

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO

RENATO DURO DIAS

SILVANA BELINE TAVARES

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

G326

Gênero, sexualidades e direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa; Renato Duro Dias; Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-397-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Gênero. 3. Sexualidades. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO

Apresentação

O Grupo temático de Gênero, sexualidade e direito mais uma vez traz artigos que abordam diferentes temas escritos a partir de múltiplos olhares e espaços disciplinares que nos auxiliam na compreensão do estágio atual das desigualdades de gênero em nosso país e os empreendimentos reiterados para sua desconstrução.

Em “A audiodescrição em filmes pornô: um direito da pessoa cega” Fernanda Claudia Araujo Da Silva traz um estudo sobre o direito à audiodescrição em filmes pornô, a partir de um estudo descritivo da legislação, apresentando o direito à cultura cinematográfica e a efetivação do direito à audiodescrição em filmes pornográficos.

Patrícia Moreira de Menezes em “A carne mais barata do mercado é a carne negra: reflexões sobre o trabalho doméstico e o uso da perspectiva feminista decolonial” analisa o trabalho doméstico a partir dos marcadores de classe, raça e gênero dentro de uma perspectiva decolonial.

Brenda Nascimento Rosas aborda o panorama da violência doméstica no Brasil, considerando as diretrizes trazidas pelos Direitos Humanos e dentro da Constituição Brasileira de 1988 em “A constitucionalização dos direitos humanos e o aumento da violência doméstica na pandemia: duas faces do mesmo Brasil”.

Júlia Lourenço Maneschy e Natalia Mascarenhas Simões Bentes em “A crítica ao conceito de biopoder e biopolítica de michel foucault a partir de uma leitura ecofeminista do domínio do homem sobre a mulher e sobre a natureza” elaboram a partir da perspectiva ecofeminista uma crítica ao conceito de biopoder e biopolítica de Michel Foucault.

O artigo “A cultura machista e os prejuízos aos dissidentes ou divergentes das questões sexuais e de gênero” de Paulo Roberto de Souza Junior enfoca a questão da cultura machista e os prejuízos aos dissidentes ou divergentes da questão sexual e de gênero devido à omissão de debates sobre a temática nos diversos campos de luta.

Litiane Motta Marins Araujo e Cláudia Franco Corrêa em “A defesa da mulher diante das resoluções do CNJ como instrumento das políticas públicas de órgão central do poder judiciário na violência doméstica” analisam as resoluções do Conselho Nacional de Justiça –

CNJ como ator relevante de instrumento das políticas públicas de órgão central do poder judiciário na realização de ações afirmativas e protetivas.

Em “A educação e os direitos das mulheres: direitos humanos e direitos da personalidade na superação do sexismo” Fernanda Andreolla Borgio Pagani, Alexander Rodrigues de Castro analisam alguns aspectos da história das lutas feministas, para compreender como a intervenção estatal por meio do direito pode implementar políticas públicas que fortaleçam a proteção dos direitos da personalidade da mulher, especialmente por meio da educação.

Marco Anthony Steveson Villas Boas busca compreender os movimentos de exploração das mulheres indígenas e a discriminação de gênero e raça que persiste em pleno século XXI, constituindo-se em obstáculos a serem suplantados para que a mulher indígena exerça seus direitos sociopolíticos na vida tribal e na democracia ocidental no artigo “A mulher indígena e o colonialismo cultural: o empoderamento das mulheres indígenas como ferramenta de superação da discriminação interseccional e de revalorização da cultura indígena”.

No artigo “Agenda 2030, desenvolvimento sustentável e pandemia: um panorama da violência doméstica no Brasil durante o isolamento domiciliar provocado pelo SARS-COV-2” Brenda Nascimento Rosas aborda a violência doméstica no Brasil, considerando as diretrizes trazidas pelo Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5 (ODS) e como a pandemia contribuiu para agravar tais números.

