



LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

DANIEL VINICIUS SILVA DUTRA

LEI MARIA DA PENHA: VIOLÊNCIA DE GÊNERO E ASPECTOS CONTROVERTIDOS

NATAL-RN

2016

DANIEL VINICIUS SILVA DUTRA

LEI MARIA DA PENHA: VIOLÊNCIA DE GÊNERO E ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro
Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN, como
requisito final para a obtenção do título de especialista.

ORIENTADOR: Prof. MSC. EDINALDO BENÍCIO
DE SÁ JÚNIOR.

NATAL-RN

2016

DANIEL VINICIUS SILVA DUTRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Pós-graduação de Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN, como requisito final para a obtenção do título de especialista.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. MSC. EDINALDO BENÍCIO DE SÁ JÚNIOR.

Prof. SANDRESSON MENEZES

Prof. NELISSE DEFREITAS

Dedico o empenho e a realização deste trabalho à minha família, que sempre esteve ao meu lado em todos os momentos, aos meus avós, anjos de Deus aqui na terra e a minha namorada Luiza, pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a meu bondoso Deus, pelo dom da vida, sem Ele, jamais conseguiria nada na minha vida.

Aos meus pais, por todo o carinho, cuidado, dedicação, por muitas vezes fazer o impossível para me proporcionar tudo aquilo que não tiveram na sua juventude.

Aos meus avós, pela indiscutível contribuição na minha formação como ser humano, pela ajuda nos momentos que mais precisei, pelas orações. À eles, todo o meu amor.

Aos meus irmãos, companheiros de vida, de todos os momentos.

À minha namorada Luiza, pelo seu amor a mim dedicado, pelo seu companheirismo e lealdade. À você baby, minha eterna gratidão por tudo.

Aos meus tios, que sempre que puderam, me ajudaram e contribuíram, de uma forma ou de outra, para que eu conquistasse meus sonhos.

Aos meus sogros, que me acolheram como um filho.

Aos meus amigos, pela compreensão nos momentos que não pude compartilhar com eles.

RESUMO

A “Lei Maria da Penha”, desde a sua origem, apresenta aspectos controvertidos acerca de quem seriam os sujeitos protegidos pela norma. Dessa forma, o presente estudo propõe-se a analisar, por meio de uma abordagem qualitativa e bibliográfica, utilizando-se do método dialético, as situações em que a referida lei deverá ser aplicada, passando pela questão da violência de gênero, abordando sua incidência para os transexuais e homossexuais. Ademais serão comentados os principais pontos no que concerne ao novo tipo penal do “Feminicídio”, como corolário de uma maior proteção à mulher. O intuito é de que com a devida aplicação da lei, os objetivos traçados pelo legislador, cujas recomendações foram realizadas pelos organismos internacionais, sejam conquistados e a sociedade passe a respeitar a mulher, o transexual e o homossexual, diante da sua vulnerabilidade. Desta feita, serão identificados os requisitos caracterizadores da violência doméstica, bem como a conceituação da questão de gênero, pois esses aspectos, presentes no caso concreto, ensejarão a aplicação da lei 11.340 do ano de 2006. Todo o embasamento da pesquisa é fundado na doutrina, jurisprudência atual e legislação vigente.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência de gênero. Transexuais. Homossexuais. Aplicabilidade. Feminicídio.

ABSTRACT

The "Maria da Penha Law", since its origin, presents controversial aspects about who would be the people protected by norm. Thereby, the present study intends to analyse, through the bias of a qualitative and bibliographic approach, making use of the dialectic method, the appropriate situations in which the law might be applied, through the issue of gender violence, addressing the incidence for transsexuals and homosexuals. In addition it will be discussed the main points regarding the new criminal offense of "Femicide", as a corollary of greater protection to women. The idea is that with proper application of the law, the goals set by the legislator, whose recommendations were carried out by international organizations, it will be conquered and the society respect women, transsexuals and gay, in front of their vulnerability. Therefore, domestic violence characterizing requirements will be identified, as well as the gender issue, because, these last-mentioned aspects, when present in a solid case, are the accurate occasions for the 11.340 (2006) law's appliance. All the research's foundation and substantiation will be based on the doctrine, current jurisprudence and valid legislation.

Key-words: Maria da Penha Law. Gender violence. Transsexuals. Homosexuals. Applicability. Femicide.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. A LEI MARIA DA PENHA E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO.....	11
2.1.A violência no Brasil.....	16
2.2.A criação da Lei Maria da Penha.....	19
2.3.Caracterização da violência doméstica.....	22
2.4. Questão de gênero.....	25
3. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NA TRANSEXUALIDADE FEMININA.....	30
4. COMENTÁRIOS À LEI 13.104/2015 QUE TIPIFICOU O CRIME DE FEMINICÍDIO.....	38
4.1.Aspectos introdutórios.....	38
4.2.A violência contra as mulheres no sistema interamericano de direitos humanos.....	42
4.3.Comentários ao tipo penal do feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP).....	45
5. CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	58

1. INTRODUÇÃO

É fato, por todos conhecido, que as mulheres ainda são discriminadas em pleno século XXI, independente da classe econômica, de origem, raça ou cultura. O simples fato de ser mulher, em uma sociedade cujos traços patriarcais ainda não foram amplamente desestruturados é, por si só, fator que sustenta o preconceito e a violência, de diferentes naturezas. Vislumbrando essa problemática, o tema “violência contra a mulher” permanece ainda mais atual e de importante discussão para efetivação dos direitos humanos.

No capítulo 2, inicialmente será traçado o contexto histórico no qual a mulher está inserida, indicando a evolução de seus direitos políticos e a luta a qual o gênero precisou enfrentar para obter, juridicamente, os mesmos direitos que o homem possui. Deste modo será explanado que a construção da cidadania feminina é recente e, apesar disso, a sua exclusão social ainda possui fortes amarras que impedem a concretização efetiva de seus direitos.

Em um segundo momento, será feita uma análise acerca da violência no Brasil, com enfoque no desencadeamento da violência urbana a partir da violência doméstica. É importante essa análise, para que se demonstre a necessidade de tratar sobre temática, em razão desta não encontrar apenas abrigo na seara privada, mas sim, na seara pública, pois este tipo de violência atinge também aos homens, indiretamente, porém de forma não menos cruel, pois as agressões em âmbito doméstico desencadeiam traumas, feridas psicológicas e o “ciclo vicioso” da violência.

Em seguida, será analisada a criação da “Lei Maria da Penha”, pois a partir do objetivo para a qual foi criada é que se pode estabelecer a sua aplicabilidade. Daí a importância de conhecer a história trágica ocorrida em razão da violência de gênero, geradora de uma revolução no judiciário brasileiro, a partir de sua repercussão internacional.

Por conseguinte, será discutida a aplicabilidade da Lei 11.340 do ano de 2006, pois há inúmeras controvérsias quanto aos casos em que a referida lei deve ser aplicada, consistentes em divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Para tanto é necessário que se observe dois requisitos: a caracterização da violência doméstica e familiar, bem como a conceituação da violência de gênero. Feito isso, não se cometerá a errônea incidência da “Lei Maria da Penha” (em todo e qualquer caso em que figure como vítima uma mulher), pois apenas presentes os aspectos citados a ação deverá correr em Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra

a Mulher (nas comarcas que já foram constituídos) e ser aplicada uma lei mais severa em combate a violência de gênero, qual seja a 11.340 de 2006.

No capítulo 3, por conseguinte, serão tratados aspectos controvertidos acerca sua aplicabilidade para as transexuais femininas e homossexuais, desde que, é claro, seja comprovada sua vulnerabilidade diante do agressor, se mostrando de todo desarrazoada, incompatível com os objetivos da Lei Maria da Penha a exigência da cirurgia de transgenitalização, uma vez que tais providências são meras formas de se adequar aspectos extrínsecos ao gênero preexistente.

Por fim, no capítulo 4 serão abordados comentários referentes a Lei n.º13.104/2015 que tipificou o crime de feminicídio, apontando todos os seus aspectos jurídicos e sociais, contextualizando referida tipificação no contexto da violência contra as mulheres no sistema interamericano de direitos humanos.

2. A LEI MARIA DA PENHA E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

No contexto social, no decorrer na história, as mulheres sempre foram vistas como seres submissos às vontades e desejos do homem, com poucos ou nenhum direito e com várias obrigações. A opressão é notória no trecho abaixo¹:

A mulher durante séculos foi vítima da opressão e de teorias machistas, no entanto, nenhum obstáculo foi capaz de ofuscar o brilho feminino e impedir o seu desenvolvimento na sociedade. Contudo o processo de emancipação da mulher foi uma tarefa árdua, que perdurou durante séculos até alcançar o status que possui hoje. De sexo frágil, a mulher passou a ser responsável pelo mais novo processo que o mundo vem sofrendo: a revolução feminina, onde as mulheres deixaram de ser apenas donas [sic] do lar, para participar efetivamente da construção da história.

Analisando desde a criação da humanidade, vê-se que já no período da pré-história, precisamente no período neolítico, fase na qual surgiram as primeiras sociedades, começou a surgir as divisões de tarefas. À mulher apenas cabia gerar a prole e amamentá-la, enquanto ao homem incumbia manter a subsistência de sua família. Nesse cenário, preleciona Silva² que os neolíticos trabalhavam coletivamente, saindo em numerosos grupos para as poucas atividades de caça e pesca. As mulheres eram responsáveis por garantir o bem-estar das pequenas aldeias, permanecendo com os filhos e cuidando da agricultura.

Passando pelo período antigo e adentrando na Idade Média – Idade das trevas –, os clérigos, nomenclatura destinada aos homens da igreja, julgavam as mulheres como criaturas do diabo, pecadoras. Aliás, foi nesse período que se realizou uma das maiores perseguições ao sexo feminino, conhecido como “caça as bruxas”, no qual a Santa Inquisição encarregou-se de “purificar” a alma das mulheres, pondo-as vivas em fogueiras, para que elas fossem ao céu totalmente isentas de sua característica de pecadora. Destaca Galiza³ que:

A “caça as bruxas” foi um movimento pelo qual a igreja, através do Santo ofício (inquisição), caçou os rituais pagãos que tinham a mulher como base da fertilidade e o corpo feminino como centro da vida. Contra esse movimento a igreja Católica comandou um massacre chegando ao ponto de em um único dia executar três mil mulheres.

¹ GALIZA, Danuza Ferreira De. **O Feminismo através dos Tempos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/3781/1/Mulher-O-Feminino-Atraves-Dos-Tempos/pagina1.html>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

² SILVA, Tiago Ferreira Da. **Período neolítico**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/pre-historia/periodo-neolitico/>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

³ GALIZA, Danuza Ferreira De. **O Feminismo através dos Tempos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/3781/1/Mulher-O-Feminino-Atraves-Dos-Tempos/pagina1.html>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

Além disso, foi nesse período que se usou o cinto de castidade, instrumento de aço utilizado dolorosamente em suas vaginas, a fim de impedir a “consumação carnal”.

Percorrendo a Idade Moderna, observa-se que a mulher era apresentada como propriedade do homem, vista, destarte, como seu objeto, despida de qualquer direito. Quando criança, quem detinha a propriedade era o pai, e quando adulta, o marido. Nesse contexto, aparece a sociedade patriarcal, na qual apenas o homem era o chefe da família, cabendo à mulher a função doméstica e a de procriação.

Neste contexto, leciona VIEIRA⁴:

A mulher não pode viver sem um homem. A partir do momento que nascesse sua vida estaria para sempre subjugada ao homem. Primeiro estava submissa ao pai que era seu responsável e a preservava até seu casamento, a partir daí o marido ocupava o lugar e ela como mulher virtuosa lhe devia obediência. O casamento tinha grande importância na Idade moderna, era uma instituição econômica e social, pois o marido dava-lhe o sustento e o nome, em retribuição ela seria companheira e mãe. Na alta sociedade as mulheres ao casarem se tornavam donas de casa, administravam as propriedades com a ajuda dos feitores e agentes, enquanto as classes mais baixas tinham que trabalhar para ajudar no sustento. O objetivo primeiro do casamento era a reprodução da espécie e assegurar a educação e o sustento dos filhos.

Na Idade Contemporânea, mais precisamente no final do século XIX, manchetes como “Matou a esposa com uma punhalada”, “Neurastenia sangrenta”, “Do ciúme ao crime” eram frequentes nos jornais e inquietavam a população do Rio de Janeiro. Até o início do século XIX, era permitido ao marido “traído” o direito de matar a sua esposa e o rival⁵.

Foi nesse contexto que, no decorrer do século XX, o movimento feminista ganhou força e os atos internacionais de proteção à mulher se multiplicaram.

Com efeito, o feminismo foi um movimento que objetivava principalmente a igualdade de direitos, respeitando as diferenças entre sexos. Tinha por objetivo o reconhecimento da mulher em igualdade com o homem, sepultando a ideia de superioridade do sexo masculino sobre o feminino. GROSSI⁶ destaca que “Quem ama não mata” foi um dos

⁴ VIEIRA, Marcelo Paulo et al. **Visões sobre a mulher na Idade Moderna**. Disponível em: <<http://biuvice.blogspot.com/2006/09/vises-sobre-mulher-na-idade-moderna.html>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

⁵ ENGEL, Magali Gouveia. **Crimes na Imprensa: PAIXÃO E MORTE NA VIRADA DO SÉCULO**. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=328MCH002>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

⁶ GROSSI, Miriam Pillar. **Novas/Velhas Violências contra a mulher no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/08112009-113921grossi.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

primeiros *slogans* do ideário feminista no final dos anos 70, quando atuantes e simpatizantes desse movimento foram às ruas, para protestar contra alguns assassinatos de mulheres, cometidos por seus maridos, companheiros, namorados ou amantes.

