibir ou, ao menos, minimizar qualquer espécie de violência doméstica e familiar, baseada no gênero, contra a mulher.

Com efeito, importa referir que as espécies de violência elencadas no texto legal, sem prejuízo de outras, haja vista que não se trata de um rol exaustivo, são: violência física, a qual, obviamente, se trata de ofensa à vida, saúde e integridade física da vítima; violência psicológica, que compreende aquela onde há agressão ao estado emocional da vítima, se realizando através de constrangimentos, humilhações e manipulações; violência sexual, onde há a obrigação da prática de ato libidinoso ou coito da vítima com o agressor, limitando a autodeterminação sexual da vítima; violência patrimonial, que ocorre através dos delitos contra o patrimônio previstos no Código Penal; e, ainda, violência moral, configurada quando há ocorrência de delitos contra a honra, previstos no mesmo diploma legal já referido (BRASIL, 2006).

Ultrapassada as formas de violência, necessário estudar a expressão violência doméstica e familiar, a qual foi incorporada ao corpo textual objetivando a prevenção/punição de violências praticadas nas relações que, em tese, deveriam ser de proteção. Assim, constata-se que o art. 5º da Lei em estudo delineia em seus incisos (I a III) os âmbitos de ocorrência de violência como unidade doméstica, família e relação íntima de afeto.

Em relação à violência praticada no âmbito da unidade doméstica, Pinto e Cunha (2007) afirmam se tratar daquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; de outra forma, quanto à violência no âmbito familiar, os autores afirmam que se trata daquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, parentesco em linha reta ou por afinidade ou, ainda, por vontade expressa, no caso de adoção; por fim, no que tange ao inciso que retrata a violência no âmbito de qualquer relação íntima de afeto, há polêmicas em relação a sua aplicação.

Os autores Pinto e Cunha (2007) acreditam que a amplitude revelada pelo inciso III acaba por etiquetar qualquer agressão inserida em um relacionamento

estreito entre duas pessoas, fundado em camaradagem, confiança, amor, etc. Ainda, tais autores vão além defendendo a inaplicabilidade do dispositivo, porquanto se nunca houve coabitação, não se pode falar em violência doméstica ou familiar.

Em contrapartida, defendendo a relevância e a aplicabilidade do inciso III ao falar em relações íntimas de afeto, Souza (2007, p. 13) afirma:

[...] a definição de família como relação de afeto corresponde ao mais atual conceito de família, que há muito vem sendo cunhado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFM. Por isso é que agora se fala em Direito das Famílias, pois há uma nova concepção de família que se define pela presença do vínculo de afetividade. Abandonou-se o modelo patriarcal e hierarquizado da família romana, ao longo dos anos, e firmou-se no direito das sociedades ocidentais um modelo de atuação participativa, igualitária e solidária dos membros da família. A família modernamente concebida tem origem plural e se revela como o núcleo de afeto no qual o cidadão se realiza e vive em busca da própria felicidade.

Ainda, dentro do estudo do objeto da Lei Maria da Penha, pende de análise o conceito da palavra gênero inserida no contexto legal, ao que passamos agora.

Conforme já referido do decorrer do presente estudo, o conceito de gênero é muito mais amplo do que o entendimento usual, no qual se aplica gênero como sinônimo da dualidade homem e mulher. No entanto, quando passamos a entender gênero como identidade, observamos a verdadeira complexidade acerca da sua aplicabilidade no tema em análise.

Segundo o Procurador de Justiça do Estado de Goiás, Edison Miguel da Silva Junior, ao discorrer sobre a Lei Maria da Penha:

Pela redação do artigo 5º, a palavra gênero não se define simplesmente por critério biológico porque a frase ficaria sem sentido. Algo assim: configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada na mulher. Tautologia que não é permitida ao intérprete imputar à lei, ou seja, na dogmática penal, o intérprete não pode presumir erro na lei ou palavras desnecessárias – posto que estuda a lei como um dogma, um fato que não pode modificar, mas tão-somente compreender (interpretar). (SILVA JUNIOR, 2015, s/p) [grifos do autor]

Nesta senda, o conceito de gênero não deve se interpretado como sinônimo de sexo, o qual, para as autoras Teles e Melo (2003, p. 17), “descreve características e diferenças biológicas, enfatizando aspectos da anatomia e fisiologia dos organismos pertencentes ao sexo masculino e feminino. As diferenças sexuais assim descritas são dadas pela natureza.”

De outro modo, o referido conceito, ainda conforme as lições de Teles e Melo, deve ser empregado no sentido de:

[...] demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram pólos de dominação e

submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as dependentes. (2003, p. 16)

À luz destes entendimentos, brilhantemente expõe o Procurador Edison Miguel da Silva Junior (2015), que não é a anatomia que define o papel social do feminino e do masculino, mas sim a cultura, quando é esta que determina o papel social feminino e o masculino, revelando o comportamento que espera de cada um.

Neste prisma, impede salientar, ainda, que o parágrafo único do art. 5º da Lei Maria da Penha refere que a aplicação desta independe da orientação sexual da vítima. Conforme os autores Pinto e Cunha (2007), trata-se de uma inovação trazida no dispositivo legal, ao prever que a proteção à mulher, contra a violência, independe da orientação sexual dos envolvidos.

Acerca do tema, Dias (2007) afirma que a Lei ao afirmar que se encontra sob seu amparo a mulher, sem distinguir identidade sexual, assegura, também, a proteção para lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Somado a esta interpretação, Parodi e Gama (2009) asseguram que a Lei busca a preservação plena da dignidade da pessoa humana, fazendo valer o gênero alegado pela pessoa vitimada.

O reconhecimento da união homoafetiva como família é expresso, pois a lei Maria da Penha incide independentemente da orientação sexual (arts. 2º e 5, parágrafo único). Assim, lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros, que têm identidade feminina estão ao seu abrigo quando a violência ocorre entre pessoas que possuem relação afetiva no âmbito da unidade doméstica e familiar. (DIAS, 2007, p.45)

A complementar esta ideia de aplicação da lei Maria da Penha em relacionamentos homoafetivos em que figurem como vítima e agressor duas mulheres Gomes (2009) afirma que o legislador demarcou o sujeito passivo (mulher) e deixou o sujeito ativo em aberto (podendo ser outra mulher). Ainda, o autor vai além, revelando que, em que pese criada para proteger a mulher em situação de subordinação, configuraria bom uso do diploma legal aplicá-la por analogia e de forma ampla em outras situações que demandassem submetimento de um indivíduo a outro no âmbito doméstico, familiar ou de relações íntimas, vejamos:

[...] parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade

etc.) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha e do seu poder cautelar geral, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito (GOMES, 2009, s/p)

Ainda, sobre este aspecto Dias (2007) afirma que as uniões homoafetivas (entre dois homens ou duas mulheres) são inseridas no sistema jurídico através do conceito legal de família trazido pela Lei Maria da Penha. “Ainda que a Lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros.” (DIAS, 2007, p.48)

Na esteira destes entendimentos é possível identificar que muitos doutrinadores já entendem o conceito de gênero, bem como o de família de forma ampla. No entanto, isto ainda não é o suficiente para garantir o amparo legal a todas as vítimas, uma vez que, como já referido, não havendo entendimento consolidado acerca da matéria, depende-se sempre da posição adotada pelos operadores em cada caso em concreto.

Vencido um breve estudo acerca do objetivo finalístico da lei Maria da Penha, tendo em vista que qualquer assunto referente às ciências humanas nunca estará completamente discutido, restando sempre pontos pendentes que podem vir a ser esclarecidos e debatidos, evidente a necessidade de entender quais mudanças esta trouxe ao ordenamento jurídico, bem como quais as finalidades de sua aplicação, ao que se passa, neste ponto, a discorrer.