Caroline Fockink Ritt e Letícia Henn em “Alterações advindas da lei nº 14.188/2021 e os reflexos no combate à violência doméstica e familiar praticada contra a mulher” traz algumas indagações sobre a garantia de proteção da vítima de violência e como as alterações da Lei nº 14.188/21 poderão contribuir para o combate e prevenção da violência doméstica.

Uma análise do contexto atual brasileiro de aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) em casos de violência de gênero praticada contra mulheres trans e travestis é trazida por Gabrielle Souza O' de Almeida e Leandro Reinaldo da Cunha em “Aplicação integral da lei Maria da Penha para mulheres trans e travestis: a inconstitucionalidade da desconsideração da categoria gênero como critério qualitativo de observância da lei”

Carolina Goulart e Josiane Petry Faria no artigo “As mulheres na polícia: das relações de poder nas transformações da história” questionam o poder dominante nas forças policiais e as potencialidades transformadoras da presença da mulher na estrutura da instituição e sua repercussão social.

Em “Breves considerações sobre os aspectos teóricos e metodológicos nas pesquisas sobre direitos humanos e identidade de gênero” Shelly Borges de Souza A partir do reconhecimento, no plano teórico-conceitual de que os direitos humanos e a identidade de gênero como categorias analíticas, não são verdades autoevidentes, analisa a importância da interação entre os estudos dos direitos humanos e da identidade de gênero dentro dos ordenamentos jurídicos e sociais vigentes.

Vivianne Lima Aragão e Karyna Batista Sposato refletem sobre violência doméstica contra mulher negra, adotando a análise interseccional entre gênero, raça e classe para discutir marcadores sociais nos debates sobre políticas públicas para prevenir e conter o problema no artigo “Da violência doméstica contra a mulher negra no Brasil à democracia do cuidado”.

No artigo “Depoimento pessoal da vítima como único meio de prova nos casos de violência doméstica e o standard probatório “para além da dúvida razoável” adotado no processo penal”, Fernanda Olsieski Pereira analisa a possibilidade do depoimento pessoal da vítima de violência doméstica e familiar ser a única prova para acarretar na condenação do(a) agressor(a), observando o standard probatório “para além da dúvida razoável”, adotado no processo penal.

“Gênero e transexualidade no Brasil de hoje: uma análise de projetos de lei relacionados à população transexual apresentados na câmara dos deputados no ano de 2019”, artigo de Iury Manoel Honorato Ferreira da Silva traz uma análise sobre o contexto jurídico atual da população transexual no Brasil, em diálogo com os estudos de gênero.

Ítalo Viegas da Silva e Artenira da Silva e Silva em “Gestão institucional de crises estruturais: a (in)efetividade do sistema de justiça brasileiro frente a violência de gênero, doméstica e/ou familiar” estudam sobre o compromisso que o sistema de justiça possui com o enfrentamento de uma crise tida como estrutural e o tratamento das demandas envolvendo violência doméstica e/ou familiar.

O artigo de Maria da Conceição Alves Neta e Artenira da Silva e Silva “Há lugar para raça na interpretação jurídica? Análise à luz do pensamento jurídico negro e perspectiva afro-latino-americana dos acórdãos do TJMA nos processos de violência de gênero e ou familiar” fazem uma análise do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a partir de acórdãos nos anos de 2020 e 2021, com termo de busca “violência de gênero e ou familiar” e “raça.

Leandro Menezes Ribeiro de Jesus , Karla Thais Nascimento Santana e Ana Carolina Santanaum trazem um debate teórico a respeito da teoria constitucional trazida pelos

principais doutrinadores do Direito, enaltecendo os acontecimentos históricos que influenciaram a previsão constitucional de Direitos Fundamentais, especialmente para as comunidades LGBT com o artigo “O constitucionalismo moderno frente a redemocratização brasileira: desafios da comunidade LGBT”.