A partir desse momento, a violência passou a ser um dos temas objetos de reivindicações dos movimentos de mulheres, tanto no Brasil, quanto no âmbito internacional.

No Brasil, temos como pioneira a norte rio-grandense Nísia Floresta, a primeira mulher a escrever sobre os direitos da mulher no país. Em sua obra, no início dos anos 1800, intitulada *Direitos das Mulheres e Injustiça dos Homens*, a autora defendeu, principalmente, o direito das mulheres à educação⁷

Sobre o feminismo “*depois de ter passado por várias fases, com a luta pelos direitos sexuais e reprodutivos e contra a violência, o movimento conseguiu romper a invisibilidade histórica das mulheres*”⁸.

No Brasil, a proteção da mulher no contexto doméstico e familiar surge com base em uma interpretação sistemática do artigo 226, parágrafo 8º (assistência do Estado e proteção de cada ente familiar contra violência no âmbito de suas relações) com os artigos 5º, “caput” e 225, §5º (ambos sobre a igualdade entre homens e mulheres). Com supedâneo nesses dispositivos, o Brasil também ratificou diversos instrumentos internacionais, com ênfase para a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁹ (conhecida por CEDAW) e para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)¹⁰.

De acordo com o ensinamento de Renata Martins Ferreira da Cunha¹¹, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) se preocupava com os direitos gerais da mulher, e não, especificadamente, com a violência. Já a Convenção de Belém do Pará buscava um objetivo mais específico, que era combater a violência contra a mulher.

⁷ PROGRAMA DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES. **Mulher e Direitos Humanos**. Recife, 2007.

⁸ PROGRAMA DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES. **Mulher e Direitos Humanos**. Recife, 2007.

⁹ Aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1979; no Brasil, pelo Decreto n.4.377/2002.

¹⁰ Adotada pela Assembleia Geral da OEA em 6 de junho de 1994; no Brasil, pelo Decreto n.1.973/1996.

¹¹ CUNHA, Renata Martins Ferreira Da. Análise da Constitucionalidade da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha: Lesão ao Princípio da Igualdade. **Revista Iob De Direito Penal E Processual Penal**, Porto Alegre, n. 57, p.119-142, ago./set. 2009.

Nas palavras de Paulo Henrique Gonçalves Portela¹², claro fica o objetivo da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher:

A Convenção visa a contribuir para conferir maior peso político e jurídico à proteção da dignidade da mulher, cuja situação na maioria das sociedades do mundo, no decorrer da história e na atualidade, nem sempre tem sido marcada pelo gozo de direitos em patamar de igualdade com os homens. Além disso, a Convenção visa a tutelar certas peculiaridades da condição da mulher, como a maternidade.

Portanto, o propósito da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher era erradicar a discriminação contra a mulher e assegurar a igualdade, embora tivesse consciência de que discriminação também é uma forma de violência.

Assim afirma Piovesan¹³ que “*a Convenção não enfrenta a temática da violência contra a mulher de forma explícita, embora essa violência constitua grave discriminação*”.

No que se refere à Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, foram analisados diversos assuntos, dentre eles a definição de violência contra as mulheres¹⁴:

A Convenção entende que a violência contra a mulher constitui grave afronta aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, proclamados e defendidos na modernidade; afirma, ainda, que a violência não se limita à agressão física, sexual e psíquica, como também restringe o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades.

A Convenção de Belém do Pará foi, portanto, o primeiro tratado internacional a conceituar a violência contra a mulher e a reconhecer este tipo de violência como sendo uma afronta aos direitos humanos, especificadamente a dignidade da pessoa humana.

MAMELUQUE¹⁵ expõe que o Conselho Social e Econômico das Nações Unidas conceitua violência contra a mulher como sendo qualquer ato de violência baseado na

¹² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. In: PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010. Cap. 3, p. 659.

¹³ PIOVESAN, Flavia. A estrutura normativa do sistema global de proteção internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 197

¹⁴ CUNHA, Renata Martins Ferreira Da. Análise da Constitucionalidade da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha: Lesão ao Princípio da Igualdade. **Revista Iob De Direito Penal E Processual Penal**, Porto Alegre, n. 57, p.119-142, ago./set. 2009.

¹⁵ MAMELUQUE, Leopoldo. **Aspectos Gerais da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/lei_maria_da_penha.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

diferença de gênero, que resulte em sofrimentos e danos físicos, sexuais, psicológicos da mulher; inclusive ameaças de tais atos, coerção e privação de liberdade seja na vida pública ou privada.

Segundo Maria Berenice Dias¹⁶, “foi à conferência das Nações Unidas sobre Direitos humanos, realizada em Viena, no ano de 1993, que definiu formalmente a violência contra a mulher como violação aos direitos humanos.”.

No cenário do Brasil, entretanto, os atos de violência contra mulher não vinham recebendo das autoridades públicas a devida atenção, na medida em que não era garantida a sua efetiva punição e eliminação.

A situação somente começou a mudar a partir da apresentação de denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, após as graves violações perpetradas pelo marido no âmbito doméstico. A denúncia também foi subscrita pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Deriva de tal provocação o Relatório 54/2001, o qual apontou diversas falhas cometidas no caso em análise (tais como a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade da vítima obter uma reparação), bem como emitiu recomendações ao Estado brasileiro, inclusive instando a necessidade de implementação de procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual.

O caso Maria da Penha trouxe à baila uma realidade cruel de transgressões sistemáticas de direitos da mulher. Nesse contexto é que foi sancionada a Lei 11.340/06, que constitui um verdadeiro marco na atuação positiva do Estado na proteção dos direitos humanos do gênero feminino, e, por via de consequência, das famílias e da sociedade como um todo. A referida Lei enfatiza a liberdade no exercício dos direitos sexuais e reprodutivos e disciplina mecanismos de caráter repressivo, preventivo e assistencial, cuja finalidade é coibir a violência praticada contra o gênero feminino.

A Lei Maria da Penha tem por finalidade precípua reprimir a violência de gênero, que decorre de uma posição de hipossuficiência física ou econômica, no âmbito da unidade

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/35_viol%EAncia_dom%E9stica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

doméstica, da família ou de qualquer relação íntima de afeto, a qual gera uma situação de opressão da vítima. Segundo Maria Amelia Teles e Monica de Melo¹⁷, a violência de gênero consiste numa relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos.

Cumprir mencionar, ainda, que referida Lei inovou ao alargar o conceito de família, em consonância com o princípio constitucional da pluralidade de entidades familiares, ao incluir as comunidades formadas por indivíduos aparentados por vontade expressa (artigo 5º, inciso II) e as relações entre pessoas do mesmo sexo (artigos 2º e 5º, parágrafo único), assim como reconheceu o elemento do afeto nas relações interpessoais (artigo 5º, inciso III) – não excluindo, deste modo, a tutela jurídica das relações existentes em famílias paralelas e poliafetivas.

2.1. A violência no Brasil

Faz-se imprescindível explicar o contexto da violência doméstica no Brasil, que, inegavelmente, continua presente, nada obstante o avanço nas políticas públicas, na elaboração de leis protetivas e tipificações de condutas.

A face menos visível da violência, porém exacerbadamente cruel, continua sendo a diferença no trato da sociedade para com homens e mulheres, seja em seus ambientes de trabalho, ou mesmo em seus lares. Por isso, torna-se expor o tema, para que seja notório que mesmo que tenha havido alguns avanços, a partir de todos os movimentos feministas ocorridos, esse tipo de violência sobrevive, pois apesar da igualdade de gênero ou mesmo de raça perante a lei, não houve um extermínio, de fato, das inúmeras formas de preconceito e discriminação na realidade social brasileira. Nesse sentido, leciona CAVALCANTI¹⁸:

O preconceito e a discriminação estão estampados nos indicadores socioeconômicos que indicam que as mulheres, principalmente as negras são discriminadas no mercado de trabalho quando não conseguem emprego ou ocupam cargos secundários, apesar de qualificadas e instruídas ou ainda quando percebem salários inferiores quando ocupam os mesmos cargos que os homens e mulheres brancas. Seja qual for o tema: diferença religiosa,

¹⁷ Disponível em: <<https://www1.oab.org.br/cnma/Content/PDF/violencia-de-genero.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

¹⁸ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**: análise da “Lei Maria da Penha”, nº 11.340/06. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 36.

racial, sexual, social, os debates sobre o preconceito e discriminação são sempre polêmicos. No Brasil, não é diferente, apesar do direito de igualdade ser garantido pela Constituição Federal art. 5º, inciso I, ser dever fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceito de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, art. 3º, inciso IV, é consenso que a prática discriminatória, mesmo velada existe.

O que vem à tona, do exposto, é o questionamento acerca de uma justificativa plausível para o Brasil ser um país tão violento no âmbito doméstico. O argumento mais aceitável seria a pobreza, pois a baixa escolaridade advinda da falta de recursos financeiros retira da classe econômica menos favorecida certo discernimento sobre a evolução da mulher no cenário atual. Muitas famílias que não têm acesso à informação e educação, possuem valores estáticos e ainda se comportam como uma sociedade patriarcal e machista. Porém, há uma justificativa que está enraizada na sociedade e se trata do ideal de superioridade do homem presente na sociedade brasileira, que não é vislumbrado apenas nas classes mais pobres. A respeito, vejamos a lição de CAVALCANTI¹⁹:

Há uma explicação suplementar para a sua grande ocorrência no Brasil. Não está ligada apenas à lógica da pobreza, estes são fenômenos marcados profundamente pelo preconceito, discriminação e abuso de poder do agressor para com a vítima, geralmente mulher criança, adolescente ou idoso, pessoas que em razão das suas peculiaridades estão em situação de vulnerabilidade na relação social.

Em razão do disposto, e da forma com a qual as pessoas relacionam-se, o agressor manipula a vítima, subjuga, viola a sua moral, o seu psicológico, promove agressões físicas, por vezes, por unicamente julgar-se superior devido a qualidade de ser homem.

É claro que apenas quem se encontra inserido em um quadro de violência doméstica entende a peculiaridade desse tipo de delito, por inúmeros fatores, seja pelo medo que a vítima sente do agressor, por se envergonhar diante da sociedade, seja por não ter condições financeiras para arcar com os custeios do lar sem o agressor, por crer que é mais conveniente para os filhos não oferecer a denúncia, dentre outros fatores. Todavia, a sociedade acaba por criar mitos que facilitam a manutenção desse tipo de violência, ao dizer que “Em briga de marido e mulher não se mete a colher”. Com tal ditado popular, por exemplo, está-se

¹⁹ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**: análise da “Lei Maria da Penha”, nº 11.340/06. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 39.

afirmando que a violência entre casais não é questão de ordem pública, o que é uma visão equivocada, conforme aduz DIAS²⁰:

Ditados populares, repetidos de forma jocosa, acabaram por absorver e naturalizar a violência doméstica: ‘Em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher’, ‘Ele pode não saber por que bate, mas ela sabe por que apanha’. Esses entre outros ditos repetidos como brincadeira, sempre esconderam certa convivência da sociedade para com a violência contra a mulher.

Não há como se falar em violência doméstica sem mencionar que durante a maior parte da história, a família patriarcal foi, de forma inquestionável, a maneira com a qual as famílias se organizavam, com anuência de ambos os sexos, sendo caracterizada pelo papel de cada um dos gêneros de forma diferenciada, de modo que aos homens cabia trabalhar, sustentar a casa e dar ordens, enquanto que às mulheres cabia cuidar dos filhos e da casa, e submeter-se aos mandos e desmandos de seu marido. E mesmo que tenha havido a equiparação entre homens e mulheres de modo claro pela Constituição Federal de 1988, a ideologia vigente na sociedade continua sendo a mesma: patriarcal. É nesta desigualdade sociocultural entre homens e mulheres que a ideologia da superioridade masculina encontra abrigo.

Ainda que se esteja falando em Violência Doméstica, importante observar que é por meio dela que nasce a cultura da violência para outros setores da sociedade. Disto, extrai-se que há um ciclo vicioso presente nas famílias brasileiras, pois quem vivencia a violência, por vezes até mesmo antes de nascer, durante toda a sua infância e adolescência, passa a achar que a utilização da força física como meio de impor suas vontades é algo natural, ademais, é certo que muitas crianças que veem suas mães sendo vitimadas pela violência doméstica, findam por se tornarem os maiores prejudicados nessa relação, pois ao ver o agressor não ser devidamente punido, observam a violência como um fato natural.

O que se busca com essa explanação histórica é afirmar que, ainda que tenha havido relevante transformação no âmbito político, sendo assegurados às mulheres os mesmos direitos que os homens possuem, subsiste a violência contra a mulher de modo enrustido, mascarado, como que inerente à sociedade brasileira, pois todos os mecanismos de coibição acima elencados advindos de uma tendência internacional, foram insuficientes para garantir a preservação da dignidade da mulher, por isso, com o intuito de impor o respeito e a equidade deste gênero foi necessária a criação de um norma mais rígida, qual seja a lei 11.340 do ano

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 18.

de 2006. O que se buscou, portanto, com a promulgação da referida lei, foi não apenas a igualdade formal, mas, sobretudo, a igualdade material.

Nesse sentido, discorre MELLO²¹ que igualdade implica igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente a todos, mas é também imprescindível que a lei em si considere todos os homens igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser consideradas para o prevalecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal.