4.3 APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Em uma primeira análise, é visível que a lei Maria da Penha veio trazer maior celeridade aos procedimentos que tem como objeto violência doméstica em função de gênero contra a mulher. Com a simples leitura do diploma legal, resta muito claro que o legislador buscou interligar mecanismos para criar uma rede de proteção à vítima, garantindo a esta todo um aparato capacitado para atendê-las, o qual, conforme seu art. 8º, caput, deve ser “articulado através de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, por meio de diretrizes estabelecidas na lei” (BRASIL, 2006). Neste sentido Dias expõe:

Além de proclamar a natureza da violência doméstica como violadora dos direitos humanos, a Lei impôs a adoção de políticas públicas para resguardar os direitos humanos das mulheres (art. 3º, §1º): O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las

de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (2007, p.42)

Ainda, um fato importante a ser destacado é que o legislador buscou enquadrar todos os tipos de violência em um rol não taxativo, como já referido, deixando claro que violência não são apenas lesões físicas, mas que esta pode se dar das mais diversas formas.

Também, de forma revolucionária, o legislador buscou prestar assistência à vítima, de forma articulada por diversos órgãos, garantindo a esta acesso prioritário à remoção quando servidora pública ou, em caso de afastamento do local de trabalho, manutenção do vínculo trabalhista por até seis meses (art. 9º e §§).

Outro aspecto relevante da Lei trata-se do fato que esta estabelece uma forma específica de atendimento à vítima que deverá ser prestado pela Autoridade Policial, indicando o procedimento a ser adotado nas Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (DEAM) frente a uma situação de violência doméstica.

Com efeito, no rol dos procedimentos acima mencionados, dentre outros especificados no art. 11 da Lei, estão: a garantia de proteção policial; encaminhamento da vítima ao posto de saúde ou Instituto Médico Legal para atendimento e exame de corpo de delito; e, o transporte da vítima e seus dependentes para abrigo ou local seguro em caso de risco de vida.

Ainda, como primeira medida a ser adotada no atendimento à vítima, está a lavratura do boletim de ocorrência, bem como o encaminhamento, no prazo de 48 horas, em expediente apartado, para o juiz, do pedido da ofendida para a concessão de medidas protetivas de urgência, as quais, quando necessário, serão deferidas e adotadas para garantia da saúde e do bem-estar da vítima.

Estas medidas proteção podem trazer obrigações ao agressor, as quais normalmente consistem em mecanismos que resultam no afastamento deste do lar, na proibição de aproximação do agressor com a vítima, entre outras determinações, conforme a situação apresentada. Ainda podem ser deferidas medidas de proteção à ofendida, as quais podem consistir no encaminhamento desta ao abrigo, recondução dela ao lar, determinação da separação de corpos e, também, dentre outras que se demonstrem cabíveis e necessárias.

Também, determina a Lei a criação e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), os quais são caracterizados como órgãos da Justiça Ordinária que cumulam competência cível e criminal para atuar no processo,

juízo e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, de acordo com o estabelecido no art. 14 da Lei, sob este aspecto:

Imprescindível que sejam instalados os JVDfMs e que seus juízes, promotores, advogados e defensores estejam devidamente capacitados para atender a estas demandas. Imperioso, igualmente, que sejam montadas estruturas interdisciplinares, para que todos os membros da família recebam atendimento psicológico e acompanhamento por assistentes sociais. (DIAS, 2007, p. 31)

Outra garantia que merece destaque é a vedação, trazida pelo art. 17, de aplicação de penas de cesta básica ou de outras prestações pecuniárias, bem como substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa em processos que envolvam situação de violência doméstica contra a mulher, ou seja, a impossibilidade de que o agressor, ao final de um exaustivo processo criminal, veja-se condenado e tenha sua pena substituída pelo simples pagamento de pecúnia.

Ainda no intuito de criação de um aparato responsável por dispensar cuidados à vítima, a lei prevê em seu art. 29 que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher poderão contar com atendimentos multidisciplinares, os quais devem ser integrados por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídico e de saúde.

Daí o grande mérito da Lei Maria da Penha que veio assegurar maior proteção a uma parcela da população visivelmente mais frágil quando o assunto é violência doméstica. E mais: por via complementar, pode-se afirmar que a Lei Maria da Penha protege, além da mulher vítima de violência, a família e a sociedade, dado que o sofrimento individual de mulheres ofendidas agride ao equilíbrio de toda a comunidade e a estabilidade as células familiares como um todo. (PARODI; GAMA, 2009, p.43)

Por fim, salienta-se que, conforme os ensinamentos de Porto (2007) a Lei 11.340/06 embora predominantemente penal, não é exclusivamente penal, pois contempla, também, disposições administrativas, processuais e princípios gerais. Ainda, conforme o autor, cumpre esclarecer que ela não cria novos tipos penais, mas complementa tipos já estabelecidos, excluindo benefícios despenalizadores, alterando penas, estabelecendo majorantes e agravantes, bem como possibilidades de prisão preventiva.

Diante das particularidades acima expostas, possível identificar diversas inovações trazidas pela Lei Maria da Penha no sentido de coibir ou, ao menos, minimizar a violência contra a mulher. Tais alterações são de suma importância, uma

vez que esta espécie de agressão ocorre, em regra, em unidades domésticas, em relações familiares ou de afeto, ou seja, locais de difícil identificação do problema.

Ainda, verifica-se que o legislador preocupou-se com a celeridade no andamento dos processos que envolvem violência doméstica, incluindo medidas de urgências que podem garantir, de pronto, resguardo às vítimas. Mais além, com a criação da norma, o legislador interligou mecanismos visando estabelecer uma rede capaz de oferecer suporte às vítimas.

Desse modo, analisada a Lei em estudo, bem como as intensas modificações que esta trouxe para o ordenamento jurídico visando oferecer amparo a uma forma de violência tão corriqueira em nossos dias, mas, ao mesmo tempo, tão ignorada, passa-se a análise de como o texto legal vem sendo entendido e, por conseguinte, aplicado nos casos em concreto, especialmente na cidade de Rio Grande/RS.

5. LEI MARIA DA PENHA E OS SUJEITOS DE DIREITO: OLHARES JURÍDICOS NA CONTEMPORANEIDADE

Conforme demonstrado no decorrer do presente trabalho, para aplicação da Lei 11.340/2006 se faz necessário que a violência ocorra no interior de um contexto doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto. No entanto, a grande problemática surge ao se definir os sujeitos (ativo/passivo) que são alcançados pela norma em análise.

Sob uma perspectiva simplista, poder-se-ia afirmar que a regra ampara toda mulher violentada por um homem, desde que a agressão ocorra em um dos contextos acima expostos, quando observadas apenas a letra fria da Lei e o contexto histórico que motivou a sua criação. No entanto, as relações humanas não podem ser tratadas de uma forma engessada, pelo simples fato de que cada uma, assim como os indivíduos, apresenta suas particularidades, revelando-se complexas por si só.

Nesse sentido, verifica-se que não se pode fixar a ideia de que somente o homem é sujeito ativo enquanto a mulher é o sujeito passivo nos casos em que se aplica a Lei Maria da Penha.

Pois, de forma contrária, a Lei em momento algum fixa o sujeito ativo da violência, deixando ampla a interpretação no tocante àquele que pratica a agressão. Ainda, no que se refere ao sujeito passivo, muito embora o legislador, à época da criação da lei, tenha se preocupado em colocar a mulher sob o enfoque central da norma, se afigura insuficiente defender o seu uso para a proteção exclusiva da mulher frente às inúmeras identidades sexuais e de gênero que indivíduos podem assumir ao longo da vida.