“O habitus do patriarcado e a invisibilidade da violência contra a mulher no meio rural” de Jucineia De Medeiros Hahn busca explicar o poder do habitus como forma de agir social que justifica uma divisão sexista do trabalho campestre, acentuando dificuldades para o empoderamento da mulher rural.

Gabriela Serra Pinto de Alencar e Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino em “Reflexões sobre a criminalização da violência psicológica contra as mulheres no Brasil: avanços e desafios” analisam o contexto de promulgação da Lei nº 14.188/2021, os avanços e os desafios advindos da criminalização da violência psicológica contra as mulheres no Brasil, no contexto da crise pandêmica do novo coronavírus (SARS-CoV-2/Covid-19).

O artigo “Responsabilidade civil por danos morais decorrente da transfobia no ambiente de trabalho: um estudo crítico dos critérios de quantificação do dano” de Fabrício Veiga Costa, Barbara Campolina Paulino e Luana de Castro Lacerda fazem uma investigação criteriosa sobre o fenômeno social da transfobia no ambiente de trabalho para, assim, analisarem a responsabilidade civil do empregador, além dos critérios jurídicos de quantificação do dano.

Joice Graciele Nielsson e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth com o artigo “Trabalho doméstico e escravidão no Brasil sob uma perspectiva biopolítica” apresentam as categorias da biopolítica, do estado de exceção e do paradigma do campo como background teórico para contextualizar a violência perpetrada contra mulheres, pobres e negras nos seus espaços de trabalho, durante a pandemia da Covid-19.

Esperamos que as propostas e análises dos artigos apresentados possam instigar novos debates e provocar o desejo de novas produções sobre as temáticas necessárias de Gênero, sexualidade e direito.

Fabrício Veiga Costa

Renato Duro Dias

Silvana Beline

APLICAÇÃO INTEGRAL DA LEI MARIA DA PENHA PARA MULHERES TRANS E TRAVESTIS: A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA CATEGORIA GÊNERO COMO CRITÉRIO QUALITATIVO DE OBSERVÂNCIA DA LEI.

FULL IMPLEMENTATION OF THE MARIA DA PENHA LAW FOR TRANS WOMEN AND TRAVESTI: THE UNCONSTITUTIONALITY OF GENDER DISREGARD AS A QUALITATIVE STANDARD OF LAW ENFORCEMENT

Gabrielle Souza O' de Almeida ¹
Leandro Reinaldo da Cunha ²

Resumo

O presente artigo tem como objeto de estudo a análise do contexto atual brasileiro de aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) em casos de violência de gênero praticada contra mulheres trans e travestis. O objetivo central é avaliar o tema, ainda controverso na prática, a partir de um estudo sob a luz da Constituição Federal de 1988 e dos Princípios de Yogyakarta, acerca de um considerável volume de decisões que indeferem medidas protetivas de urgência sob o argumento de que não haveria elemento essencial para o encaixe nos requisitos da lei.

Palavras-chave: Lei maria da penha, Mulheres trans, Princípios de yogyakarta, Violência de gênero, Medidas protetivas de urgência

Abstract/Resumen/Résumé

This article has, as its main object of study, the current Brazilian context of application of Law 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) in cases of gender-based violence against trans women and travesti identified women. The central objective is to evaluate the theme, still controversial in practice, from a study in the light of the Federal Constitution of 1988 and the Yogyakarta Principles, on a considerable volume of decisions rejecting protective measures of urgency on the grounds that there would be no essential element to fit the requirements of the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Lei maria da penha, Trans women, Yogyakarta principles, Gender-based violence, Protective measures of urgency

¹ Advogada especialista em Direito Civil (PUC MG), pós-graduanda em Direito das Mulheres (UniDombosco) e mestranda em Direito Público pela UNISINOS (bolsa PROEX CAPES). Pesquisadora do Direito e Sexualidade da UFBA.

² Professor titular-livre de Direito Civil da UFBA. Pós-doutorado e doutorado pela PUC/SP. Líder do grupo de pesquisa Direito e Sexualidade da UFBA.