2.2. A criação da Lei Maria da Penha

É de conhecimento público que a lei n. 11.340 de 2006 surgiu a partir de um caso protagonizado por Maria da Penha Maia Fernandes, ocorrido em Fortaleza, Ceará. No ano de 1983, em uma primeira oportunidade, seu marido, professor universitário, simulou um assalto fazendo uso de arma, deixando-a, nesta ocasião, paraplégica. Em uma nova tentativa buscou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica, enquanto a vítima tomava banho, resultando de ambos os atos criminosos lesões irreversíveis a sua saúde, como paraplegia e outras sequelas.

Destaca MELLO²² que a trajetória desta vítima de violência não se deu apenas no âmbito interno, mas se expandiu para os organismos internacionais, diante de denúncia, qual foi atribuída a omissão do Governo Brasileiro em implementar medidas investigativas e punitivas do seu agressor, dentro de um prazo razoável de duração do processo, o que deu ensejo a uma condenação do Estado Brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos.

Esse foi o fim de uma relação tumultuada, marcada por agressões contumazes, cometidas pelo marido contra a esposa e também contra a filha do casal. O agressor demonstrou um temperamento violento e a sua agressividade impedia que a vítima, por temer novas agressões, findasse o relacionamento. Diante disso, ficou constatado que o agressor agiu de forma dolosa e premeditada contra a sua esposa, tanto que, assim narra CUNHA²³, dias

²¹ MELLO, Adriana Ramos. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.128.

²² MELLO, Adriana Ramos. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.01.

²³ CUNHA, Rogério Sanches ; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 128.

antes, tentou convencer a esposa a celebrar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Além do que, cinco dias antes da agressão ela assinara, em branco, um recibo de venda de veículo de sua propriedade.

Importante destacar que a segunda grande agressão de seu companheiro contra Maria da Penha – que ocorreu enquanto ela tomava banho e recebeu uma descarga elétrica –, foi o fato de que somente após o ocorrido, a vítima compreendeu o motivo pelo qual o agressor havia passado a tomar banho no banheiro das filhas, restando clara a sua autoria no crime, como dispõe CUNHA²⁴:

Embora negasse a autoria do primeiro ataque, pretendendo simular a ocorrência de um assalto à casa onde moravam, as provas obtidas no inquérito policial o incriminavam e revelaram suficientes para embasar a denúncia, ofertada pelo Ministério Público, no dia 28 de setembro de 1984, perante a 1ª Vara Criminal de Fortaleza.

Nota-se que entre o fato ocorrido e a denúncia há um lapso de tempo que foge do tido como razoável, e foi justamente pela morosidade da ação penal no Brasil, e por todas as dificuldades encontradas para a condenação do réu, que o ocorrido ganhou repercussão internacional, pois as investigações começaram em 1983, a denúncia foi oferecida apenas em 1984, o agressor foi preso e cumpriu somente dois anos de prisão, em 2002. Ou seja, após toda a crueldade ocorrida, com consequências permanentes para a vítima, o agressor recebeu uma pena branda e tardia. Conforme descreve DIAS²⁵:

As investigações só começaram em junho de 1983, mas a denúncia só foi oferecida em setembro de 1984. Em 1991, o réu foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de prisão. Além de ter recorrido em liberdade, ele, um ano depois, teve seu julgamento anulado. Levado a novo julgamento, em 1996, foi-lhe imposta a pena de dez anos e seis meses. Mais uma vez recorreu em liberdade e somente 19 anos e 6 meses após os fatos, em 2002, é que o agressor foi preso. Cumpriu apenas dois anos de prisão e foi liberado.

Diante da evidente morosidade do Poder Judiciário do Brasil, o caso Maria da Penha chegou até as cortes internacionais. Diante de toda a situação de violência de que foi vítima em virtude do temperamento agressivo e manipulador de seu marido, após os dois fatos mais graves que lhe ocorreram, Maria da Penha denunciou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos as omissões do Estado Brasileiro, tornando-se, assim, símbolo na luta contra a violência contra a mulher.

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches ; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 128.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15.

Quanto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, leciona CUNHA²⁶ que o caso Maria da Penha chegou ao conhecimento da referida Comissão, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos, cuja principal tarefa consiste em analisar as petições apresentadas denunciando violações aos direitos humanos, assim considerados aqueles relacionados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Entre os legitimados para peticionar à Comissão, os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), também a vítima da violação pode peticionar à Comissão Interamericana de Direitos, bem como terceira pessoa, com ou sem conhecimento daquela primeira.

A repercussão internacional foi prejudicial para a imagem do Brasil no cenário internacional, por demonstrar a fragilidade de uma democracia que se apresentou como incompetente a garantir a proteção das minorias e de uma efetivação da igualdade material, resultando em uma condenação para o país, bem como em seu comprometimento em adotar as recomendações dos órgãos internacionais, dentre elas, a elaboração de uma lei rígida e específica em combate à violência doméstica, como assevera DIAS²⁷:

O Brasil foi condenado internacionalmente, em 2001. O relatório nº 54 da OEA além de impor o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares, em favor de Maria da Penha responsabilizou o Estado Brasileiro por negligência e omissão frente a violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas ‘simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual’. A indenização, no valor de 60 mil reais, foi paga a Maria da Penha, em julho de 2008, pelo governo do Estado do Ceará, em uma solenidade pública, com pedido de desculpas.

O que se vislumbra, portanto, é que após 25 anos do ocorrido foi promulgada a conhecida “Lei Maria da Penha” com intuito de evitar que outros casos como o ocorrido no Estado do Ceará fossem repetidos. Aos 67 anos de idade, completados em fevereiro de 2006, ano em que a lei foi promulgada, Maria da Penha, relatou à Angela Santos²⁸:

Para mim foi muitíssimo importante denunciar a agressão, porque ficou registrado internacionalmente, através de meu caso, que eram inúmeras as vítimas do machismo e da falta de compromisso do Estado para acabar com

²⁶ CUNHA, Rogério Sanches ; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

²⁸ CUNHA, Rogério Sanches ; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 128.

a impunidade. Me senti recompensada por todos os momentos nos quais, mesmo morrendo de vergonha, expunha minha indignação e pedia justiça para meu caso não ser esquecido.

Fez-se conveniente relatar a história de Maria da Penha, pois a partir dos fatos narrados, com embasamento nas narrativas de ilustres doutrinadores, torna-se tangível o contexto em que a lei foi criada, bem como o ideal buscado na elaboração da lei. O que se pretendia, portanto, era que casos de violência contra a mulher fossem repreendidos com mais eficácia, de modo a garantir maior efetivação no combate a este tipo de crime que acomete muitas famílias brasileiras. Descobrir os fatores que levaram à sua elaboração, do ponto de vista hermenêutico, faz com que a finalidade da lei seja compreendida e, por consequência, seja dotada de eficácia e efetividade.

2.3. Caracterização da violência doméstica

Importa dizer que não será todo e qualquer ato de violência praticado contra a mulher que incidirá a referida lei. Para tanto, é necessário que se caracterize a violência no âmbito doméstico e familiar, pois, foi com o intuito de estagnar abusos ocorridos nessa seara, que a Lei 11.240 de 2006 foi editada. Em virtude disso, é necessário explanar sobre o tema, com o fim de compreender os critérios que levam a adequação do caso concreto à incidência da lei em estudo.

Em princípio, insta dizer que o século XX foi decisivo para o reconhecimento de umavasta gama de direitos humanos, sendo notório que os frutos históricos colhidos pelos movimentos de mulheres nesse contexto são também evidentes. Grupos de minorias como mulheres, crianças e idosos e gays, que historicamente tiveram seus direitos negados passam a dispor de proteção legal capaz de assegurar-lhes a amplitude de seus direitos fundamentais.

É nesse cenário que se pode dizer que à mulher são assegurados inúmeros direitos que garantem a preservação de sua dignidade humana, com fundamento no estabelecido na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, a mulher é protegida de qualquer tipo de violência, seja ela moral, patrimonial, psicológica, social, espiritual, institucional, de raça, porém, interessará para fins de aplicação da Lei Maria da Penha, apenas as ocorridas no âmbito doméstico e familiar, as demais, serão asseguradas pelas demais normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, em princípio, é preciso asseverar, que a violência doméstica é aquela que ocorre dentro da família, seja por laço consanguíneo, afinidade ou por afetividade, ou seja, segundo CAVALCANTI²⁹, nas relações entre os membros da comunidade familiar, formada por vínculos de parentesco natural (pai, mãe, filha, irmão etc.) ou civil (marido, sogra, padrasto ou outros), por afinidade (por exemplo, primo ou tio do marido), ou afetividade.

Há, outrossim, uma falsa percepção de que esse tipo de violência constitui um comportamento incomum em famílias das classes mais abastadas e comum, apenas, em classes com menor poder aquisitivo, ou que é praticado por pessoas com algum tipo de distúrbio mental, ou que se trata uma violência a ser tratada pela seara privada, todavia, como já foi dito, esse tipo de violência pode ser uma das motivações das demais formas de atrocidades que encontramos na sociedade brasileira, por isso ser questão de ordem pública.

Deste modo, importa caracterizar o tipo de violência em análise, como sendo toda e qualquer ação ou omissão cometida por familiares, afins, ou pessoas entre as quais exista uma relação estreita de afeto e intimidade, como assevera CAVALCANTI³⁰:

A violência doméstica e familiar é qualquer ação ou conduta cometida por familiares ou pessoas que vivem na mesma casa e que cause morte, dano sofrimento, físico ou psicológico da mulher. É umas das formas mais comuns de manifestação da violência e, no entanto, uma das mais invisíveis, sendo uma das violações dos direitos humanos mais praticadas e menos reconhecidas do mundo. Trata-se de uma fenômeno mundial que não respeita fronteiras, classe social, raça, etnia, religião, idade ou grau de escolaridade.

O que se procura demonstrar é que a violência doméstica se caracteriza por relações interpessoais em desequilíbrio entre homens e mulheres, ligados por vínculos consanguíneos, parentais e de afetividade. O agressor passa a valer-se, portanto, da condição que lhe cabe na vida da vítima, seja em razão de casamento, convívio, confiança, amizade, namoro, intimidade, esta última que possui ou já tenha tido com a vítima (ou seja, cabe aqui dizer que ex-companheiro, ex-namorado, ex-marido, caso pratique ato de violência contra a mulher, em razão de alguma das condições citadas, estará cometendo um crime de violência doméstica).

As maiores problemáticas da violência doméstica encontram-se em dois aspectos peculiares: o primeiro deles é a reincidência, pois a proximidade, a intimidade e o fácil acesso

²⁹ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**: análise da “Lei Maria da Penha”, nº 11.340/06. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 54.

³⁰ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**: análise da “Lei Maria da Penha”, nº 11.340/06. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 39.

do agressor ao lar e ao trabalho, são fatores que facilitam a reiteração dos fatos ocorridos. Outro aspecto preponderante é óbice que existe no que se refere a denúncia, pois, em se tratando de relação afetiva estreita, a existência de sentimentos entre os envolvidos e a ausência, em muitos casos, de testemunhas, impedem o fim das agressões.

Ensina CAVALCANTI³¹, nesse sentido que não se pode tratar da mesma maneira um delito praticado por um estranho e o mesmo delito praticado por alguém de estreita convivência, como é o caso de maridos, companheiros, namorados, atuais ou anteriores. A violência praticada por estranho em poucos casos voltará a acontecer.

Todavia, é imperioso destacar que o conceito legal de violência doméstica tem recebido algumas críticas da doutrina, em razão de uma norma mal redigida e aparentemente aberta. Diz-se até que pela interpretação literal da lei, qualquer crime contra a mulher seria violência doméstica e familiar uma vez que lhe causa, no mínimo, sofrimento psicológico. Porém, esses termos não são justificativas plausíveis, desde que a lei seja interpretada conforme o intuito de sua elaboração, e a leitura do artigo 5º tenha seu sentido completado pelo art. 7º, destarte observe-se o redigido conforme a lei 11.340/2006³²:

Para efeitos desta lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II- no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III- em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação.

Diante do texto da lei, resta evidenciado, alguns aspectos caracterizadores desse tipo de violência, quais sejam: a convivência em unidade doméstica, a violência a partir de parentesco familiar, ou qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação. Esses aspectos são evidenciados após a leitura do referido artigo e são defendidos pela doutrina, quando DIAS³³ aduz:

³¹ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**: análise da “Lei Maria da Penha”, nº 11.340/06. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 39.

³² BRASIL, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

³³ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

De qualquer modo, para se chegar ao conceito de violência doméstica é necessária a conjugação dos arts. 5º e 7º da Lei Maria da Penha. Deter-se somente no art. 5º é insuficiente, pois são vagas as expressões: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero”, “âmbito de unidade doméstica”; “âmbito da família” e “relação íntima de afeto”. De outro lado, apenas o art. 7º também não se retira o conceito legal de violência contra a mulher. A solução é interpretar os arts. 5º e 7º conjuntamente para, então, extrair o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ao conjugar os dois artigos (5º e 7º), chega-se a conclusão de que a violência doméstica ocorre em todas as formas elencadas no artigo 7º da Lei Maria da Penha, quais sejam: a violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, quando praticadas contra a mulher, em razão de um vínculo de natureza doméstica, familiar ou afetiva.

Conveniente faz-se dizer, portanto, que namorados e ex-namorados podem ter contra si aplicada a Lei Maria da Penha, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em razão de o namoro ser considerado uma relação íntima de afeto. Quando a agressão é praticada em virtude dessa relação, o Ministério Público pode requerer medidas para proteger a vítima e seus familiares, conforme já decidiu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça³⁴.