Assim, necessário provocar o debate acerca dos sujeitos compreendidos neste polo que sofre a violência, principalmente quando as relações não mais se encontram enraizadas em um modelo que já figurara como padrão de “homem e mulher”.

Diante da nova definição legal, não mais se justifica que o amor entre iguais – tanto de *gays* como de *lésbicas* – seja banido do âmbito da proteção jurídica. Afinal, as desavenças envolvendo uniões homoafetivas em que a vítima é uma mulher, um travesti ou transexual, são reconhecidas como violência doméstica. A unidade familiar não se resume apenas a casais heterossexuais. As uniões homoafetivas galgaram o *status* de unidade familiar. (DIAS, 2007, p. 49) [grifos da autora]

Ainda, em complemento, Azevedo e Saraiva (2006, s/p) asseveram que “a legislação apenas acompanha essa evolução para permitir que, na ausência de sustentação própria, o Estado intervenha para garantir a integridade dos membros de qualquer forma de família”.

Nesse prisma, passa-se efetivamente à análise concreta da pesquisa documental e qualitativa realizada no decorrer do presente trabalho. Para tanto se fará o estudo de decisões e entendimentos jurisprudenciais colacionados no que se refere aos sujeitos de direito da Lei Maria da Penha, bem como a análise das entrevistas realizadas com alguns operadores do Direito da cidade de Rio Grande/RS.

Salienta-se que as decisões judiciais e jurisprudências, que serão analisadas na sequência, foram alcançadas através de pesquisa ao *site* Direito Homoafetivo, coordenado pela Des. Maria Berenice Dias, bem como através do acesso às páginas dos respectivos Tribunais de origem. Ainda, no tocante à pesquisa qualitativa, analisar-se-ão os resultados obtidos através das entrevistas realizadas com os seguintes profissionais atuantes na cidade de Rio Grande/RS: Juiz de Direito do Juizado Especial de Violência Doméstica; Promotora de Justiça da 5ª Promotoria de Justiça; Defensora Pública Estadual; e, Delegada de Polícia Civil lotada na Delegacia de Polícia Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM).

5.1 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS E DE OUTRAS COMARCAS ACERCA DA TEMÁTICA

Primeiramente incumbe referir a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) quando à constitucionalidade da Lei 11.340/2006. Questão alvo de inúmeras discussões, logo que do surgimento da norma, uma vez que previa tratamento diferenciado entre o homem e a mulher, podendo vir a ferir o princípio da isonomia. No entanto, a constitucionalidade da referida Lei foi reconhecida pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19, sendo a decisão proferida em 09 de fevereiro de 2012.

Com efeito, a Ministra Rosa Weber (2012) ao proferir seu voto na aludida decisão, assegurou que a situação de desequilíbrio de fato enfrentada, histórica e culturalmente, pela mulher, no interior de uma sociedade machista e patriarcal, justifica o *discrímén*, não havendo, portanto, ofensa ao princípio da isonomia. Ou

seja, a adoção de instrumentos afirmativos estaria efetivamente voltada para neutralizar os desequilíbrios. Ainda, a Ministra vai além em seus argumentos:

Entendo que uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, *caput* e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade. (2012, p. 22)

Em prosseguimento, no que tange ao reconhecimento dos sujeitos nos polos da situação de violência doméstica e familiar (vítima/agressor), conforme se depreende das decisões proferidas, diversos são os entendimentos possíveis e, por conseguinte, levados a produzir efeitos quando aplicados nos casos em concreto que chegam ao conhecimento e posterior julgamento do Poder Judiciário.

A atual posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de aplicação da Lei Maria da Penha em casos que demandam violência contra a mulher e que esta tenha sido perpetrada em um contexto de vulnerabilidade da ofendida em favor do agressor, podendo este ser homem ou mulher.

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. 2. Ameaça. Sogra e nora. 3. Competência. Inaplicabilidade. Lei maria da penha. Abrangência do conceito de violência doméstica e familiar. Divergência doutrinária. Interpretação restritiva. Violência de gênero. Relação de intimidade afetiva. [...] **2. A incidência da Lei n.º 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. Precedentes.** [...] HABEAS CORPUS Nº 175.816 - RS (2010/0105875-8) RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. JULGADO: 20/06/2013 (BRASIL, 2013, p.1) [grifos nossos]

Ainda, conforme se pode extrair do voto do Ministro Relator da referida decisão, para a aplicação da Lei Maria da Penha deve-se constatar **a presença concomitante de violência de qualquer natureza prática contra mulher em situação de vulnerabilidade, por motivação de gênero e perpetrada por parceiro ou parceira em relação íntima de afeto**, “fator que, por razões culturais, não eram objeto de tutela penal suficiente, efetiva e adequada.” (BRASIL, 2013, p. 16)

Nesta mesma direção, há decisões no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, onde se encontram julgamentos de recursos assegurando que o sujeito ativo pode ser tanto homem quanto mulher, conforme se depreende das ementas:

APELAÇÃO CRIMINAL - LEI Nº 11.340/06 - REQUERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NÃO CABIMENTO - RELAÇÃO HOMOAFETIVA ENTRE DUAS MULHERES - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. - **Por força de exigência legal, o sujeito passivo, para fins de incidência da proteção e assistência previstas na Lei Maria da Penha, deve ser mulher. Todavia, no que tange ao agressor, isto é, ao sujeito ativo, a Lei nº 11.340/06, no parágrafo único de seu art. 5º, não repetiu o mencionado requisito, permitindo, por conseguinte, sua aplicabilidade também em hipótese de relações homoafetivas entre mulheres.** (TJ-MG. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.13.125196-9/001 – Relator (a) Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires. 2ª Câmara Criminal. Julgado em 22/01/2014). (MINAS GERAIS, 2014a, p.1) [grifos nossos]

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - LEI MARIA DA PENHA - INAPLICABILIDADE - LESÃO CORPORAL - AGRESSORA DO SEXO FEMININO - HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CARACTERIZADA - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. V.V. AGRESSÃO PROVOCADA POR MULHER - APLICAÇÃO DA LEI 11.340/06 - POSSIBILIDADE - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. **A Lei 11.340/06 não faz restrição ao gênero quanto ao sujeito ativo, podendo ser aplicada aos casos em que a agressão for provocada por mulher, desde que no contexto de uma relação doméstica, familiar ou de afetividade.** (TJ-MG. CONFLITO DE JURISDIÇÃO 1.0000.13.089193-0/000. Relator(a) Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho. Órgão Julgador 5ª Câmara Criminal. Julgado em 08/04/2014). (MINAS GERAIS, 2014b, p.1) [grifos nossos]

Ainda sob esta perspectiva, se manifesta o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. VIOLÊNCIA DO AMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LESÃO CORPORAL (ARTIGO 129, § 9º DO CÓDIGO PENAL). **Autora do fato e vítima do sexo feminino. Relação homoafetiva. Violência de gênero. Ocorrência. Juízo suscitado que declinou de sua competência ao argumento de que o presente caso não envolve violência de gênero. Crime de ameaça ocorreu no âmbito familiar, tendo como vítima uma mulher. Violência mencionada que possui as características exigidas pela lei maria da penha, em função de ser a lesada mulher. Fatos narrados que revelam uma relação de dominação/subordinação entre a vítima e sua algoz, bem como situação de vulnerabilidade experimentada pela vítima. Possibilidade de aplicação da lei Maria da Penha aos casos de homoafetividade feminina, eis que a circunstância da suposta autora do fato ser também mulher não retira a proteção do aludido diploma legal, pois o gênero feminino independe de orientação sexual.** PROCEDÊNCIA DO CONFLITO, FIRMANDO-SE A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (TJ-RJ. CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Relator: Des.(a) JOAO ZIRALDO MAIA, 2ª Câmara Criminal. Julgado em 21/01/2014) (RIO DE JANEIRO, 2014, p.1) [grifos nossos]

Em contrapartida, há decisões revelando interpretação diversa do mesmo diploma legal. Nesse sentido, verifica-se que, ao julgar Recurso em Sentido Estrito

nº 1.0145.07.414517-1/001, interposto pelo Ministério Público da Comarca de Juiz de Fora/MG, julgado em 15/12/2009, o Desembargador Relator Antônio Carlos Cruvinel afirmou em seu voto que “[...] o intérprete da lei deve afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico como sujeito passivo da ação e a condição de homem como sujeito ativo”. (MINAS GERAIS, 2009, p.1). Desse modo se estenderia a aplicabilidade da lei Maria da Penha e as suas medidas de proteção a quaisquer indivíduos, bastando a relação familiar ou de afetividade entre os envolvidos.