1 INTRODUÇÃO

Em que pese a enorme evolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas, que propicia a todos aqueles que possuem acesso à rede mundial de computadores a possibilidade de apreender uma gama absurda de informações, podemos constatar que, em alguma medida, ainda estamos vivendo em uma sociedade muito próxima àquela existente na Idade Média.

Tal afirmação se faz pois em certas searas a coletividade ainda se mostra extremamente atrasada, obscura e tacanha. No que se refere à questões vinculadas à sexualidade é bastante recorrente se ver atitudes, ler textos e ouvir falas que parecem oriundas de pessoas que ainda vivem em um passado longínquo, mas que se fazem presentes e reúnem um potencial lesivo bastante grande.

De se notar ainda hoje é comum em inúmeros círculos sociais a existência de piadas machistas, ofensas deliberadas direcionadas a pessoas apenas em razão de seu sexo/gênero, afirmações (até mesmo oriundas de representantes do Estado) de que existem cores “certas” destinadas a meninos e meninas, números que não podem/devem ser utilizados por homens em seus fardamentos esportivos por serem designativos de uma orientação sexual tida como menos valiosa. Esses são apenas alguns dos reflexos de uma sociedade ainda bastante distante do ideal de igualdade e que se mantém fomentando condutas que buscam inferiorizar todo aquilo que não se enquadra na pseudo normalidade que emana de uma estrutura cis-heteronormativa.

É parâmetro elementar de um Estado que se apresenta como sendo democrático e de direito que se garanta de forma efetiva a todos, independentemente de suas características vinculadas à sexualidade, uma proteção plena aos direitos fundamentais, sob pena de uma patente ruptura do tecido social.

Ao se considerar a realidade daquelas pessoas que não estão inseridas nos limites do que se convencionou denominar de “homem médio” constata-se que existem dois sistemas jurídicos distintos na prática. Um que se presta a atender aos interesses e necessidades das majorias e um outro que sob um véu de legalidade se mostra amplamente insuficiente para resguardar direitos mínimos para certos grupos vulnerabilizados, em que pese a assertiva asséptica de que a lei é direcionada a todos.

Inseridos nessa realidade os integrantes das minorias sexuais são segregados não só por não poderem vivenciar todos os aspectos da vida nos mesmos termos que as demais pessoas mas por também padecerem do respaldo mínimo que se confere a todo cidadão, conduzidos a uma realidade de luta diária pela sobrevivência.

Até mesmo quando se tem a elaboração de alguma rede de proteção para grupos vulnerabilizados existe a dificuldade de se conseguir que certos indivíduos consigam ser

inseridos no escopo de atuação dos instrumentos protetivos, como pode se ver de forma reiterada quando se tem presentes elementos como sexo/gênero, orientação sexual e identidade de gênero.

Dentre as inúmeras questões que poderiam ser mencionadas com base no que se expôs até aqui o presente artigo tem como objeto de estudo a aplicação integral do texto da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) em situações de violência doméstica e familiar contra as mulheres trans e travestis no Brasil. O tema tem sido uma questão controversa na medida em que tanto nas delegacias quanto nas Varas de Violência Doméstica por todo o país não há um entendimento uniforme acerca do que se deveria ter por óbvio: ser mulher vai muito além de órgãos genitais.

A fim de se atingir os fins aqui colimados inicialmente se propõe um estudo da identidade humana através do conceito de gênero e diferenciando-o da concepção de sexo biológico. Esses conceitos são basilares na discussão que se segue, assim como a apresentação de dados importantes acerca do aumento exponencial da violência doméstica durante a pandemia da COVID-19. Para tanto, será utilizado pesquisas feitas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, bem como o Dossiê Temático sobre assassinatos de transexuais e travestis durante a pandemia feito pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA).

Em seguida, far-se-á um paralelo da legislação brasileira e a aplicação dos princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988 com os Princípios de Yogyakarta, documento que versa sobre garantias específicas que abrangem os direitos relacionados à identidade de gênero e sexualidades.