É necessário, portanto, que a ação ou omissão ocorra na unidade doméstica ou familiar em razão de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. De forma expressa, está ressalvado que não é necessário que a vítima e o agressor tenham convivido sob o mesmo “teto”, bastando que mantenham ou já tenham mantido, um vínculo de natureza familiar.

2.4. Questão de gênero

O que se faz imprescindível para a aplicação da Lei 11.340 do ano 2006, além de que esteja presente no caso concreto a caracterização da violência doméstica e familiar, é que figure como vítima uma mulher, consoante entendimento de DIAS³⁵:

No que diz como o sujeito passivo, há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Não só esposas, companheiras ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Filhas e netas do agressor, sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente do sexo feminino com quem o agressor tenha um vínculo de natureza familiar dão ensejo à aplicação da lei especial.

³⁴ Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89899. Acesso em: 18 de abril de 2016.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

Esse tema é bastante polêmico no sentido de que parte da doutrina entende como sendo inconstitucional a Lei Maria da Penha em razão de ter como a proteção da mulher vítima de violência doméstica. No entanto, trata-se de polêmica que não merece guarida, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 19 e ADI 4424, declarou a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Maria da Penha, sob a justificativa de que a mulher é vulnerável quando se tratam de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado.

Segundo o Relator dos processos, o Ministro Marco Aurélio³⁶, a Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça. O Ministro entendeu que a norma mitiga realidade de discriminação social e cultural “que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material sem restringir de maneira desarrazoada o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino”, ressaltando que a Constituição Federal protege, especialmente, a família e todos os seus integrantes.

A violência de gênero, portanto, exige de todos os órgãos estatais uma ação conjunta com objetivo de assegurar o fiel cumprimento da lei. A “Lei Maria da Penha” deve ser interpretada, portanto, segundo a realidade social do tempo em que for aplicada, é o que estabelece o seu art. 11.340³⁷:

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

Isso quer dizer que os operadores do Direito deverão interpretar a lei de forma a atender às peculiaridades inerentes a condição de ser mulher, de modo a assegurar à vítima em situação de violência condições para o exercício efetivo de seus direitos. Portanto, não há como se vislumbrar a inconstitucionalidade em razão da referida lei ferir o princípio da isonomia, nem tampouco aplicar essa lei em casos de violência doméstica praticada contra um homem, pelo simples fato de faltar-lhe o elemento crucial para a aplicação da lei: a condição

³⁶ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>>. Acesso em 19 de abril de 2016.

³⁷ BRASIL, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

de ser mulher. Corroborar MELLO³⁸ nesse sentido, ao aduzir que, em relação ao argumento de que seria inconstitucional por suposta ofensa ao princípio da igualdade de gênero, também não se sustenta, visto que esta Lei é uma ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, cuja necessidade se afigurava urgente.

Ou seja, em verdade, essa lei busca alcançar a igualdade material entre esses gêneros, de modo que, como demonstrado, em nada pode ser considerada como inconstitucional. Isto porque as mulheres são mais vulneráveis a este tipo de violência por questões biológicas incontestáveis. Frise-se que as mulheres dos mais diferentes segmentos da sociedade passam por iguais tipos de agressões, dessa forma, não há como estabelecer que um tipo de homem violenta um determinado perfil de mulher, mas sim, que todas as mulheres que são agredidas possuem uma história semelhante de agressão pautada na reiteração.

Explicando a questão do gênero, aduz CAVALCANTI³⁹ que o gênero é concebido como uma forma de dar significado às relações de dominação e de poder que terminam por ensejar as desigualdades de gênero, que concederam ao longo do tempo aos homens fundações nobres e valorizadas pela sociedade, restando às mulheres papéis menos apreciados social e culturalmente.

Diante dessas desigualdades entre os gêneros fica evidenciada a ideia de superioridade dos homens em relação às mulheres, sendo esse o ponto de destaque no que concerne à dominação masculina instituída socialmente. Esta dominação real e não meramente contida em teoria, promoveu ao longo do tempo o que resultou em privilégios, ou vantagens culturais para o homem, contra as quais a legislação atualmente visa atuar, para que não haja a supressão dos direitos das mulheres e o que se chama de violência de gênero.

A violência de gênero é, neste sentido, a face mais cruel, porém, pouco visível, entre homens e mulheres, já que leva o homem a acreditar veementemente que é superior à mulher e que pode controla-la, subjugar-la, humilhá-la e agredi-la de diversas maneiras, seja fisicamente, psicologicamente ou sexualmente, tudo isto em função de seu gênero.

Como já foi dito, a violência contra a mulher é um acontecimento extremamente complexo, com raízes profundas advindas de muitos anos atrás, associada a um domínio

³⁸ MELLO, Adriana Ramos. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.01.

³⁹ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: análise da “Lei Maria da Penha”, nº 11.340/06**. Salvador: Juspodvm, 2012, p.39.

baseado no gênero, interligada à condição sexual da vítima, independentemente de sua condição social, econômica, cultural.

Destaque-se, inclusive, que o cerne central do problema, até a promulgação da lei, era porque esse tipo de violência era tido como de esfera privada, ou seja, que não dizia respeito ao poder público, o que promoveu uma banalização do problema, levando à uma impunidade e consequente crescimento e trato natural das pessoas diante desse tipo cruel de violência.

Independentemente da forma de agressão sofrida pela mulher, seja ela física, verbal, psicológica, sexual, moral ou patrimonial, a violência doméstica expressa uma forma de coação do homem sobre a mulher, diante de um desequilíbrio formado ao longo da história entre os sexos, em que quase sempre o homem sente-se superior à mulher, age de forma violenta, impõe a força física para conseguir subordinar a vítima, submete a toda espécie de violência, agressões e coação que lhe prejudiquem ou ameacem a vida e a integridade física e emocional da mulher. Corrobora tais afirmações as lições de CAMPOS e CORRÊA⁴⁰ ao afirmar:

Assim, constata-se que as situações de violência doméstica e familiar contra a mulher são fruto de sua condição geral de subordinação e submissão aos ditames masculinos, que refletem posições hierárquicas e antagônicas entre homens e mulheres, tendo como fatos condicionantes a opressão das mulheres perpetrada pela sociedade, por ações discriminatórias, fruto da diferença de tratamento e condições, bem como do conflito de interesses entre os sexos.

Diante de tal conflito, sempre prevaleceu, ao longo do tempo, o interesse do dominador, melhor dizendo, do homem, levando à subordinação das mulheres, atentando contra a sua dignidade e os direitos humanos que deveriam ser-lhes conferidos, de modo que por muitas vezes impedem as mulheres de exercerem livremente os seus direitos, como por exemplo, o de decidir sobre o seu destino.

Diversos são os motivos que levam os homens a agirem em desconformidade com a lei, agredindo as mulheres, seja por necessidade de impor seus desejos, receio de que a mulher torne-se independente, ideal de domínio sobre a mulher e de sua “coisificação”. Sobre essas hipóteses também enumera CAVALCANTI⁴¹: a) a necessidade de controle ou dominação sobre a mulher; b) sentimento de poder frente à mulher; c) receio da independência da

⁴⁰ CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. São Paulo: Juruá, 2009, p. 213.

⁴¹ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**: análise da “Lei Maria da Penha”, nº 11.340/06. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 77.

mulher;d) liberação da raiva em resposta à percepção de que estaria perdendo a posição de chefe da família.

Por fim, importante trazer a baila, jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que obteve enorme repercussão na mídia. Um caso de agressão praticada por Dado Dolabella contra Luana Piovani que encontrou óbice diante da questão da aplicabilidade ou não da lei que combate a violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que o caso deveria ser julgado por uma Vara Criminal da comarca, em razão da atriz não ser hipossuficiente ou vulnerável, por ser conhecida publicamente e por possuir independência financeira. Por meio de recurso, a decisão foi revista por unanimidade no Superior Tribunal de Justiça, que manteve a condenação do ator com base na “Lei Maria da Penha”.

Ressaltou a Ministra Relatora Laurita Vaz⁴² que “a presunção de hipossuficiência da mulher, a implicar a necessidade de o Estado oferecer proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente, constitui-se em pressuposto de validade da própria lei”.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão que orienta a aplicação das leis federais no país, definiu que Luana Piovani, como todas as mulheres, sofre as consequências de relações de gênero desiguais, sendo presumidamente vulnerável. Sendo assim, do episódio ocorrido, extrai-se que se dá por suficiente a condição de mulher, observada a presença da relação afetiva, sendo prescindível qualquer outro fator que denote a inferioridade da vítima, com relação ao agressor.

⁴² STJ - REsp: 1416580 RJ 2013/0370910-1, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 01/04/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/04/2014

3. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NA TRANSEXUALIDADE FEMININA

A liberdade do indivíduo em suas relações íntimas e familiares, independente do gênero e de suas opções sexuais, é amplamente garantida pela Constituição Federal de 1988. A intervenção estatal, orientada pelo princípio da intervenção mínima, somente tem guarida quando a pessoa se encontra em situação de vulnerabilidade, ou seja, com seus direitos fundamentais violados ou ameaçados de violação.

O gênero feminino, enquanto grupo socialmente vulnerável, recebeu especial atenção do legislador na criação de mecanismos para sua proteção, tais como os previstos na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

As transexuais, por sua vez, se encontram em situação de vulnerabilidade ainda maior, tanto em virtude da discriminação pelo gênero, como em razão da discriminação pela orientação sexual. Assim, são vítimas de várias formas de violência, especialmente no âmbito doméstico e familiar.

Antes de adentrar no tema da aplicação da Lei Maria da Penha aos transexuais, é imperioso fazer a distinção entre o indivíduo homossexual, transexual e transgênero.

A homossexualidade, nas lições de BRANDÃO⁴³, refere-se à característica ou qualidade de um ser (humano ou não) que sente atração física, estética e/ou emocional por outro ser do mesmo sexo ou gênero. Na área médica, a homossexualidade era considerada como doença (homossexualismo), o que perdurou oficialmente até o dia 17 de maio de 1990, com a retirada definitiva pela Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS) – data esta que foi, inclusive, eleita como Dia Internacional de Combate à Homofobia.

A seu turno, anota BRANDÃO⁴⁴ que a transexualidade caracteriza-se pelo desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, acompanhado geralmente do sentimento de mal estar ou de inadaptação em relação a seu próprio sexo anatômico, compreendendo uma

⁴³ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Homossexualismo ou Homossexualidade? In: BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: Aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002. Cap. 1, p. 16.

⁴⁴ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Homossexualismo ou Homossexualidade? In: BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: Aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002. Cap. 1, p. 16.

necessidade íntima de adequação do aspecto físico àquele do gênero pelo qual se identifica psicologicamente. No Brasil, o tratamento médico dispensado ao transexual foi regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução 1955/2010, pela qual se permite, entre outros procedimentos, a realização de cirurgia de transgenitalização – que, frisa-se, não afasta a incidência de outros procedimentos e tratamentos, a exemplo da hormonoterapia.

Já o transgênero, segundo BRANDÃO⁴⁵, distingue-se do transexual na medida em que não possui necessariamente uma profunda insatisfação com o sexo morfológico, tampouco a pretensão de adequá-lo ao gênero oposto — muito embora possa apresentar traços de um ou de outro sexo. Essa denominação termina por ser a mais aceita para aqueles que não se enquadram (ou não se consideram) necessariamente homens ou mulheres.

Nesse sentido, oportuna a diferenciação traçada pelo psiquiatra Alexandre Saadeh⁴⁶:

Transexualismo é a real percepção que um indivíduo tem de que seu gênero (noção de ser homem ou mulher) não está adequado ao seu sexo anatômico (masculino ou feminino), e a busca eficaz e persistente de uma adequação física ao seu gênero psíquico. Transgênero é todo aquele que transita entre os gêneros sem necessariamente recorrer ao uso de hormônios ou de cirurgias transformadoras radicais. É importante diferenciar da homossexualidade, que diz respeito à orientação sexual e corresponde ao desejo por alguém do mesmo sexo/ gênero. Aqui estamos falando de desejo pelo igual. Já a transexualidade é a vivência sexual do transexualismo.

Neste tocante, relevante a compreensão dos princípios voltados à aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos no que concerne à orientação sexual e à identidade de gênero — mais conhecidos como Princípios de Yogyakarta⁴⁷.

No referido diploma, tem-se que a orientação sexual é a capacidade de cada indivíduo atrair-se emocional, afetiva ou sexualmente por indivíduos de gênero distinto, do mesmo ou de mais de um gênero, assim como de manter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; por sua vez, a identidade de gênero é definida como a experiência pessoal de gênero, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, englobando o sentimento em

⁴⁵ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Homossexualismo ou Homossexualidade? In: BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: Aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002. Cap. 1, p. 16.

⁴⁶ SAADEH, Alexandre. Crianças e adolescentes transexuais, uma realidade na saúde. *Jornal da FFM*, Publicação bimestral da Fundação Faculdade de Medicina, ano XII – n. 70 – nov/dez 2013. Disponível em: <<http://extranet.ffm.br/wfcontent/subportals/Imprensa/Jornal/Jornal70.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

⁴⁷ Disponível em: <www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2016.

relação aos seus aspectos corporais e outras expressões de gênero, como a vestimenta, o modo de falar e maneirismos.