Ademais, corroborando este entendimento, a Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Primavera do Leste/MT, Aline Luciane Ribeiro Viana Quinto, nos autos do processo nº 6670-72.2014.811 deferiu medidas protetivas em favor de vítima homem de violência doméstica que mantinha relacionamento homoafetivo com o agressor. Ao fundamentar a referida decisão, a Magistrada afirma que:

Não obstante o diploma legal em comento atina expressamente a violência doméstica e familiar contra a mulher, entendo, no lastro da mais atualizada doutrina a respeito da matéria, que **é possível sim conceder medida protetiva de urgência prevista de forma expressa na Lei n. 11.340/06 a qualquer pessoa que esteja vulnerável em razão de espécie de violência doméstica e familiar**. Aludido permissivo se pauta, de igual modo, no poder geral de cautela do magistrado, de forma a salvaguardar o ofendido de possíveis investidas delituosas por parte do outrora companheiro. (MATO GROSSO, 2014, p.2) [grifos nossos]

Em situação semelhante, o Juiz de Direito Alcides da Fonseca Neto da 11ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, nos autos do processo nº 0093306-35.8.19.0001, também deferiu medidas protetiva à vítima homem, asseverando em sua fundamentação que muito embora a Lei Maria da Penha seja direcionada para hipóteses em que a mulher figure como vítima, esta proteção também deve ser estendida ao homem em situações em que ele também se apresenta como vítima de violência doméstica e familiar. Ademais, referiu que no caso em concreto, vítima e agressor mantinham relacionamento homoafetivo e as medidas protetivas de urgência se demonstraram impositivas em respeito ao Princípio Constitucional da Isonomia. (RIO DE JANEIRO, 2011)

Ainda sob esta linha de interpretação à Lei Maria da Penha se pronunciou o Juiz de Direito Osmar de Aguiar Pacheco da Segunda Vara Judicial da Comarca de Rio Pardo/RS, em decisão que deferiu medida protetiva e fixou competência no Juizado de Violência Doméstica em um caso de violência doméstica em que figurava como agressor o ex-companheiro da vítima – também homem. O Magistrado, na

referida decisão (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p.1), reconheceu a existência do inegável aspecto histórico de violência contra a mulher. Ainda, afirmou que não somente a mulher sofre violência, porém “todo aquele em situação vulnerável, enfraquecido, pode ser vitimado”.

Dessa visão do direito como mecanismo legítimo para alcance da paz social, há de se buscar o mandamento da Magna Carta de que “todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, “caput”) na sua correta exegese, a de que, em situações iguais, as garantias legais valem para todos. **Vale dizer, portanto, de que todo aquele vítima de violência, quando mais de ordem doméstica, merece a proteção da lei, ainda que evidentemente do sexo masculino.** (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 01) [grifos nossos]

Outro aspecto motivador de divergência é a aplicação da Lei quando há a figura do transexual como vítima. Nesse sentido, ainda que escassas as decisões, verifica-se que alguns Tribunais se posicionam favoravelmente.

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. HOMOLOGAÇÃO DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. Agressões praticadas pelo companheiro contra pessoa civilmente identificada como sendo do sexo masculino. Vítima submetida à cirurgia de adequação de sexo por ser hermafrodita. Adoção do sexo feminino. Presença de órgãos reprodutores femininos que lhe conferem a condição de mulher. Retificação do registro civil já requerida judicialmente. Possibilidade de aplicação, no caso concreto, da lei n. 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJ-SC. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Relator(a) Des.(a) Roberto Lucas Pacheco. Julgado em 14/08/2009) (SANTA CATARINA, 2009, p.1)

Na mesma direção se encontra o voto da Des. Maria Helena Gargaglione Povoas da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Relatora do Agravo de Instrumento nº 31430/2015, julgado em 24/07/2015, a qual assegura, brilhantemente, que como diploma legal de proteção das mulheres, entendidas como todas aquelas pertencentes ao gênero feminino – e não ao sexo feminino – a Lei deve ser aplicada às transexuais femininas. Em complemento, a julgadora vai além referindo que:

[...] o referido diploma legislativo deve ser interpretado ampliativamente, sempre *in bonam partem*, ou seja, a favor da vítima, que em verdade, pode ser qualquer pessoa, desde que comprovado que a violência ocorreu dentro de um contexto doméstico ou de relacionamento íntimo. (MATO GROSSO, 2015, p. 05) [grifos do autor]

A partir dos entendimentos colacionados acerca da temática, é possível identificar as controvérsias existentes quanto aos sujeitos de direito efetivamente abarcados pela Lei em estudo no âmbito Nacional e Estadual. A seguir, passa-se a análise concreta do tema na cidade de Rio Grande/RS.

5.2 POSIÇÃO ADOTADA PELOS OPERADORES JURÍDICOS DA CIDADE DE RIO GRANDE

De pronto, importa referir que além de questões acerca dos sujeitos abarcados pela Lei 11.340/2006, os entrevistados responderam questões referentes a aspectos gerais da mencionada norma, conforme se pode observar através das perguntas utilizadas como norteadores durante a realização das entrevistas (apêndice A).

Por conseguinte, quando perguntados sobre o objetivo final do legislador quando da criação da Lei Maria da Penha, os entrevistados ressaltaram a existência de um machismo histórico, de uma posição inferior da mulher na sociedade, bem como exaltaram os mecanismos de proteção que a referida norma propôs para os casos de violência doméstica, conforme se observa a seguir:

[...] não existe dúvida de que objetivo do legislador foi criar uma lei protetiva, com o intuito de fazer um resgate histórico da exploração da mulher, com o fim de diminuir as desigualdades, modificar conceitos machistas e retrógrados em que a mulher era vista como subalterna e submissa ao marido/companheiro. A criação da lei foi uma quebra de paradigmas no sentido de que a violência doméstica é privada, e de que, nas relações interfamiliares, não pode haver ingerência do Estado lato sensu. (DEFENSORA PÚBLICA, 2015, s/p)

Neste mesmo entendimento, a Promotora de Justiça, por sua vez, afirma: “*eu acho que o que o legislador pretendeu era tentar igualar uma desigualdade histórica e cultural em relação à mulher.*” Para tanto, o legislador criou mecanismos visando dar tratamento mais severo, do ponto de vista criminal, aos sujeitos ativos da violência. Assim refere a Delegada de Polícia:

[...] a grande transformação da lei, e no meu entendimento, o objetivo dela, era resguardar a integridade física das vítimas com a inovação do afastamento do agressor do lar e também transformar esse tipo de violência numa violência de gravidade maior, dar tratamento de maior gravidade para estes casos e também resguardar a integridade da vítima.

Ainda, o Juiz de Direito assegurou que a Lei trouxe inovações muito boas, mecanismos muitos bons como, por exemplo, a medida de proteção que se apresentou como uma inovação realmente revolucionária. No entanto, o Magistrado vai além ao afirmar que a norma pecou por ser abrangente demais, de modo que os operadores do direito acabam com um mar de coisas que não são necessárias, tentando pincelar quem são as pessoas que efetivamente necessitam da tutela estatal.