Essa abordagem visa compreender a problemática envolvendo não só o Poder Judiciário, mas a forma como a sociedade e seus membros enxergam as mulheres e seu direito mais básico de não serem violentadas, mais ainda quando se fala em uma parcela de mulheres que não se encaixam no padrão “cis dominante”. Sendo assim, questiona-se: em que medida é possível romper com a perspectiva padrão binária na aplicação da Lei 11.340/2006 em benefício das mulheres trans e travestis que sofrem violência de gênero no Brasil?

2 BREVES NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A SEXUALIDADE E DIREITO NO BRASIL

Infelizmente não é incomum ver medidas protetivas de urgência serem indeferida nas mais diversas Comarcas com fundamentos manifestamente equivocados, calcados na mais pura falta de conhecimento acerca da diferença entre os conceitos vinculados à sexualidade como um todo.

Trata-se de tema de ampla relevância à medida que os indivíduos são categorizados por suas sexualidades, com a imposição de uma série de obstáculos ao efetivo exercício de sua cidadania plena face a seu gênero, orientação sexual e identidade de gênero, fato que se mostra historicamente recorrente tanto pelas infundadas repressões sofridas como pelo manifesto descaso por parte do Estado e da sociedade, onde se tem estabelecida uma leniência legislativa (CUNHA, 2015) crônica no que concerne a questões atinentes à sexualidade.

Relegar as minorias sexuais a uma condição de marginalização se mostra presente em inúmeros países ao redor do mundo, com as mais variadas constituições democráticas falhando em um quesito básico: a garantia de direitos fundamentais. Ainda que tal circunstância não seja uma exclusividade nacional é de se notar que em território pátrio a questão reveste-se de contornos absolutamente nefastos, mormente considerando os alarmantes dados que envolvem a questão das minorias sexuais no Brasil.

No que se relaciona com as minorias relacionadas ao gênero e sexualidades dissidentes se constata que estamos diante de uma situação deveras problemática ao se ter que a essas pessoas não são garantidos nem mesmo os direitos mais básicos e nucleares, os quais são violados continuamente, deixando-os em uma situação de desamparo social, jurídico e institucional. Tudo o que há de ser ofertado a todos é negado a certos grupos por não se enquadrarem no conceito de “normalidade” socialmente estabelecido (CUNHA, 2018, p. 10), sem que se olvide que quando da imposição da satisfação de obrigações inexiste qualquer discriminação, sendo-lhes exigido o cumprimento de todas as regras e determinações. São iguais aos demais ao serem compelidos ao pagamento de impostos mas não gozam dos mesmos benefícios daí oriundos como as demais pessoas.

Estamos diante de um Estado que prevê a possibilidade de que transgêneros possam realizar seu processo transgenitalizador gratuitamente por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) sem que existam estabelecimentos suficientes habilitados para tanto, inviabilizando o efetivo acesso a tal direito (CUNHA, 2018, p. 275). O mesmo Estado que firma normas para a realização de intervenções cirúrgicas mas que não se digna a legislar no sentido de garantir a possibilidade de mudança de sexo/gênero nos documentos pessoais do transgênero, que apenas teve alguma acolhida nesse sentido através do Poder Judiciário com as emblemáticas decisões do STJ (REsp. 1.626.739, de maio de 2017) e do STF (ADI 4275, de maio de 2018), dando essa última ensejo ao Provimento 73 de junho de 2018.

Note-se que tais conquistas são extremamente recentes, indicando o quanto o tema é atual e como ainda necessitamos caminhar como sociedade para que os preceitos mais elementares de humanidade sejam minimamente respeitados.