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência acerca de quem seria a pessoa protegida pelas disposições da Lei Maria da Penha. Para parte da doutrina, interpretando teleológica e historicamente referida lei restringe sua aplicação à proteção da mulher, enquanto pessoa do sexo feminino, diante da sua presunção de vulnerabilidade, não se podendo adotar postura abrangente para albergar a proteção do transexual ou homossexual. Nesse sentido, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴⁸:

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.** 4. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL 5. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 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. 3. No caso não se revela a presença dos requisitos cumulativos para a incidência da Lei n.º 11.340/06, a relação íntima de afeto, a motivação de gênero e a situação de vulnerabilidade. Concessão da ordem. 4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, para declarar competente para processar e julgar o feito o Juizado Especial Criminal da Comarca de Santa Maria/RS.(HC 175.816/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013) (grifos nossos).

No entanto, tal raciocínio, data vênia, parece estar equivocado, na medida em que, há casos nos quais a vítima a ser protegida pela Lei Maria da Penha poderá ser uma transexual feminina, ainda que não tenha realizado cirurgia de transgenitalização, desde que, é claro, seja comprovada sua vulnerabilidade diante do agressor, se mostrando de todo desarrazoada, incompatível com os objetivos da Lei Maria da Penha a exigência da cirurgia, uma vez que tais providências são meras formas de se adequar aspectos extrínsecos ao gênero preexistente,

⁴⁸ Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23553475/habeas-corpus-hc-175816-rs-2010-0105875-8-stj>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

pois que não é o procedimento cirúrgico⁴⁹, muito menos a alteração registral⁵⁰, que tornarão a transexual feminina uma mulher, isso porque ela já era uma mulher, independentemente da presença da genitália masculina ou do respectivo registro civil, os quais definem apenas o sexo biológico e registral, mas não o gênero da pessoa.

As ações efetivas do Estado como forma de garantir o respeito à identidade de gênero são destacadas pelos Princípios de Yogyakarta, ao prever o Direito ao Reconhecimento Perante a Lei, cabendo aos Estados “tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e *reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa*”⁵¹.

No caso da vítima ser um transexual submetido a uma cirurgia de redesignação sexual, com muito mais razão deve ser aplicada a Lei Maria da Penha, na medida em que, mesmo que não tenha havido alteração no seu registro civil, com a cirurgia, a pessoa se torna do sexo feminino, no que se refere ao seu sexo social, ou seja, sua identidade assumida perante a sociedade. Por conseguinte, a não aplicação das mesmas regras elaboradas para proteção da mulher, transmuta-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível, violando, dessa forma, o preceito fundamental previsto no art. 3º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual, constitui objetivo fundamental promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É por essa razão que tanto a Convenção de Belém do Pará (artigo 1º) como a Lei Maria da Penha (artigo 5º, *caput*) fazem referência ao termo “gênero” e não ao termo “sexo”. Enquanto o termo “sexo” apresenta natureza biológica e é determinado quando a pessoa nasce, a expressão “gênero” constitui uma construção social, que identifica papéis de natureza cultural, e que levam à aquisição da masculinidade ou da feminilidade, ou seja, o gênero é construído no decorrer da vida e se refere ao estado psicológico, de forma que o transexual não se confunde com o homossexual, pois este não nega seu sexo, embora mantenha relações sexuais com pessoas do seu próprio sexo.

⁴⁹ FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. *A pessoa transgênera e o reconhecimento do direito de ser mulher: promoção da dignidade humana e garantia do desenvolvimento pessoal*. In *Manual dos Direitos da Mulher*, org. FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. LEITE, Glauco Salomão. São Paulo: Saraiva, 2013, p.233.

⁵⁰ BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei n.11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.54.

⁵¹ Disponível em: < www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf >. Acesso em: 16 de abril de 2016.

Nesse sentido, os artigos art. 2º e 5º, e seu parágrafo único, da Lei Maria da Penha⁵² respaldam a possibilidade de aplicação da Lei aos transexuais, senão, vejamos:

Art. 2º Toda mulher, **independentemente** de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

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

(...)

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Nesse diapasão, ainda merece guarida o princípio da liberdade, que se desdobra em liberdade sexual, para garantir ao indivíduo, sujeito de direitos e obrigações, a livre escolha por sua orientação sexual.

Partindo da premissa de que o não é proibido é permitido, do reconhecimento da união homoafetiva pelos Tribunais e do conhecimento de que, no ordenamento jurídico, o que prevalece são os princípios constitucionais, entende-se que seria inconstitucional não proteger as lésbicas, os travestis e os transexuais contra agressões praticadas pelos seus companheiros ou companheiras.

Sobre a aplicação da referida lei, Maria Berenice Dias⁵³ afirma que há a exigência de uma qualidade especial, qual seja, ser mulher. Assim, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenham identidade social com o sexo feminino estão sob a égide da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. E prossegue, ressaltando, com propriedade, que “descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher.”.

No que tange à inexistência de norma legal específica, bem como da divergência instalada na doutrina e na jurisprudência sobre o tema, tais omissões e visões não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos a cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas transexuais, ainda que não tenham se dirigido ao Registro Civil de Pessoas Naturais, de modo que, o apego a formalidades, cada vez mais em desuso no

⁵² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 3ª edição. São Paulo: RT, 2012, pp.61/62.

confronto com as garantias que se sobrepõem àquelas, não podem impedir de assegurar à vítima transexual vulnerável integral proteção e todas as garantias esculpidas na Lei Maria da Penha.

Corroborando com os argumentos até aqui expostos, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por meio do processo n. 201103873908⁵⁴, decidiu pela aplicação da Lei Maria da Penha para um transexual, vítima de violência doméstica. Somem-se ainda outras decisões judiciais em que se efetivou a proteção da transexual feminina por meio da aplicação de medidas protetivas da lei Maria da Penha⁵⁵, inclusive precedente no Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁵⁶.

Adotando referida posição, o Tribunal de Justiça paulista determinou que fossem aplicadas medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha em favor de uma transexual que não passou por cirurgia de mudança de sexo. Nas palavras da Desembargadora Ely Amioka, relatora dos autos do processo⁵⁷:

A Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção da mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a impetrante se apresenta social e psicologicamente. [...] É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada de, que a impetrante vem sendo ameaçada por este, inconformado com o término da relação.

Um projeto de lei (PL 8032/2014) de autoria da deputada Jandira Feghali (PC do B-RJ) tenta deixar a legislação mais clara e ampliar a proteção da Lei Maria da Penha para transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres.

No que se refere a aplicação da Lei Maria da Penha às relações homoafetivas, deve-se destacar os incisos do art. 5º da Lei nº 11.340/06, os quais enumeram o campo de abrangência da Lei, quais sejam: âmbito doméstico, âmbito familiar ou relação íntima de afeto.

É vital que se leve em consideração que, quando a lei fala de “qualquer relação íntima de afeto”, ela está se referindo tanto a casais heterossexuais, quanto a casais homossexuais.

⁵⁴ Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=26&s=57>>. Acesso em 16 de abril de 2016.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-12/lei-maria-penha-aplicada-ex-companheiro-transexual>>. Acesso em 16 de abril de 2016.

⁵⁶ TJSC, CJ 2009.006461-6, j.14.08.2009, 3ª Câmara Criminal, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco.

⁵⁷ Disponível em: <<http://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/244996602/defensoria-publica-de-sp-garante-aplicacao-de-medidas-protetivas-da-lei-maria-da-penha-a-uma-transexual>>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

Desse modo, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo pelos Tribunais ajuda a confirmar que a Lei nº 11.340/06, intitulada como Maria da Penha, também se aplica aos casais homossexuais. Nesse sentido, alerta SILVA⁵⁸ que seria por demais ilógico e juridicamente incongruente quando, por exemplo, uma mulher sofresse de sua parceira uma violência física ou de outra natureza (psicológica, sexual, moral ou patrimonial) e não pudesse ser protegida e atendida nos preceitos da Lei Maria da Penha.

Assim, a Lei além de proteger o sexo mulher, independentemente de sua orientação sexual, incluindo nesse caso as lésbicas, protege também o gênero feminino, ou seja, travestis e transexuais.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça⁵⁹ entendeu que a extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana e que a Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual, de modo que, como corolário dessa interpretação, restam aplicáveis as disposições da Lei 11.340/2006 às relações homoafetivas.

Assim, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas. Pela primeira vez foi consagrada, no âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros. Assim, se família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens, ainda que eles não se encontrem ao abrigo da Lei Maria da Penha, mas, para todos os outros fins, impõe-se este reconhecimento, como corolário do princípio da igualdade. A entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto.

⁵⁸ SILVA JUNIOR, Edison Miguel Da. **Sujeitos do crime de gênero na Lei 11.340/06**: Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12937/12501>>. Acesso em: 19 de abril de 2016.

⁵⁹ STJ – REsp nº 827.962 – RS – 4ª Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJ 08.08.2011.

Para DIAS⁶⁰, as situações de violência contra o gênero feminino merecem total proteção. Dessa forma, a lei não se restringe apenas a coibir e a prevenir a violência doméstica contra a mulher, independentemente de sua identidade sexual. Seu alcance tem extensão muito maior. No mesmo sentido, entende GOMES⁶¹:

[...] parece-nos acertado afirmar que, na verdade, **as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicados 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.

Assim sendo, o verdadeiro objetivo da Lei Maria da Penha é prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, não por razão do sexo, mas em virtude do gênero, em obediência aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente do Estado e em honra ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do art. 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/35__viol%Eancia_dom%Estica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. **Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1366047/violencia-machista-da-mulher-e-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher>>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

4. COMENTÁRIOS À LEI 13.104/2015 QUE TIPIFICOU O CRIME DE FEMINICÍDIO

4.1. Aspectos introdutórios

Feminicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino”, ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima enquanto mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino. Segundo o Relatório Final exarado pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher⁶²:

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante.

Alerta ainda LOURDES BANDEIRA⁶³ que o feminicídio representa a última etapa de uma continuação de violência que leva à morte. Seu caráter violento evidencia a predominância de relações de gênero hierárquicas e desiguais. Precedido por outros eventos, tais como abusos físicos e psicológicos, que tentam submeter as mulheres a uma lógica de dominação masculina e a um padrão cultural de subordinação que foi aprendido ao longo de gerações.

Deve-se ressaltar, contudo, que feminicídio não se confunde com femicídio, na medida em que este significa praticar homicídio contra mulher, enquanto aquele significa praticar homicídio contra mulher por “razões da condição de sexo feminino”. Nesse sentido, palavras de DINIZ, COSTA e GUMIERI⁶⁴:

O termo “femicídio” (*femicide*) é atribuído a Diana Russel, pesquisadora feminista sul-africana que o teria criado na década de 1970 para falar do extremo letal do “continuum de terror antifeminino”. A geografia do termo remete ao Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres, um tribunal popular organizado por militantes feministas em Bruxelas, em 1976, que queria tornar pública a variedade de crimes cometidos contra mulheres em diferentes países e culturas, fosse na forma de agressões diretas, fosse na de discriminações letais. Nesse marco, femicídio não se reduziria a homicídio: é qualquer morte que decorra do gênero, seja na violência doméstica, seja na violência sexual anônima, no aborto clandestino, na mutilação genital, na mortalidade materna, no tráfico de mulheres.

⁶²Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2016.

⁶³ Disponível em: <www.mprj.mp.br/documents/112957/4891878/Inf_3.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2016.

⁶⁴ DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 23, n. 114, p.225-239, mai./jun. 2015.

Na década de 1990, o termo foi apropriado para descrever o que se passa em Ciudad Juarez, no México, onde centenas de mulheres jovens e trabalhadoras têm desaparecido, sido violentadas, torturadas e assassinadas sem que as autoridades respondam ao terror – nem protegendo, nem punindo. A antropóloga e deputada mexicana Marcela Lagarde considerou que femicídio, homólogo de homicídio, seria insuficiente; apenas arranhava a neutralidade da vitimação para a lei penal. Preferiu “feminicídio”, que poderia perturbar o regime da nomenclatura: designaria o conjunto de violações a direitos humanos das mulheres e denunciaria o Estado desprotetor, omissor, negligente ou cúmplice.

No Brasil, o cenário que mais preocupa é o do feminicídio cometido por parceiro íntimo, em contexto de violência doméstica e familiar, precedido por outras formas de **violência**. Contudo, trata-se de um problema global, uma realidade mundial, não se verificando grandes variações nas diferentes sociedades e culturas.

O feminicídio como crime de gênero carrega traços como ódio, que exige a destruição da vítima, e também pode ser combinado com as práticas da violência sexual, tortura e/ou mutilação da vítima antes ou depois do assassinato. Segundo Eleonora Menicucci, ministra chefe da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência⁶⁵:

“Trata-se de um crime de ódio. O conceito surgiu na década de 1970 com o fim de reconhecer e dar visibilidade à discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática contra as mulheres, que, em sua forma mais aguda, culmina na morte. Essa forma de assassinato não constitui um evento isolado e nem repentino ou inesperado; ao contrário, faz parte de um processo contínuo de violências, cujas raízes misóginas caracterizam o uso de violência extrema. Inclui uma vasta gama de abusos, desde verbais, físicos e sexuais, como o estupro, e diversas formas de mutilação e de barbárie.”.

Diante, pois, da realidade vivenciada no cenário brasileiro e do clamor por uma maior repressão ao homicídio praticado por razões de gênero em face da mulher, foi editada a Lei do Feminicídio, a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros, de março de 2012 a julho de 2013.

Com uma taxa de 4,8 assassinatos em 100 mil mulheres, o Brasil está entre os países com maior índice de homicídios femininos: ocupa a quinta posição em um ranking de 83 nações, segundo dados do *Mapa da Violência 2015* (Cebela/Flacso)⁶⁶.