Neste contexto, quando questionados acerca da sua efetividade, todos os entrevistados foram uníssonos ao afirmar que não há uma boa utilização da Lei, uma vez que muitos casos que não preenchem os requisitos necessários acabam tramitando pelo rito da Maria da Penha dada a dificuldade de se captar o real motivo da violência. Em decorrência, na grande maioria das vezes, a situação apenas se esclarece em audiência, já durante a instrução processual, quando remeter a outro Juízo, à autoridade que seria competente, também já se torna uma medida descabida, pois acarretaria prejuízos ainda maiores tanto de custas para o Estado, quanto de mora para as partes envolvidas.

Neste sentido a Defensora Pública, em trecho retirado da entrevista, afirma:

[...] a prática tem nos mostrado que está havendo um desvirtuamento da lei e que a maioria do trabalho desenvolvido pela Delegacia de Polícia, pelo Poder Judiciário e pela Defensoria Pública não está sendo direcionado para as mulheres que realmente são foco da violência doméstica. Praticamente 70% das mulheres que chegam ao Poder Judiciário não são vítimas, de fato, da violência doméstica, e acabam por se utilizar da lei para outros fins direcionados ao direito de família especialmente.
[grifos nossos]

Ainda sob esta ótica, o Magistrado assevera:

[...] todos estes casos que estão aqui, deveriam estar? Eu acho que não, porque a maioria dos casos que estão aqui não são coisas graves, são delitos que se houvesse um acompanhamento psicológico na quebra de relação não teria acontecido nada, tanto pelo homem, quanto pela mulher.

A Lei Maria da Penha, muito além de prever punições mais severas e colocar um peso maior nas agressões ocorridas em contexto doméstico, familiar e de relações afetivas, propôs, também, como já referido no capítulo anterior, uma rede de proteção à vítima. No entanto, é neste ponto que se visualiza as maiores falhas na aplicação do dispositivo legal, uma vez que acaba por não ocorrer a interligação de mecanismos para a efetiva proteção da ofendida, principalmente no tocante ao apoio psicológico.

[...] um dos motivos para que isso esteja ocorrendo é o fato de que não existe, ainda, uma rede de atendimento, capaz de cumprir com todas as medidas de prevenção, proteção e assistência previstas na lei. Ainda não existem políticas públicas de combate à violência doméstica suficientemente concretas, o que faz com que se deposite na atuação judicial toda a responsabilidade pela solução do problema. (DEFENSORA PÚBLICA, 2015, s/p)

Outrossim, incumbe salientar que esta modalidade de violência muitas vezes se dá de forma silenciosa, considerando que são perpetradas no interior das relações interpessoais, de forma que as vítimas, em muitos casos, apresentam dificuldade de ir ao encontro do auxílio para modificar a situação. Conforme referido

pela Delegada de Polícia se faz necessário muita sensibilidade ao se ouvir a vítima, porquanto esta quando agredida, normalmente não tem voz ativa, “*ela é tão hipossuficiente que ela não tem coragem de chegar até aqui. O medo acompanha o comportamento da vítima, o medo não se separa da vítima.*”

Ainda, outra circunstância que obsta a correta aplicação da Lei encontra-se fundada na dificuldade de se captar o requisito da hipossuficiência, da vulnerabilidade da vítima, principalmente durante a aplicação das medidas cautelares, usualmente requisitadas e analisadas antes da instrução processual. Neste aspecto refere a Promotora de Justiça:

A gente tem que evoluir muito para aplicar a lei Maria da Penha da forma como se pretende. Durante a instrução eu tento entender como funcionava a relação, não somente na data do fato, mas como um todo, buscando chegar no aspecto subjetivo da hipossuficiência.

Ainda, em complemento, o Juiz de Direito afirma:

[...] a gente tenta analisar com os dados que têm, porque na verdade a gente não tem até a audiência para dizer, porque existe uma medida protetiva, normalmente antes, então a gente vai no tato, tenta olhar, ver as condições, a idade, se tem alguma coisa, vê se tem dependentes, vê qual é a situação familiar, vê os elementos que vem escrito no papel, claro que na audiência a gente toma o ponto final e daí a gente consegue emoldurar o quadro, até ali a gente tem um pseudo-quadro falado no papel, o que é difícil analisar, mas a gente consegue algumas vezes [...]

Contudo, apesar da dificuldade em se delinear o quadro em que ocorreu a agressão, os entrevistados, quando questionados acerca de quais são as características principais analisadas para se definir se o sujeito é realmente vítima de delito perpetrado sob a égide da Lei Maria da Penha, foram unânimes em referir a situação de hipossuficiência da vítima em relação ao agressor. Neste sentido, ressaltou o Magistrado que esta hipossuficiência não se revela apenas no aspecto físico, mas pode se apresentar de diversas formas (etária, emocional, financeira).

Mais além, adentrando no conceito de gênero e no que diz respeito à inserção deste no diploma legal em estudo, os entrevistados apresentaram entendimentos diferentes. Ao passo que a Promotora compreende que gênero é homem e mulher, porque a Lei foi criada com a pretensão de diminuir a desigualdade entre os sexos, a Delegada de Polícia assegura que na Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher, que atualmente funciona sob o seu comando, o conceito de gênero é ampliado porquanto se estende o amparo da Lei às relações homoafetivas:

[...] nós temos casos aqui de relações homoafetivas, inclusive com medidas protetivas, em que nós damos o mesmo tratamento do que para relação heteroafetivas. Então, o conceito de gênero aqui é ampliado porque eu

entendo que sim, que as vítimas de relação homoafetivas, que se enquadrem nas características, também podem ser protegidas pela lei.

Ainda, a Defensora Pública resumiu violência de gênero da seguinte forma: “superioridade de um indivíduo (em regra homem) sobre outro indivíduo (em regra mulher).”

Neste contexto a Delegada, ainda, fez alusão ao trabalho realizado dentro da Polícia Civil para a preparação de todos os seus agentes no tocante ao respeito aos indivíduos com as suas mais diversas identidades de gênero. Esclareceu que há um treinamento realizado com os policiais plantonistas – que, normalmente, mantém um primeiro contato com a vítima nas situações mais graves que envolvem situações de flagrante – de forma que estes estejam preparados atender às vítimas. Ademais, a Delegada ressaltou a importância deste trabalho, porquanto a Polícia Civil é um órgão tradicionalmente machista, com maior predominância de efetivos homens. “Então é preciso fazer todo um trabalho de mudança interno para depois poder atender o público externo.” (DELEGADA DE POLÍCIA, 2015, s/p)

Especificamente quanto à aplicação da Lei Maria da Penha em relacionamentos homoafetivos, houve divergências, em diversos aspectos, entre as respostas obtidas, de modo que se faz imprescindível trazer o entendimento de cada entrevistado a este respeito.