3 IDENTIDADE DE GÊNERO E SEXO BIOLÓGICO: CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS

Considera-se fundamental, antes de adentrar de fato na temática principal a qual se pretende debater neste trabalho, uma análise pontual acerca da questão conceitual que permeia o tema sexualidade, perpassando pela compreensão elementar de sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero. Para essa breve abordagem utilizar-se-á de uma leitura teórica básica, sem qualquer pretensão de ser exaustivo, buscando fornecer meios para a construção de um entendimento mínimo para a compreensão do tema central deste estudo.

Entre os iniciados nos estudos sobre os aspectos pertinentes à sexualidade sob o viés jurídico é comum o questionamento quanto a necessidade de se estabelecer alguma sorte de distinção entre sexo biológico e (identidade de) gênero. Contudo para se atingir esse nível de complexidade dialógico é primordial se entender a acepção dos elementos que alicerçam as discussões sobre sexualidade.

Dessa sorte, para conferir as balizas para o entendimento do que se está aqui a discutir, entende-se sexo como um conceito vinculado ao aspecto física/fenotípico normalmente aferido quando do nascimento da pessoa (homem/macho e mulher/fêmea), enquanto o gênero assume uma perspectiva de cunho cultural associado à forma como a pessoa se expressa perante a sociedade (masculino e feminino) e a orientação sexual se atrela à atração afetivo-sexual (heterossexual, homossexual, bissexual, assexual e pansexual), sendo que a identidade de gênero (cisgênero e transgênero) se atem ao pertencimento ou percepção que se tem quanto ao seu gênero (CUNHA, 2016, p. 167-168).

Aqueles que revelam uma compatibilidade entre o sexo que lhe foi atribuído quando do nascimento e o gênero ordinariamente vinculado a ele é entendido como cisgênero, enquanto os transgêneros são aquelas pessoas que manifestam uma incompatibilidade entre o sexo indicado e o gênero que se espera que daí decorra. E é exatamente nesse segundo grupo que podem ser inseridas as mulheres trans e as travestis que, em apesar de muitas vezes ser entendidas como expressões sinônimas, distinguem-se segundo a existência ou não de ojeriza com relação à compleição de seu fenótipo (COSSI, 2010, p. 42-43).

Evidentemente que cada um dos elementos indicados se reveste de um elevado grau de complexidade que permitiria um aprofundamento técnico, contudo para o que se busca aqui nos restringiremos a essas acepções superficiais e panorâmicas.

Postos esses marcos se faz pertinente seguir o percurso proposto a fim de se chegar à questão motriz do presente trabalho sendo que, para tanto, alguns pontos ainda precisam ser ponderados.

3.1 (IDENTIDADE DE) GÊNERO E SEXO BIOLÓGICO: ATÉ QUANDO SERÁ NECESSÁRIO FAZER A DIFERENCIAÇÃO?

A personalidade humana é formada por diversos elementos essenciais, podendo-se incluir três elementos importantes: o gênero (enquanto identidade), o sexo e a orientação sexual. Com um olhar crítico mais atento, é possível perceber que no Brasil (mas não somente) ainda há uma cultura binária e heteronormativa enraizada, exemplo disso são os famosos “chás de revelação”, cada vez mais comuns e que, como diversas outras importações culturais tem origem nos Estados Unidos, onde em 2008 a norte-americana Jenna Karvundis engravidou de sua primeira filha e decidiu que faria uma festa para revelar o sexo do bebê.

Hoje, mais de dez anos depois do fatídico evento que *viralizou* na internet, a própria autora da ideia, a qual cortou um bolo cujo conteúdo era uma massa rosa para anunciar a chegada de uma menina, diz se arrepender do feito. Karvundis diz em entrevista mais recente que se arrepende do feito, pois segundo ela as pessoas são obcecadas por gênero e essa seria uma forma de limitar a vida das pessoas através do que “se tem entre as pernas”. Vejamos aqui a clara confusão entre os conceitos.