Ainda segundo a pesquisa, dos 4.762 assassinatos de mulheres registrados em 2013 no Brasil, 50,3% foram cometidos por familiares, sendo que em 33,2% destes casos, os crimes

⁶⁵ Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/noticias/integra-do-discurso-da-ministra-eleonora-menicucci-na-cerimonia-de-sancao-da-lei-do-feminicidio>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

⁶⁶ Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/pesquisas/mapa-da-violencia-2015-homicidio-de-mulheres-no-brasil-flacsoopas-omsonu-mulheresspm-2015/>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

foram praticados pelos atuais ou antigos parceiros. Essas quase 5 mil mortes representam 13 homicídios femininos diários em 2013.

O Mapa da Violência 2015 revela ainda que, entre 1980 e 2013, 106.093 brasileiras foram vítimas de assassinato. De 2003 a 2013, o número de vítimas do sexo feminino cresceu de 3.937 para 4.762, o que demonstra um aumento de mais de 21% na década. Por sua vez, cabe destacar, inclusive, que o homicídio de mulheres negras aumentou 54% em 10 anos, passando de 1.864, em 2003, para 2.875, em 2013. Chama atenção também que no mesmo período o número de homicídios de mulheres brancas tenha diminuído 9,8%, caindo de 1.747, em 2003, para 1.576, em 2013.

A realidade pode ser ainda pior do que o cenário expresso pelos números de assassinatos de mulheres levantados em algumas pesquisas de vitimização. Por falta de um tipo penal específico até pouco tempo, ou de protocolos que obriguem a clara designação do assassinato de uma mulher neste contexto discriminatório em grande parte da rede de Saúde ou da Segurança Pública, o feminicídio ainda conta com poucas estatísticas que apontem sua real dimensão no País.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, segundo dados da pesquisa, a taxa de feminicídio é de 5,50 a 6,50 por 100 mil habitantes, no período de 2009 a 2011. Segundo Leila Linhares Barsted⁶⁷, advogada, diretora da ONG CEPIA – Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação e representante do Brasil no MESECVI – Mecanismo de Acompanhamento da Convenção de Belém do Pará da Organização dos Estados Americanos:

Se observarmos os dados disponíveis sobre os homicídios de mulheres, como o Mapa da Violência e o Dossiê Mulher do Rio de Janeiro, vamos ver que os crimes em família têm uma característica feminina. O número de mortes de mulheres por pessoas que não são da sua intimidade é bastante inferior ao dos homicídios praticados no espaço doméstico. Da mesma forma, a grande maioria das vítimas de estupro são mulheres e o peso da violência sexual contra as mulheres e meninas é mais alto no espaço familiar.

Assim, a Lei nº 13.104/2015 – Lei do Feminicídio busca tirar o problema da invisibilidade. A lei em comento visa promover punição mais grave para os que cometerem o crime contra a vida, sendo ainda uma oportunidade para dimensionar a violência contra as mulheres no País, quando ela chega ao desfecho extremo do assassinato, permitindo, assim, o aprimoramento das políticas públicas para coibi-la e preveni-la.

⁶⁷Disponível em: < <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/fontes/leila-linhares-barsted/>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

Nada obstante a previsão legal, de acordo com a jurista chilena Carmen Antony⁶⁸, o Direito Penal desacompanhado de políticas públicas não é capaz de prevenir nenhum tipo de conduta, porém muitas são as razões para a tipificação do feminicídio. Segundo a jurista, a tipificação pretende que as sanções se qualifiquem como homicídios agravados; busca também eliminar o termo “crime passionnal” que oculta um sistema de dominação patriarcal; contribuirá para modificar a mentalidade patriarcal de juízas e juízes, uma vez que estas/es têm que fundamentar suas argumentações e sentenças de acordo com a descrição do delito; e, por fim, permitirá reconhecer a real magnitude dessa conduta criminosa e masculina.

Para Carmen Antony⁶⁹, o enfrentamento ao feminicídio pressupõe, além da elaboração de sua tipificação penal, a construção e implementação de políticas públicas transversais sob a perspectiva de gênero, ou seja: as questões e experiências das mulheres devem estar presentes na elaboração de todas as políticas públicas, levando-se em conta as realidades econômicas, culturais, geracionais, de orientação sexual etc. Ademais, o acesso das mulheres à Justiça e a mudança ideológica das/dos operadores de Direito são imprescindíveis para a adequada aplicação da lei.

Assim, a tipificação penal do feminicídio deverá contribuir também para uma mudança nas dimensões simbólica e cultural, na medida em que confronta o Direito Penal cuja dominação era masculina, com a garantia dos direitos humanos das mulheres.

Raras são as mulheres assassinadas sem que antes tivessem sofrido ameaças, perseguições, lesões corporais, assédio sexual, variados tipos de chantagens, entre outras formas de violência. Logo, depreende-se que existe uma grande falha na atuação do poder público. Isso porque muitos dos assassinatos poderiam ter sido evitados com a devida aplicação das medidas protetivas, com maior atenção por parte dos agentes públicos dos sistemas de Segurança e da Justiça. Entretanto, o que se tem verificado é que, ao invés disso, as vítimas tiveram suas vidas banalizadas e não receberam proteção eficiente do Estado quando acionado por meio do Poder Judiciário.

A atuação efetiva e eficaz do Estado para prevenir os assassinatos praticados contra as mulheres inclui a devida atenção aos casos de agressões consideradas “menos graves”, o

⁶⁸ Disponível em: < <http://www.revistaforum.com.br/2012/07/06/tipificacao-e-punicao-para-os-assassinatos-de-mulheres-por-questoes-de-genero/>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

⁶⁹ Disponível em: < <http://www.revistaforum.com.br/2012/07/06/tipificacao-e-punicao-para-os-assassinatos-de-mulheres-por-questoes-de-genero/>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

cumprimento da punição dos agressores e a garantia aos direitos humanos das mulheres.

4.2. A violência contra as mulheres no sistema interamericano de direitos humanos

A preocupação em criar uma legislação específica no Brasil para punir e coibir o feminicídio segue uma tendência crescente entre organizações internacionais. Órgãos da ONU discutem a criação de mecanismos para investigar e enfrentar o problema, enquanto outros países latino-americanos já criaram leis específicas ou com dispositivos para lidar com o assassinato de mulheres.

Ainda no âmbito internacional, o debate sobre o feminicídio também marcou a 57ª Sessão da Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW) da ONU, realizada em Nova York em 2013⁷⁰, que contou com a presença de representantes dos 45 países membros. No encontro, houve o reconhecimento internacional do crime de assassinato de mulheres relacionado à sua condição de gênero e, diante de tal constatação, foi recomendado o fortalecimento de legislações nacionais para lidar com o grave fenômeno.

A mesma recomendação é feita pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher da ONU (CEDAW)⁷¹ o qual entende que é importante essa explicitação e se manifesta aos países com a recomendação de que realizem tipificações como essa, que são positivas por dar visibilidade ao feminicídio.

Nesse contexto, pois, vislumbram-se, pelo menos, três diplomas no âmbito da Organização dos Estados Americanos devotados especificamente para os direitos das mulheres: (i) Convenção Interamericana sobre Direitos Políticos das Mulheres, (ii) Convenção Interamericana sobre Direitos Civis das Mulheres e (iii) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres (Convenção de Belém do Pará). São 18 os países latino-americanos que se encontram simultaneamente vinculados a essas três convenções: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Suriname, Uruguai e Venezuela.

Com o objetivo de fortalecer o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres foi

⁷⁰ Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/feminicidio-desafios-e-recomendacoes-para-enfrentar-a-mais-extrema-violencia-contra-as-mulheres/>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

⁷¹ Disponível em: <<http://www.contee.org.br/blogsfemea/index.php/2015/05/artigo-da-campanha-compromisso-e-atitude-sobre-feminicidio/>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

instituída, ainda no âmbito da União Pan-Americana, em 1928, a Comissão Interamericana de Mulheres (CIM), incorporada à Organização dos Estados Americanos em 1948. Uma das atividades da CIM diz respeito ao Mecanismo de Seguimento da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres (MESECVI), que analisa a implementação da Convenção pelos Estados⁷².

No atinente aos tratados da ONU, vale destacar que todos os 27 países latino-americanos aderiram à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), que é adotada atualmente por mais de 170 países. Em 1999, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou um Protocolo Facultativo, cuja ratificação pelos Estados enseja o reconhecimento da legitimidade do Comitê CEDAW para receber e investigar denúncias de violações de direitos estabelecidos na convenção, ampliando, por conseguinte, os mecanismos de monitoramento. O Brasil aderiu ao Protocolo Facultativo em 2002⁷³.

Logo, a maior parte dos países latino-americanos está vinculada à Organização dos Estados Americanos e ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mecanismo de solução de controvérsias envolvendo direitos humanos, composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e instituído pelo Pacto de São José da Costa Rica. Ao voltarmos o olhar para a atuação do sistema regional de proteção aos direitos humanos no que concerne aos direitos das mulheres e, em especial, àquelas em situação de violência, é possível depreender que essa matéria tem sido objeto de crescente atenção, o que pode ser conferido nas audiências e nas relatorias temáticas, nos cursos para a sociedade civil e, especialmente, nos casos que ali tramitaram.

Na Comissão Interamericana, três casos merecem destaque. No primeiro caso, *María Mamérita Mestanza Chávez versus Peru* (nº 12.191)⁷⁴, solucionado por via amistosa entre as partes e encerrado em 10 de outubro de 2003, o Estado peruano foi questionado perante a Comissão por praticar uma política pública localizada de esterilização forçada de mulheres, que resultou na morte de uma mulher submetida a essa intervenção médica. No caso *Paloma Angélica Escobar Ledezma e outros versus México* (nº 12.551)⁷⁵, decidido em

⁷² Disponível em: <www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_feminicidio.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2016.

⁷³ Disponível em: <www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_feminicidio.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2016.

⁷⁴ Disponível em: <Disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Peru.12191.htm>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

⁷⁵ Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2013/MXPU12551ES.doc>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

12 de julho de 2013, o Estado mexicano foi considerado internacionalmente responsável por não assegurar condições institucionais para que mulheres vivessem livres de violência e discriminação, pois seus agentes estatais não teriam atuado com a devida diligência para procurar uma mulher sequestrada e para investigar as condições de sua morte, o que foi entendido como violência institucional. O terceiro caso, decidido em 16 de abril de 2001, *Maria da Penha Maia Fernandes versus Brasil* (nº 12.051)⁷⁶, versa sobre contínua violência doméstica contra a mulher e tornou o Estado brasileiro responsável internacionalmente em razão de demora injustificada na performance do sistema de justiça criminal brasileiro, o que poderia levar à impunidade de crimes cometidos contra Maria da Penha por seu ex-marido.

Na Corte Interamericana, o caso mais emblemático é *González e outras versus México*, conhecido como *Campo Algodonero*⁷⁷. Este caso, que trazia denúncias de desaparecimento, estupro, tortura e assassinato de mulheres em Ciudad Juárez, no México, fez com que a categoria feminicídio ganhasse espaço no contexto latino-americano, conforme aponta Wânia Pasinato⁷⁸. Segundo a autora, a origem dos problemas na região remonta à década de 1960, quando houve uma mudança importante na economia local. O fim da política de arregimentação de homens mexicanos para o trabalho agrícola nos Estados Unidos e a instalação de grandes indústrias (*maquilas*), cujo desenvolvimento nas décadas seguintes se deu pela exploração da mão-de-obra feminina, provocaram “rearranjos nos papéis tradicionais de gênero”. Na década de 1990, o local se caracterizava pela confluência de atividades ilegais – imigração ilegal, tráfico de armas, pessoas e drogas, roubo de carros, contrabando, corrupção policial – e foi nesse cenário que passaram a ocorrer as mortes de mulheres.

Semelhanças entre as vítimas (jovens migrantes ou de famílias de migrantes e operárias na indústria) e na forma de cometimento dos crimes (violência sexual, tortura, mãos atadas, estrangulamento e desova dos corpos em valas) afastaram explicações como violência passional ou violência para fins sexuais.

Em março de 2002 o caso *Campo Algodonero*, sobre o desaparecimento e a morte de três jovens mulheres, foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denunciando-se o Estado mexicano pela falta de medidas de proteção às vítimas (das quais

⁷⁶Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2013/MXPU12551ES.doc>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

⁷⁷Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/campoalgodonero.pdf>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

⁷⁸Disponível em: < www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_feminicidio.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2016.

duas eram menores de idade), falta de prevenção a esses crimes, ausência de resposta das autoridades frente ao desaparecimento e de diligência na investigação dos assassinatos, assim como a denegação da justiça e a ausência de reparação adequada, tudo isso diante do pleno conhecimento de um padrão de violência de gênero que havia ocasionado a morte de centenas de mulheres e meninas. Em dezembro de 2009 o Estado mexicano foi considerado responsável. Trata-se, portanto, de uma decisão simbólica e exemplar, em que pela primeira vez a Corte Interamericana condenou um Estado pela inércia na apuração e julgamento dos homicídios de mulheres pela condição de gênero.

Destaque-se, pois, que o reconhecimento da responsabilidade do Estado pela Comissão ou a condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos têm impacto direto na agenda de produção normativa interna dos Estados, ao atestarem o não cumprimento de deveres assumidos por meio de tratados regionais.

Nesse sentido, frise-se que enquanto no Brasil, a decisão proferida pela Comissão em 2001, no caso nº 12.051, colaborou para a aprovação da Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha e a tipificação do feminicídio no Brasil, no México, a sentença condenatória proferida pela Corte em 2009 no caso Campo Algodonero, contribuiu para a edição, em 14 de junho de 2012, do decreto que modificou o Código Penal Federal mexicano para introduzir o tipo penal feminicídio.