O Juiz de Direito afirmou entender ser o caso de aplicação da lei em casos de relacionamento homoafetivo entre duas mulheres, desde que uma se apresente hipossuficiente à outra, referindo que esta é a posição majoritária na jurisprudência. Em sequência, referiu o Magistrado que não compreende a utilização da lei em caso de relacionamento homoafetivo entre dois homens essencialmente masculinos, porquanto a Lei protege a mulher, sendo muito difícil enquadrar o indivíduo masculino. No entanto, visualiza a possibilidade de aplicação no caso em que um dos indivíduos da relação seja transexual, desde que haja a situação de hipossuficiência:

[...] o masculino que tem propensão desde criança a ser feminino, efetivamente o transexual, na verdade é o transgênero⁵ (que é aquele que

⁵ Foram preservadas as expressões utilizadas pelo entrevistado com o intuito de manter-se fiel aos dados coletados. No entanto, faz-se imperioso delinear alguns conceitos: Transgêneros: pode ser dividido em duas dimensões: 1ª) identidade (o que caracteriza transexuais e travestis); 2ª) funcionalidade (representado por crossdressers, drag queens, drag kings e transformistas). Transexuais: sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e se sentem, e querem corrigir isso adequando seu corpo ao seu estado psíquico. Travestis: pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como

vai fazer a alteração sexual permitida pela Lei). Então, nós temos dois pontos: se tu tem o transgênero e este fizer a operação sexual e sair de masculino para feminino, é possível? Eu acredito que sim. [...] muito embora também eu acho que um transgênero pode conseguir (aí posicionamento meu) sem a cirurgia, ele pode querer mudar só nome social. E, dependendo, se tu for uma pessoa que tem teoricamente um pênis, mas se tu for ver, na verdade é uma mulher, também acho que deveria ser aplicado. [grifos nossos]

De forma semelhante se manifestou a Delegada de Polícia, a qual reafirmou o posicionamento positivo quanto à aplicação em caso de relacionamento entre duas mulheres, e se mostrou em dúvida em casos de relacionamento homoafetivo entre dois homens, envolvendo, ou não, transexuais, referindo que nunca atendeu a nenhum caso neste aspecto, motivo pelo qual não possui uma opinião formada e que, caso se apresentasse uma situação assim: “*seria o caso de analisar o caso concreto para verificar qual a postura daquela pessoa na relação, se há relação de empoderamento, se há o enquadramento nas situações previstas*”.

Contrariamente, na opinião da Promotora de Justiça, a Lei não deve ser aplicada nos casos de relacionamentos homoafetivos, independentemente se entre homens ou mulheres, porquanto

[...] a lei, hoje, não tem alcançando nem o que ela busca atingir, o seu objetivo inicial. Essa questão envolvendo a homossexualidade, que está muito em voga hoje, essa busca de defesa de direitos de minorias, eu acho perfeito, não tenho nada contra, acho que tem que haver esse tipo de evolução, mas acho que pegar esse dispositivo do modo como ele está, do modo como ele é aplicado, e estender a esses casos, não vai ser o mais adequado. Primeiro por isso que te falei, uma porque não era esse o objetivo da lei - que era o resgate histórico. Para nós já é difícil na instrução criminal verificar se aquela mulher realmente é vulnerável, se há relação de hipossuficiência. [...] Agora, imagina em uma relação homossexual, onde o gênero é o mesmo (biologicamente falando) então temos que apurar na relação quem é o mais “frágil”. [...] Já é tão difícil nos casos envolvendo homens e mulheres de se verificar a hipossuficiência, nos casos de homossexuais é muito mais.

Ainda, a Defensora Pública também se mostrou contrária à aplicação da Lei Maria da Penha em casos de relacionamentos homoafetivos, no entanto, foi além em sua argumentação, afirmando que

[...] ao se aferir qual das partes detém superioridade sobre a outra no relacionamento (ou sendo mais direta, qual dos indivíduos, seja ele homem ou mulher, exerce o papel de dominador e qual se comporta como

membros de um terceiro gênero. Homossexuais: indivíduos que se sentem atraídos por pessoas do mesmo sexo, o que em nada se relaciona com sua identidade de gênero. Ainda, refere-se que uma pessoa transexual pode ser bissexual, heterossexual ou homossexual, dependendo do gênero que adota e do gênero com relação ao qual se atrai afetivo-sexualmente. (JESUS, 2012).

hipossuficiente) está havendo violação a princípios constitucionais: direito à intimidade e privacidade daquele casal. Ademais, é de ser reconhecido que o sistema de justiça não detém mecanismos para essa aferição, o que demandaria um parecer técnico por profissional habilitado – psicólogo ou psiquiatra, algo totalmente dissociado da nossa realidade.

Outrossim, questionados acerca da atuação em casos em concreto envolvendo a aplicação da Lei 11.340/2006 com a presença de casais homoafetivos, a Delegada afirmou já ter atendido a diversas ocorrências policiais de casais lésbicas, e que, inclusive, lembra de casos em que houve deferimento de medidas protetivas de urgência. De outro modo, a Promotora afirmou lembrar-se de um caso específico, também entre duas mulheres, mas não soube informar o encaminhamento deste. Ainda, o Juiz de Direito não recordou de nenhum episódio em particular. E, por fim, a Defensora Pública disse não ter atuado em nenhum processo neste sentido.

Desse modo, de forma semelhante com o que pode ser analisado a partir dos entendimentos colacionados nos Tribunais, verifica-se que a opinião dos operadores do Direito que atuam na Cidade de Rio Grande/RS também se mostra bastante divergente quanto aos indivíduos abarcados pelo diploma legal seja enquanto vítimas ou como agressores.

5.3 PROVOCAÇÕES ANALÍTICAS

Em atenção aos dados coletados das pesquisas documental e entrevistas realizadas para concretização do presente trabalho, evidente se mostra a subjetividade das decisões judiciais no que diz respeito à aplicação da Lei Maria da Penha como legislação de combate à violência de gênero.

Com efeito, na Cidade do Rio Grande/RS foi possível identificar entendimentos variados acerca do emprego do diploma legal em situações que envolvam sujeitos com identidade de gênero diversa da biológica, bem como em situações de relacionamentos homoafetivos. Enquanto o Juiz de Direito e a Delegada de Polícia compreendem correta utilização da norma nestas situações quando preenchidos os demais requisitos, a Promotora de Justiça e a Defensora Pública não consideram possível ampliar a aplicação da Lei para além da mulher como vítima e do homem como agressor, sustentando seus posicionamentos nos aspectos históricos de criação da norma, bem como na garantia dos direitos

individuais, respectivamente. Da mesma forma, foi possível identificar que os múltiplos entendimentos se estendem em decisões de outras Comarcas, Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Superiores.

Neste prisma, necessário se mostra a desconstrução de certas verdades emanadas na sociedade. Porquanto, como visto ao longo deste estudo, o padrão de normalidade, hoje compreendido como indivíduos que vivem identidade de gênero idêntica à biológica e mantém relacionamento heterossexual, não passa de uma construção social, de um discurso criado e propagado pelos mecanismos de normalização.

Assim, imprescindível a promoção do debate acerca do conceito de gênero para que este deixe de ser visualizado, no interior do ordenamento jurídico, como sinônimo de sexo biológico, abrindo espaço para as inúmeras identidades de gênero que os indivíduos podem assumir. Pois, “a construção do gênero e da sexualidade dá-se ao longo de toda a vida, continuamente, infindavelmente” (LOURO, 2008, p.18).

O referido debate não somente alcançaria a Lei Maria da Penha, mas, muito além, serviria para garantir a efetividade do direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, uma vez que muitos são os direitos fundamentais negados aos sujeitos que vivenciam identidades de gênero diversas do sexo biológico, assim como aos indivíduos de identidade sexual diversa da heterossexualidade.

Ademais, na sociedade atual, cada vez mais os indivíduos buscam vivenciar as suas identidades de forma ampla, quebrando a barreira do preconceito e modificando as verdades até então estabelecidas. Assim, ainda que a Lei tenha sido criada em um contexto histórico de prevaecimento do homem em relação à mulher, imprescindível que se efetive a sua aplicação frente aos novos modelos familiares, principalmente quando o legislador faz referência, no próprio corpo do texto legal, que o seu emprego independe de identidade sexual.