O ponto curioso nessa história que parece trivial é que Bianca (11 anos), a segunda filha de Jenna (filha a partir da qual Jenna decidiu não mais fazer uma festa para revelar o gênero de seus filhos), fez mais uma vez a mãe *viralizar*¹ na internet, mas dessa vez o motivo foi uma foto em família na qual a garota aparece feliz e confortável usando um terno azul, roupa socialmente associada ao público masculino. Felizmente a vestimenta da menina não foi problema para sua família, que aceitou e a encorajou em seus gostos.

E qual a relevância dessa história perante a pesquisa? Exatamente o ponto sensível em que a sociedade contemporânea, apesar dos estudos de gênero e interseccionalidades, ainda não superou a ideia do gênero atrelado necessariamente ao sexo. A problemática não está simplesmente em um “chá de revelação” no qual muitas vezes são reproduzidos antigos estereótipos, muitas vezes sem a menor reflexão sobre o assunto. A questão reside no fato de que aqueles estereótipos terão uma consequência permanente na vida da criança que está prestes a vir ao mundo. Mais um sujeito de direitos e que terá uma identidade, a qual será plenamente permeada pelos elementos da sexualidade.

Foucault assevera sobre o dispositivo da sexualidade da seguinte forma: “O dispositivo de sexualidade tem, como razão de ser, não o reproduzir, mas o proliferar, inovar, anexar, inventar, penetrar nos corpos de maneira cada vez mais detalhada e controlar as populações de

¹ Termo popular utilizado na internet para quando algo se espalha de maneira a criar um efeito semelhante ao de um vírus.

modo cada vez mais global.” (1999, p.107). Na interpretação de Spargo acerca do assunto, explica-se que isso não quer dizer que Foucault descarta qualquer tipo de concepção biológica sobre o sexo, mas sim que esta questão envolve muito mais as questões construídas através de discursos e instituições.

Logo, trata-se de uma lógica de confissão e a partir disso, se cria a sexualidade para Foucault, oriunda de um poder, ou seja, o indivíduo se encaixa em uma categoria pautada na sexualidade seria o fruto dela originado. Então a maneira como se categoriza já é uma forma de se encaixar na dominação exercida por essa lógica de poder. O autor então esclarece:

‘O sexo’ seria, na realidade, o ponto de fixação que apoia as manifestações "da sexualidade" ou, ao contrário, uma ideia complexa historicamente formada no seio do dispositivo de sexualidade? Poder-se-ia mostrar, em todo caso, de que maneira esta ideia "do sexo" se formou através das diferentes estratégias de poder e que papel definido desempenhou nisso tudo.

Ao longo de todas as grandes linhas em que se desenvolveu o dispositivo de sexualidade, a partir do século XIX, vemos elaborar-se essa ideia de que existe algo mais do que corpos, órgãos, localizações somáticas, funções, sistemas anátomofisiológicos, sensações, prazeres; algo diferente e a mais, algo que possui suas propriedades intrínsecas e suas leis próprias: o "sexo". (FOUCAULT, 1999, p.154)

Nessa concepção, o sexo seria criado pelo dispositivo de sexualidade, que é o mecanismo de poder através do qual se produz a lógica de controle sobre o corpo, sendo que o dispositivo de sexualidade dentro da lógica foucaultiana é aquele que controla os corpos, na tentativa de encaixar os indivíduos em padrões sexuais pré-estabelecidos. Assim, pode-se dizer que Foucault tinha como preocupação buscar não uma definição de sexo, mas saber como o dispositivo da sexualidade funciona no comportamento humano em sociedade.

A concepção de gênero, originalmente instituída como uma forma de se questionar a ideia de que a biologia definiria o rumo a ser seguido por cada indivíduo com base na ideia de masculino e feminino, não se limita ao desígnio fechado intrínseco à condição física de cada um, relativa ao sexo a cada um atribuído quando do nascimento, mas abrange o elemento identidade do ser como um todo, o qual se identificará, enquanto pessoa, como homem/masculino ou mulher/feminino.