Conclui-se que o contexto internacional tem influenciado de maneira significativa a produção legislativa interna e a elaboração de políticas públicas dos países latino-americanos no tema da igualdade de gênero. Tratados internacionais ou decisões internacionais em interação com as mobilizações nacionais compõem um elemento fundamental para compreender a positivação de leis de combate à violência de gênero.

4.3. COMENTÁRIOS AO TIPO PENAL DO FEMINICÍDIO (ART. 121, § 2º, VI, DO CP)

Antes da Lei n.º 13.104/2015, não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Apesar da existência da Lei Maria da Penha, esta não traz um rol de crimes em seu texto, mas apenas regras processuais instituídas para proteger a mulher vítima de violência doméstica, sem tipificar novas condutas, salvo uma pequena alteração feita no art. 129 do CP.

Em outras palavras, o homicídio praticado contra mulher, ainda que por razões de

gênero, era punido, de forma genérica, como sendo homicídio (art. 121 do CP). A depender do caso concreto, o feminicídio, mesmo sem ter ainda este nome, poderia ser enquadrado como sendo homicídio qualificado por motivo torpe (inciso I do § 2º do art. 121) ou fútil (inciso II) ou, ainda, em virtude ser qualificado diante da dificuldade da vítima de se defender (inciso IV). No entanto, o certo é que não existia a previsão de uma pena maior para o fato de o crime ser cometido contra a mulher por razões de gênero. A Lei n.º 13.104/2015 veio alterar esse panorama e previu, expressamente, que o feminicídio, deve agora ser punido como homicídio qualificado.

Desse modo, o chamado feminicídio não era previsto na Lei n.º 11.340/2006, apesar de a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, que deu nome à Lei, ter sido vítima de feminicídio duas vezes (tentado).

Por outro lado, a Lei n.º 13.104/2015 acrescentou um sexto inciso ao rol do § 2º, que prevê as formas de homicídio qualificado, tratando expressamente do denominado feminicídio⁷⁹.

Art. 121 (...)

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(...)

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

A respeito do novo tipo penal, quanto ao sujeito ativo, trata-se de crime comum, na medida em que qualquer pessoa pode praticá-lo, não exigindo o tipo uma condição especial do autor do delito, muito embora normalmente seja praticado por pessoas do gênero masculino, nada obstante seja possível o enquadramento da conduta como feminicídio se praticado por mulher.

Já o sujeito passivo, obrigatoriamente, deve ser uma pessoa do sexo feminino (criança, adulta, idosa, desde que do sexo feminino). Existem três posições na doutrina para identificar a mulher com a finalidade de aplicar a qualificadora do feminicídio,⁸⁰ a saber:

⁷⁹ BRASIL, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

⁸⁰ BARROS, Francisco Dirceu. Feminicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/37145/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia>]. Acesso em: 18 de abril de 2016.

1.ª posição: o critério psicológico

Existirá defesa no sentido de que se deve desconsiderar o critério biológico para identificar como mulher, toda aquela em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino.

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

2.ª posição: o critério jurídico cível

Deve ser considerado o sexo que consta no registro civil, ou seja, se houver decisão judicial para a alteração do registro de nascimento, alterando o sexo, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural para ser um conceito de natureza jurídica.

3.ª posição: o critério biológico

Deve ser sempre considerado o critério biológico, ou seja, identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Neste caso, como a cirurgia de redesignação de gênero altera a estética, mas não a concepção genética, não será possível a aplicação da qualificadora do feminicídio.

No que se refere a mulher que mata sua companheira homoafetiva, a doutrina entende que pode haver feminicídio se o crime for por razões da condição de sexo feminino. Por outro lado, entende-se que o homem que mata seu companheiro homoafetivo não praticará feminicídio, porque a vítima deve ser do sexo feminino, sendo classificado, tal fato, como homicídio.

No que tange ao transexual – indivíduo que possui características físicas sexuais distintas das características psíquicas –, isto é, pessoa com identidade de gênero (sexo psicológico) diferente do sexo físico, e que segundo a Organização Mundial da Saúde, sofre um transtorno de identidade de gênero, que lhe causa intenso sofrimento, deve-se defender a aplicação do tipo penal do feminicídio quando observar-se vítima por razões da condição do sexo feminino. Sobre o tema, a Professora Alice Bianchini tem defendido a possibilidade de enquadramento da conduta como feminicídio ainda que a vítima seja transexual, conforme palestra disponibilizada no site *YouTube*⁸¹.

Para Luiz Flávio Gomes⁸², mulher se traduz num dado objetivo da natureza. Sua comprovação é empírica e sensorial. De acordo com o art. 5.º, parágrafo único, a Lei 11.340/2006 deve ser aplicada independentemente de orientação sexual. Na relação entre mulheres hétero ou transexual (sexo biológico não correspondente à identidade de gênero; sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, pode

⁸¹ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4D87ztucuuc>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

⁸² GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: [<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>]. Acesso em 18 de abril de 2016.

caracterizar o feminicídio.

Assim, para Luiz Flávio Gomes, no caso das relações homoafetivas masculinas definitivamente não se incidirá a qualificadora. A lei falou em mulher e por analogia não poderia aplicar a lei penal contra o réu. Para o doutrinador em apreço, não podemos admitir o feminicídio quando a vítima é um homem, ainda que de orientação sexual distinta da sua qualidade masculina.

Para Adriana Ramos de Melo⁸³, a qualificadora do feminicídio incide quando o sujeito passivo for mulher, entendido na minha forma de ver de acordo com o critério psicológico, ou seja, quando a pessoa se identificar com o sexo feminino, mesmo quando não tenha nascido com o sexo biológico feminino.

Em tese, não se admite analogia em desfavor do réu. No entanto, a Lei Maria da Penha já foi aplicada a mulher transexual por decisão da 1.^a Vara Criminal da Comarca de Anápolis em Goiás, da lavra da juíza Ana Claudia Veloso Magalhães (Processo 201103873908, TJGO).

Há que se registrar, no entanto, entendimento contrário a aplicação da qualificadora do feminicídio quando a vítima for transexual, ainda que tenha realizado cirurgia de transgenitalização. Nesse sentido, doutrina do Professor Márcio André Lopes Cavalcante⁸⁴:

A transexual, sob o ponto de vista estritamente genético, continua sendo pessoa do sexo masculino, mesmo após a cirurgia. Não se discute que a ela devem ser assegurados todos os direitos como mulher, eis que esta é a expressão de sua personalidade. É assim que ela se sente e, por isso, tem direito, inclusive de alterar seu nome e documentos, considerando que sua identidade sexual é feminina. Trata-se de um direito seu, fundamental e inquestionável. No entanto, tão fundamental como o direito à expressão de sua própria sexualidade, é o direito à liberdade e às garantias contra o poder punitivo do Estado. O legislador tinha a opção de, legitimamente, equiparar a transexual à vítima do sexo feminino, até porque são plenamente equiparáveis. Porém, não o fez. Não pode o intérprete, a pretexto de respeitar a livre expressão sexual do transexual, valer-se de analogia para punir o agente. Enfim, a transexual que realizou a cirurgia e passou a ter identidade sexual feminina é equiparada à mulher para todos os fins de direito, menos para agravar a situação do réu. Isso porque, em direito penal, somente se admitem equiparações que sejam feitas pela lei, em obediência ao princípio da estrita legalidade.

No projeto de lei, a locução prevista para o tipo era: se o homicídio é praticado “contra a mulher por razões de gênero”. Ocorre que, durante os debates, a bancada de parlamentares evangélicos pressionou para que a “gênero” da proposta inicial fosse substituída por “sexo

⁸³ MELO, Adriana Ramos de. Breves comentários à Lei 13.104/2015. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 958/2015, p. 273- 290. Ago / 2015

⁸⁴ Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>>. Acesso em 18 de abril de 2016.

feminino”, com objetivo de afastar a possibilidade de que transexuais fossem abarcados pela lei. A bancada feminina acabou aceitando a mudança para viabilizar a aprovação do projeto.

No entanto, data vênua, melhor seria se tivesse sido mantida a redação original, que, aliás, é utilizada na Lei Maria da Penha: “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão *baseada no gênero*” (art. 5º).

O legislador previu, no § 2º-A do art. 121⁸⁵, uma norma penal interpretativa, ou seja, um dispositivo para esclarecer o significado da expressão “*razões de condição de sexo feminino*”.

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Haverá feminicídio quando o homicídio for praticado contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar. Ao afirmar isso, o legislador ampliou bastante o conceito de feminicídio, já que, pela redação literal do inciso I não seria necessário discutir os motivos que levaram o autor a cometer o crime. Pela interpretação literal, não seria indispensável que o delito tivesse relação direta com razões de gênero. Tendo sido praticado homicídio (consumado ou tentado) contra pessoa do sexo feminino envolvendo violência doméstica, haveria feminicídio.

Ocorre que a interpretação literal e isolada do inciso I não parece ser a mais correta. É preciso contextualizar o tema e buscar a interpretação sistemática, socorrendo-se da definição de “violência doméstica e familiar” encontrada no art. 5º da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)⁸⁶, que assim a conceitua:

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

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha

⁸⁵ BRASIL, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

⁸⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em 18 de abril de 2016.

convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Desse modo, conclui-se que, mesmo no caso do feminicídio baseado no inciso I do § 2º-A do art. 121, será indispensável que o crime envolva motivação baseada no gênero (“razões de condição de sexo feminino”).

Por outro lado, ainda que a violência aconteça no ambiente doméstico ou familiar e mesmo que tenha a mulher como vítima, não haverá feminicídio se não existir, no caso concreto, uma motivação baseada no gênero (“razões de condição de sexo feminino”), como no caso de duas irmãs, que vivem na mesma casa, as quais disputam a herança do pai falecido; determinado dia, uma delas invade o quarto da outra e a mata para ficar com a totalidade dos bens para si; esse crime foi praticado com violência doméstica, já que envolveu duas pessoas que tinha relação íntima de afeto, mas não será feminicídio porque não foi um homicídio baseado no gênero (não houve violência de gênero, menosprezo à condição de mulher), tendo a motivação do delito sido meramente patrimonial.

Conforme citado por Luiz Flavio Gomes⁸⁷

Com essas informações, podemos concluir que a violência doméstica e familiar que configura uma das razões da condição de sexo feminino (art. 121, § II-A) e, portanto, feminicídio, não se confunde com a violência ocorrida dentro da unidade doméstica ou no âmbito familiar ou mesmo em uma relação íntima de afeto. Ou seja, pode-se ter uma violência ocorrida no âmbito doméstico que envolva, inclusive, uma relação familiar (violência do marido contra a mulher dentro do lar do casal, por exemplo), mas que não configure uma violência doméstica e familiar por razões da condição de sexo feminino (Ex.: marido que mata a mulher por questões vinculadas à dependência de drogas). O componente necessário para que se possa falar de feminicídio, portanto, como antes já se ressaltou, é a existência de uma violência baseada no gênero (Ex.: marido que mata a mulher pelo fato de ela pedir a separação).

No que tange a hipótese do inciso II do §2º-A, para ser enquadrado neste inciso, é necessário que, além de a vítima ser mulher, fique caracterizado que o crime foi motivado ou está relacionado com o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, como nas hipóteses em que o funcionário de uma empresa mata sua colega de trabalho em virtude de ela ter conseguido a promoção em detrimento dele, já que, em sua visão, ela, por ser mulher, não estaria capacitada para a função.

Há menosprezo quando o agente comete o crime por nutrir pouca ou nenhuma estima ou apreço pela vítima, configurando, desdém, desprezo, desvalorização.

⁸⁷BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: [http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-1310]. Acesso em: 18 de abril de 2016.

O Brasil ratificou importantes convenções internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, uma delas a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, Convenção de Belém do Pará⁸⁸, estabelece no seu art. 6.º:

O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

- a. o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e
- b. o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação.

Além disso, a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁸⁹ foi adotada pela Assembleia Geral em 18.12.1979, e entrou em vigor em 03.09.1981, em seu art. 1.º, define “discriminação contra a mulher” como sendo:

(...) toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

A qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente (“razões de condição de sexo feminino”). Ademais, não se trata de qualificadora objetiva porque nada tem a ver com o meio ou modo de execução. Por conseguinte, diante da sua natureza subjetiva, em caso de concurso de pessoas, essa qualificadora não se comunica aos demais coautores ou partícipes, salvo se eles também tiverem a mesma motivação, por força do art. 30 do CP⁹⁰.

Há quem possa sugerir a figura do feminicídio privilegiado, com base na combinação dos artigos 121, §1º⁹¹ e §2º, VI. Nesse contexto, a jurisprudência até admite a existência de homicídio privilegiado-qualificado. No entanto, para isso, é necessário que a qualificadora seja de natureza objetiva. No caso do feminicídio, a qualificadora é subjetiva. Logo, não é possível que haja feminicídio privilegiado.

⁸⁸ Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

⁸⁹ Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>. Acesso em 18 de abril de 2016.

⁹⁰ Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

⁹¹ § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

A Lei n.º 13.104/2015⁹² previu também três causas de aumento de pena exclusivas para o feminicídio.

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

No inciso I, a pena imposta ao feminicídio será aumentada se, no momento do crime, a vítima (mulher) estava grávida ou havia apenas 3 meses que ela tinha tido filho (a). A razão de ser dessa causa de aumento está no fato de que, durante a gravidez ou logo após o parto, a mulher encontra-se em um estado físico e psicológico de maior fragilidade e sensibilidade, revelando-se, assim, mais reprovável a conduta.