Como a lei vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função - lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, 2015, p.29) [grifos da autora]

Outrossim, talvez a maior dificuldade de aplicação da norma se encontre nos casos em que figure um homem como vítima e outro, de mesmo sexo biológico e independentemente de sua identidade de gênero, como agressor, por existir uma falsa ideia de que neste modelo de relacionamento não se configuraria a hipossuficiência. Ocorre que, como já demonstrado, a hipossuficiência pode se dar das mais diversas formas; ainda, é plenamente possível que se verifique vulnerabilidade física dentre pessoas do mesmo sexo, restando imediatamente injustificada a adoção de tal entendimento.

Sob este enfoque, quando comprovada que agressão se deu em contexto doméstico, familiar ou em relação de afeto, bem como exposta a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência da vítima (independente de identidade de gênero ou sexual) em relação ao agressor, porque não se aplicar a Lei 11.430/2006, quando manifesta de forma evidente uma situação de risco que ela veio justamente alcançar?

Neste sentido, utilizar o fundamento de que a Lei foi criada especialmente para a mulher e que, por este motivo, não pode alcançar vítima do sexo masculino, seria criar uma nova situação de discriminação, o que, nos dias de hoje, apresentase como um retrocesso extremo, frente aos grandes avanços galgados quanto aos direitos de liberdade e livre identidade de gênero e sexual.

Que instâncias e espaços sociais têm o poder de decidir e inscrever em nossos corpos as marcas e as normas que devem ser seguidas? Qualquer resposta cabal e definitiva a tais questões será ingênua e inadequada. A construção dos gêneros e das sexualidades dá-se através de inúmeras aprendizagens e práticas, insinua-se nas mais distintas situações, é empreendida de modo explícito ou dissimulado por um conjunto inesgotável de instâncias sociais e culturais. É um processo minucioso, sutil, sempre inacabado. (LOURO, 2008, p.18)

Possivelmente, o melhor caminho para que se delineasse um entendimento uno e consolidado acerca do tema, bem como se possibilitasse um melhor aproveitamento do texto legal, uma vez que muitas vezes é banalizado por vítimas mulheres que se aproveitam da sua existência para dirimir questões pendentes do fim do relacionamento, seria necessário estender a sua aplicação quanto aos indivíduos em relacionamentos hipossuficientes, independentemente de identidade de gênero e sexual adotada pelos sujeitos (ativo/passivo) da referida relação.

Já que inúmeras são as formas que os indivíduos vivem seus prazeres e desejos, dão e recebem afeto, amam e são amados. E cada vez mais estas formas se apresentam múltiplas. Nas palavras de Louro (2008, p.23) “as possibilidades de

viver os gêneros e as sexualidades ampliaram-se. As certezas acabaram. Tudo isso pode ser fascinante, rico e também desestabilizador. Mas não há como escapar a esse desafio.” Assim, imperioso afirmar a aplicação do diploma legal em situações de onde ocorra violência em detrimento de uma vítima hipossuficiente.

Deste modo, em última análise, alcançar-se-ia, também, os princípios basilares da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana, não mais marginalizando os indivíduos por suas escolhas, mas sim, inserindo todos na regra e, por consequência, garantindo direitos que nunca deveriam ter sido objeto de questionamento.

Pois, é evidente que quando se introduz uma nova lei no ordenamento jurídico, esta irradia os seus efeitos para além das situações previstas no novo diploma legal, de forma que sempre será necessário aproximar o texto legal do contexto social em que inserido, adequando-o à realidade e, assim, aproveitando-o da melhor maneira possível.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, buscou-se no decorrer do presente trabalho analisar decisões judiciais acerca da temática, bem como identificar os posicionamentos adotados pelos operadores jurídicos, especialmente aqueles que atuam na cidade de Rio Grande/RS, acerca da aplicação da Lei Maria da Penha em situações que envolvam casais homossexuais ou heterossexuais que apresentam, em algum dos polos da relação, um transgênero.

Para tanto, no primeiro capítulo buscou-se demarcar a temática, assim como o problema, a justificava e o aporte teórico que se utilizaria no decorrer da pesquisa, delineando para o leitor, ainda que de forma breve, o que lhe seria apresentado a seguir.

Em sequência, no segundo capítulo, aprofundou-se a discussão, essencialmente delineada através dos ensinamentos foucaultianos, acerca dos padrões de normalidade, dos mecanismos de normalização na sociedade, bem como dos discursos de verdade e da mutabilidade das normas jurídicas. A importância da aproximação destes ideais com o tema da pesquisa fundamentou-se na veemente necessidade de se visualizar o homossexual como sujeito de direito, bem como de se adaptar as normas ao contexto social em que inseridas.

Ademais, no terceiro capítulo buscou-se apresentar as possíveis articulações no tocante aos homossexuais como sujeitos de direito, revelando a importância dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, enquanto princípios norteadores do sistema jurídico. Também, aproximou-se o conceito de gênero, diferenciando-o de sexo biológico e demonstrando a sua amplitude e complexidade.

Ainda, através do quarto capítulo intentou-se traçar aspectos históricos e finalísticos da lei Maria da Penha, demonstrando as modificações que esta trouxe para o ordenamento jurídico.

Por fim, no quinto e último capítulo apresentou-se os dados coletados através de pesquisa documental e entrevistas, trazendo a posição adotada pelos operadores jurídicos acerca da temática, fazendo, ainda, uma breve análise das respostas obtidas.

Desse modo, foi possível identificar que dificilmente se poderá indicar os sujeitos alcançados pela Lei Maria da Penha enquanto se depender do subjetivismo

dos operadores jurídicos em decisões acerca do tema. Pois, enquanto cada um pensar de modo diverso perdurará a insegurança jurídica acerca de quem pode ou não ser reconhecido como vítima na aplicação do diploma legal.

Sob esta visão, justifica-se cada vez mais a promoção do debate acerca do conceito de gênero, bem como da posição do homossexual e dos novos padrões de família no interior dos discursos jurídicos, visando não somente uma boa aplicação da Lei em estudo, mas, de forma muito mais ampla, alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

AWAD, Fahd. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Justiça do Direito, Passo Fundo, v. 20, n. 1, p. 111-120. 2006.

BOGDAN, Robert.; BIKLEN, San. **Investigação qualitativa em educação.** Porto, Porto Editora, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 8 de agosto de 2006. Seção 1, p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 Distrito Federal.** Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgado/ Publicado: Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/07/ADC19STF09022012.pdf> . Acesso em 11 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS nº 175.816-RS (2010/0105875-8).** Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Julgado: Brasília, DF, 20 de junho de 2013. Publicado: Brasília, 28 jun. 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23553475/habeas-corporus-hc-175816-rs-2010-0105875-8-stj/inteiro-teor-23553476>. Acesso em 11 set. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMPOS, Roberta Toledo. **Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha.** 2009. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/Aspectos%20Constitucionais%20e%20Penais%20Significativos%20da%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf. Acesso em 11 set. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COLLING, Ana. **A Construção Histórica do Feminismo e do Machismo.** In: STREY, M. N.; CABEDA, S. T. L.; PREHN, D.R, (orgs.) Gênero e cultura: questões contemporâneas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

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

_____. **A homoafetividade como direito.** 2015. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/46_-_a_homoafetividade_como_direito.pdf. Acesso em 11 set. 2015.

_____. **Homoafetividade e Direito Homoafetivo.** 2015. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/52_-_homoafetividade_e_direito_homoafetivo.pdf. Acesso em 11 set. 2015.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** 10ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

EWALD, François. **Foucault a Norma e o Direito.** Tradução Antonio Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993.

FONSECA, Marcio Alves. **Michel Foucault e o Direito.** São Paulo. Editora Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **Os Anormais: curso no Collège de France (1974-1975).** Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

_____. **Microfísica do poder.** 9. ed. Tradução e Organização Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

_____. **Segurança, Território e População.** Curso dado no College de France (1977-1978); edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** São Paulo: Atlas, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas.** Disponível em: www.lfg.com.br. Acesso em 11 set. 2015.