No caso do inciso II, a pena imposta ao feminicídio será aumentada se, no momento do crime, a mulher (vítima) tinha menos de 14 anos, era idosa ou deficiente. A vítima, nesses três casos, apresenta uma fragilidade (debilidade) maior, de forma que a conduta do agente se revela com alto grau de covardia. Como o tipo utiliza a expressão “com deficiência”, devemos entendê-la em sentido amplo, de forma que incidirá a causa de aumento em qualquer das modalidades de deficiência (física, auditiva, visual, mental ou múltipla).

O conceito de deficiência está previsto no Decreto n.º 3.298/99, sendo definida como “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano” (art. 3º, I). No art. 4º são conceituadas as diversas categorias de deficiência (física, auditiva, visual, mental e múltipla).

Na hipótese do inciso III, a pena imposta ao feminicídio será aumentada se o delito foi praticado na presença de descendente ou de ascendente da vítima. Aqui a razão do aumento está no intenso sofrimento que o autor provocou aos descendentes ou ascendentes da vítima que presenciaram o crime, fato que irá gerar graves transtornos psicológicos.

Necessário destacar que, para que incidam tais causas de aumento, o agente deve ter ciência das situações expostas nos incisos, ou seja, ele precisa saber que a vítima estava

⁹² BRASIL, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

grávida, que ela era menor que 14 anos, que tinha deficiência etc, sob pena de responsabilidade objetiva.

Outrossim, algumas dessas causas de aumento especiais são também previstas como agravantes genéricas no art. 61, II, do CP. No caso de feminicídio, o magistrado deverá aplicar apenas as causas de aumento, não podendo fazer incidir as agravantes que tenham o mesmo fundamento sob pena de incorrer em *bis in idem*, como na hipótese em que o feminicídio é praticado contra mulher idosa. Nesse caso, o agente responderá pelo art. 121, § 2º, VI com a causa de aumento do inciso II do § 7º, não incidindo, destarte, a agravante do at. 61, II, “h”.

No que se refere a competência para o julgamento do feminicídio, existem alguns Estados que, em sua Lei de Organização Judiciária preveem que, em caso de crimes dolosos contra a vida praticados no contexto de violência doméstica, a Vara de Violência Doméstica será competente para instruir o feito até a fase de pronúncia. A partir daí, o processo será redistribuído para a Vara do Tribunal do Júri. Segundo já decidiu o STF⁹³, essa previsão é válida. Assim, a Lei de Organização Judiciária poderá prever que a 1ª fase do procedimento do júri seja realizada na Vara de Violência Doméstica em caso de crimes dolosos contra a vida praticados no contexto de violência doméstica. Não haverá usurpação da competência constitucional do júri, afinal, apenas o julgamento propriamente dito é que, obrigatoriamente, deverá ser feito no Tribunal do Júri.

Por outro lado, se a lei de organização judiciária não prever expressamente essa competência da Vara de Violência Doméstica para a 1ª fase do procedimento do Júri, aplica-se a regra geral e todo o processo tramitará na Vara do Tribunal do Júri.

Por fim, a Lei n.º 13.104/2015 alterou o art. 1º da Lei n.º 8.072/90⁹⁴ e passou a prever que o feminicídio é crime hediondo.

Art. 2.º O art. 1.º da Lei 8.072, de 25.07.1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º (...)

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2.º: I, II, III, IV, V, VI e VII).

O art. 2.º da Lei 13.104/2015 alterou o art. 1.º da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) para incluir nesse rol o homicídio qualificado do inc. VI, do § 2º, do art. 121 do

⁹³ STF. 2ª Turma. HC 102150/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 27/5/2014. Info 748.

⁹⁴ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

CP. Portanto, não há nenhuma dúvida de que o feminicídio (não o simples femicídio: assassinato de uma mulher fora do contexto da violência de gênero) é um crime hediondo.

Não se trata de um crime equiparado ao hediondo (como são a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo), sim, é um crime formalmente hediondo.

Essa mudança legislativa só vale para crimes cometidos a partir de 10 de março de 2015, data em que entrou em vigor. Ademais, por ser mais gravosa, não retroage. No entanto, pondera Adriana Ramos de Melo⁹⁵;

Sabe-se que o feminicídio já poderia (e, em alguns casos, já era) classificado como crime hediondo (homicídio por motivo torpe, fútil etc.). Afinal, não há como negar torpeza na ação de matar uma mulher por discriminação de gênero (matar uma mulher porque usa roupas consideradas inadequadas pelo agente ou porque não fez a comida corretamente ou não limpou a casa etc.). Mas esse entendimento não era uniforme. Daí a pertinência da nova lei, para dizer que todas essas situações configura indiscutivelmente crime hediondo.

Nos crimes anteriores a 10.03.2015 o motivo torpe continua sendo possível. O que não se pode é aplicar a lei nova (Lei 13.104/2015) para fatos anteriores a ela (lei nova maléfica não retroage).

⁹⁵MELO, Adriana Ramos de. Breves comentários à Lei 13.104/2015. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo.vol. 958/2015. p. 273- 290. Ago / 2015

5. CONCLUSÃO

O primeiro aspecto que se percebe diante da presente abordagem é a de que a mulher, após inúmeras lutas sociais, movimentos feministas em âmbito internacional e, em seguida, nacional, mostrou-se ser digna de igualdade perante a lei. Por isso, essa luta secular em que a mulher vem desconstruindo os entraves de uma sociedade patriarcal é de suma importância, pois trouxe inúmeros avanços, garantindo-se a necessária igualdade material em face do homem.

Em atenção ao comando constitucional contido no parágrafo 8º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, bem como às disposições da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e da Convenção de Belém do Pará, foi editada a Lei Maria da Penha, verdadeiro marco de lutas contra a violência de gênero, praticada no âmbito doméstico e familiar.

Aspecto importante de ser observado é de que apesar dos avanços políticos que a mulher obteve após a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como os diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos da mulher, a violência doméstica e familiar não teve uma derrocada, exemplo disso foi a barbárie que ocorreu com Maria da Penha, a vítima desse tipo de violência que se tornou símbolo da luta de gênero, motivo pelo qual, deve o poder público continuar com políticas públicas e instrumentos legais para prevenir e punir os agressores, uma vez que, ao combater a violência familiar indiretamente combate-se a violência urbana, pois é dentro do ambiente doméstico que as crianças inicialmente lidam com agressividade de seus genitores, observam a impunidade e isso os torna agressores em potencial no futuro.

O grande ponto que deve ser considerado, portanto, é que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada ao caso concreto quando observados: a caracterização da violência doméstica e familiar que se dá quando ocorrida da unidade doméstica, no âmbito familiar ou quando há um estreito vínculo de afeto e intimidade, além disso, a violência deve ser praticada contra a mulher, em razão de seu gênero, ou seja, por alguém do gênero masculino julgar-se superior e por isso impor sua força física, por exemplo, a partir de uma concepção machista e ultrapassada.

Deve-se compreender a função pedagógica da lei analisada, pois por meio da coerção normativa, visa eliminar essa forma de discriminação e de violência ainda muito presente em uma sociedade, que vem solidificando a democracia.

Discutir acerca da Lei Maria da Penha e aplica-la nos casos concretos respeitando o “espírito” de sua criação é um modo, portanto, de “fazer jus” a uma ação afirmativa em favor das mulheres brasileiras, cujos frutos são colhidos por todos, sem distinção de gênero, pois, uma sociedade livre, justa e igualitária é o que deve primar uma legítima democracia.

Como diploma legal assistencial e protetivo das mulheres, entendidas como todas aquelas pertencentes ao gênero feminino (e não somente ao sexo feminino), a Lei Maria da Penha deve ser aplicada às transexuais femininas, bem como aos homossexuais que tenham sido vítimas desse tipo de violência.

Tal entendimento vem ao encontro dos princípios da dignidade humana e da igualdade, por ampliar a proteção jurídica a pessoas que estejam em evidente situação de vulnerabilidade social, e também em consonância com a própria lei em comento, tendo em vista que veda qualquer tratamento discriminatório em virtude da orientação sexual.

Em bora hora, a Lei n.º Lei n.º 13.104/2015 tipificou o crime de feminicídio, sendo a conduta daquele que mata a mulher por razões da condição do sexo feminino, ou seja, pelo simples fato de ser mulher, diante da sua vulnerabilidade, uma vez que não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Essa tipificação foi fruto da realidade vivenciada no cenário brasileiro e do clamor por uma maior repressão ao homicídio praticado por razões de gênero em face da mulher, a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros, de março de 2012 a julho de 2013, constatando uma taxa de 4,8 assassinatos por 100 mil mulheres.

Por fim, deve-se dar a devida importância aos tratados internacionais que buscam proteger os direitos fundamentais das mulheres, uma vez que quando um país adere às suas disposições normativas, passa a ser obrigado a respeitá-las, ocasionando o reconhecimento de sua responsabilidade internacional caso haja o descumprimento integral ou parcial de suas normas. Nesse diapasão, tais instrumentos internacionais têm impacto direto na agenda de

produção normativa interna dos Estados, ao atestarem o não cumprimento de deveres assumidos por meio de tratados regionais.

Conclui-se que o contexto internacional tem influenciado de maneira significativa a produção legislativa interna e a elaboração de políticas públicas dos países latino-americanos no tema da igualdade de gênero. Tratados internacionais ou decisões internacionais em interação com as mobilizações nacionais compõem um elemento fundamental para compreender a positivação de leis de combate à violência de gênero.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 dez.1948. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. Feminicídio e neocolpovulvoplastia: as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em:

[<http://jus.com.br/artigos/37145/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia>]. Acesso em: 18 de abril de 2016.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei n.11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em:

[<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-1310>]. Acesso em: 18 de abril de 2016.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Homossexualismo ou Homossexualidade? In: BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: Aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002. Cap. 1.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

BRASIL, Leis e decretos. **Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 16 de abril de 2016.

BRITO, Alexandre Joaquim. **Lei Maria da Penha: Violência de Gênero**. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8154/Lei-Maria-da-Penha-violencia-de-genero>> Acesso em: 18 de abril de 2016.

CALADO NETO, Aloisio Barbosa. **Violência na família: Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10412>>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. São Paulo: Juruá, 2009.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: análise da “Lei Maria da Penha”**, nº 11.340/06. Salvador: Juspodvm, 2012.

CORRÊA, Fabricio da Mata. **Lei Maria da Penha: Uma questão de gênero**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2013/10/22/lei-maria-da-penha-uma-questao-de-genero/>> Acesso em: 18 de abril de 2016.

CUNHA, Renata Martins Ferreira Da. Análise da Constitucionalidade da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha: Lesão ao Princípio da Igualdade. **Revista Iob De Direito Penal E Processual Penal**, Porto Alegre, n. 57, p.119-142, ago./set. 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/35_viol%EAncia_dom%E9stica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 114, p.225-239, mai./jun. 2015.

ENGEL, Magali Gouveia. **Crimes na Imprensa: PAIXÃO E MORTE NA VIRADA DO SÉCULO**. Disponível em: <<http://www.observatoriодаimprensa.com.br/artigos.asp?cod=328MCH002>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. *A pessoa transgênera e o reconhecimento do direito de ser mulher: promoção da dignidade humana e garantia do desenvolvimento pessoal*. In *Manual dos Direitos da Mulher*, org. FERRAZ, Carolina

Valença. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. LEITE, Glauco Salomão. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALIZA, Danuza Ferreira De. **O Feminismo através dos Tempos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/3781/1/Mulher-O-Feminino-Atraves-Dos-Tempos/pagina1.html>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1366047/violencia-machista-da-mulher-e-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher>>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015**. Disponível em: [http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015]. Acesso em 18 de abril de 2016.

GROSSI, Miriam Pillar. **Novas/Velhas Violências contra a mulher no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/08112009-113921grossi.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

MAMELUQUE, Leopoldo. **Aspectos Gerais da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/lei_maria_da_penha.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

MELLO, Adriana Ramos. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENICUCCI, Eleonora. **Nota da Ministra Eleonora Menicucci sobre a decisão do STJ no caso Luana Piovani**. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2014/04/02-04-nota-da-ministra-eleonora-menicucci-sobre-a-decisao-do-stj-no-caso-luana-piovani>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

OLIVEIRA, Glaucia Fontes de. **Violência de gênero e a lei Maria da Penha**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29209>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

PIOVESAN, Flavia. A estrutura normativa do sistema global de proteção internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. In: PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

RÊGO, Nelson Melo de Moraes. **Lei Maria da Penha**: O conceito de Gênero como núcleo interpretativo. Disponível em: <<http://www.amma.com.br/artigos~2,3464,,,lei-maria-da-penha-o-conceito-de-genero-como-nucleo-interpretativo>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

SAADEH, Alexandre. Crianças e adolescentes transexuais, uma realidade na saúde. *Jornal da FFM*, Publicação bimestral da Fundação Faculdade de Medicina, ano XII – n. 70 – nov/dez 2013. Disponível em: <<http://extranet.ffm.br/wfcontent/subportals/Imprensa/Jornal/Jornal70.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

SILVA, Tiago Ferreira Da. **Período neolítico**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/pre-historia/periodo-neolitico/>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel. **Lei Maria da Penha: Conduta Baseada no Gênero**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/lei_maria_da_penha__conduta_baseada_no_genero.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel Da. **Sujeitos do crime de gênero na Lei 11.340/06**: Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12937/12501>>. Acesso em: 19 de abril de 2016.

VIEIRA, Marcelo Paulo et al. **Visões sobre a mulher na Idade Moderna**. Disponível em: <<http://biuvice.blogspot.com/2006/09/vises-sobre-mulher-na-idade-moderna.html>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.