GONZALEZ, Andres Garcia. **A era do bio-poder, a sociedade de normalização e os direitos humanos: uma leitura de Michel Foucault.** 2007. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/andres_garcia_gonzalez.pdf. Acesso em 11 set. 2015.

HENNING, Paula Corrêa; HENNING, Clarissa Corrêa. Sobre verdades inventadas e mentiras potentes: práticas de si como espaço de resistência. In: HENNING, P.C.

(org.). **Cultura, ambiente e sociedade**. Rio Grande: Ed. Universidade Federal do Rio Grande, 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012. Disponível em: https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989. Acesso em 11 set. 2015.

KALSING, Vera Simone Schaefer. **Notas sobre o conceito de gênero: uma breve incursão pela vertente pós-estruturalista**. Trabalho Final apresentado à disciplina do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Corpo, Gênero e Sexualidade: questões para a pesquisa em Educação. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <http://static.recantodasletras.com.br/arquivos/1583283.pdf?1242139063>. Acesso em 11 set. 2015.

LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e Norma: Michel Foucault e a aplicação do direito**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba, 2008.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: Uma perspectiva pós-estruturalista**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

_____. Nas redes do conceito de gênero. In: LOPES, M. J. D.; MEYER, D. E.; WALDOW, V. R. (orgs.). **Gênero e saúde**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

_____. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. In: **Pro-Posições**, v.19, n. 2, mai./ago. 2008.

LOURO, Guacira Lopes et al. **O Corpo Educado**. Pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

MATO GROSSO. Comarca de Primavera do Leste. **PROCESSO nº 6670-72.2014.811**. Juiz de Direito: Aline Luciane Ribeiro Viana Quinto. Julgado: Primavera do Leste, MT, 29 de julho de 2014. Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1388__349777622a33921f2e629381e6013287.pdf. Acesso em 11 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 31430/2015**. Relator: DESEMBARGADORA MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS. Julgado: Cuiabá, MT, 09 de junho de 2015. Publicado: Cuiabá, MT, 24 jun. 2015. Disponível em: <http://servicos.tjmt.jus.br/processos/tribunal/ViewAcordao.aspx?key=941000db-782d-442b-99e8-4abeabe7ee9a>. Acesso em 11 set. 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº.1.0145.07.414517-1/001**. Relator: DESEMBARGADOR ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL. Julgado/Publicado: Belo Horizonte, MG, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/2953>. Acesso em 11 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **APELAÇÃO CRIMINAL nº 1.0024.13.125196-9/001**. Relator: DESEMBARGADORA BEATRIZ PINHEIRO CAIRES. Julgado: Belo Horizonte, MG, 22 de janeiro de 2014. Publicado: Belo Horizonte, 03 fev. 2014a. Disponível em: <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119362172/apelacao-criminal-apr-10024131251969001-mg/inteiro-teor-119362218>>. Acesso em 11 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **CONFLITO DE JURISDIÇÃO nº 1.0000.13.089193-0/000**. Relator: DESEMBARGADOR ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO. Julgado: Belo Horizonte, MG, 08 de janeiro de 2014. Publicado: Belo Horizonte, 14 abr. 2014b. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/maria-penha-nao-aplica-agressao-envolva.pdf>. Acesso em 11 set. 2015.

PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha: comentários à Lei n. 11.340/2006**. Campinas: Russel, 2009.

PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Mulheres, Igualdade e Especificidade. In: PINSKY, J.; PINSKY C.B. (orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo, Contexto, 2003.

PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogerio Sanches. **Violência doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006**. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – Lei 11.340/2006 – análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIO DE JANEIRO. Comarca da Capital do Rio de Janeiro. **PROCESSO nº 0093306-35.2011.8.19.0001**. Juiz de Direito: Alcides da Fonseca Neto. Julgado: Rio de Janeiro, RJ, 18 de abril de 2011. Disponível em: http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1192__5dc3c91fe16b09da19e2f923a5b55291.pdf. Acesso em 11 set. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Rio Pardo. **PROCESSO JUDICIAL**. Juiz de Direito: Osmar de Aguiar Pacheco. Julgado: Rio Pardo, RS, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1004.pdf>. Acesso em 11 set. 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **CONFLITO DE JURISDIÇÃO nº 2009.006461-6**. Relator: DESEMBARGADOR ROBERTO LUCAS PACHECO. Julgado: Florianópolis, SC, 29 de junho de 2009. Publicado: 14 ago. de 2009. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/384.pdf>. Acesso em 11 set. 2015.

SARAIVA, Rodrigo Viana; RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo. **A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito e família**. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8911>. Acesso em: 11 set. de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica.” Tradução Guacira Lopes Louro. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, p. 71-99, n. 2, jul./dez. 1995.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. **Lei Maria da Penha: conduta baseada no gênero**. Goiás, 2015. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/lei_maria_da_penha__conduta_baseada_no_genero.pdf. Acesso em 11 set. 2015.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006**. Curitiba: Juruá, 2007.

APÊNDICE A

PERGUNTAS – ENTREVISTA SEMI-ESTRUTURADA

1. Em sua opinião, qual o objetivo final que o legislador buscou ao criar a Lei Maria da Penha e, com base nos casos em concreto, você acredita que a finalidade desta tem sido alcançada?
2. Quais os requisitos que você entende necessários para que se enquadre como vítima e se aplique a Lei 11.340/06?
3. Quando o texto da lei refere que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão **baseada no gênero** que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, como este conceito de gênero pode ser definido?
 - a. Nesta situação, o conceito e os estudos acerca de gênero como uma das identidades que o indivíduo constrói ao longo da vida, muito além do sexo biológico que o acompanha no nascimento, não deveriam ser mais aproximados e debatidos dentro do Direito? Em caso de resposta afirmativa, qual a importância da temática e quais seriam os melhores meios de se fazer essa interligação?
4. Em sua opinião, a Lei Maria da Penha deve ser adotada em casos de violência entre casais homossexuais (homem/homem e mulher/mulher)?
 - a. Caso não entenda possível em nenhum caso, qual a finalidade da ressalva constante no parágrafo único do art. 5º da Lei que dispõe: *as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual?*
 - b. Caso entenda apenas aplicável em caso de casais homossexuais (mulher/mulher), porque não entende a aplicabilidade em relação aos casais homossexuais (homem/homem)?
 - c. E, em se tratando de relacionamentos envolvendo um travesti ou transexual – antes da cirurgia -, a opinião se manteria a mesma (de

que não se aplica a Lei), em que pese a “vítima” se comporte ou se sinta como mulher?

5. Considerando que a definição histórica de que a mulher é o sexo frágil em relação ao homem e que esta hipossuficiência é uma das justificativas para existência de uma Lei que visa a sua proteção, questiona-se: de que forma a hipossuficiência da vítima em relação ao agressor pode ser demonstrada no curso da investigação e do processo crime?
6. Neste mesmo sentido, ainda que uma Lei “nova”, criada em 2006, não seria ela embasada em uma ideia retrógrada de que a mulher é mais fraca que o homem, considerando a atual situação da mulher na sociedade?
7. Considerando o espaço que as temáticas envolvendo Direito Homoafetivo têm ganhado dentro do Direito, em especial no tocante aos direitos civis como é o caso do reconhecimento de unidades familiares, podem estes novos entendimentos refletir na forma de interpretar a Lei Maria da Penha?
8. Se, durante a experiência profissional, já atuou em algum caso específico de violência doméstica em que visualizasse ser caso de aplicação da Lei em estudo entre casais homossexuais (gays e lésbicas). Em caso de resposta afirmativa, de que forma procedeu (quais decisões adotou)?