Relevante se consignar que nos estudos sobre sexualidade é comum a utilização das designações binárias de sexo (homem/macho e mulher/fêmea) com as de gênero (masculino/feminino) o que pode ser atribuído à forma como o tema é tratado em outros países e que cujos trabalhos muito contribuíram e contribuem para os estudos sobre sexualidade em território pátrio. Com isso é perceptível a sólida incidência da utilização das expressões como sinônimos ainda que tenham acepções tecnicamente distintas.

Judith Butler, entende o gênero, em síntese, como algo não natural, afastando a ideia do senso comum de que gênero, sexualidade e sexo existem mutuamente em conexão, como

composições previamente estabelecidas e imutáveis. Dessa forma, considera que não deve necessariamente existir relação entre o corpo e o gênero de um indivíduo, afastando a ideia de heteronormatividade (contexto em que a homossexualidade é considerada a regra) onde alguém que possua sexo biológico feminino deva performar feminilidade (gênero) e ter desejo sexual por homens (orientação sexual). Na obra de Butler, percebe-se um alinhamento com a ideia de Simone de Beauvoir, já que ambas consideram que o gênero é um processo sem começo ou fim, e que não se faz, mas se é. (SALIH, 2013).

Se o gênero são os significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra, de um sexo desta ou daquela maneira. Levada a seu limite lógico, a distinção sexo/gênero segure uma descontinuidade radical entre corpos sexuais e gêneros culturalmente construídos. Supondo por um momento a estabilidade do sexo binário, não decorre daí que a construção de ‘homens’ aplique-se exclusivamente a corpos masculinos, ou que o termo ‘mulheres’ interprete somente corpos femininos. Além disso, mesmo que os sexos pareçam não problemáticamente binários em sua morfologia e constituição (ao que será questionado), não há razão para supor que os gêneros também devam permanecer em número de dois. (BUTLER, 2014, p.24)

Ou seja, Butler nega a ideia de que sexo e gênero necessariamente apresentam um padrão pré-definido. E, dentre os diversos questionamentos que surgem a respeito do tema, posiciona-se no sentido de que se trataria da construção social de uma ideia do que seria feminino e masculino, fato que acontece de forma cultural inevitavelmente desde o início da vida, tocando cada pessoa na convivência familiar e em sociedade. Tal entendimento se faz importante por demonstrar o posicionamento refutado ignora a existência de outras formas de corporeidades existentes, como as pessoas intersexo, por exemplo, as quais acabam sendo vistas com estranheza e condenadas à marginalização por não estarem insertas nos padrões postos.

A partir desse contexto, a transexualidade se encontra então como uma espécie de ruptura ao considerado normal e “natural” do padrão da cisgeneridade, impondo um diálogo entre gênero e sexo. Esses corpos trans quebram uma lógica de pseudo verdades imutáveis relacionadas ao sexo e trazem consigo a performance do que seria o dissidente na lógica regular dos corpos na sociedade.

O gênero é socialmente constituído de forma que, o ensinado para as crianças é que existem “coisas de menina” e “coisas de menino”, já perpetuando estereótipos como “homem não chora” e “fulano está se comportando como mulherzinha”, o que em indivíduos cisgêneros, ou seja, que possuem o sexo biológico e gênero não conflitantes em uma lógica binária, já cria uma educação que segrega naturalmente.

Construído esse pavimento técnico é possível se ter um pouco das matizes que compõem a tela social que se busca pintar, ressaltando os tons da problemática envolvendo o gênero e a

identidade de gênero no que concerne à proteção dos direitos de transgêneros no que tange ao contexto da violência doméstica.

4 APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA PARA MULHERES TRANS E TRAVESTIS: CONTROVÉRSIAS E CONSIDERAÇÕES

A violência contra a mulher pode ser definida como todo ato que resulte em morte ou lesão física, sexual ou psicológica, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Esse tipo de violência pode assumir diversas formas, que vão desde uma agressão de natureza sexual e perversa, até formas mais “sutis”, como assédio sexual, discriminação, desvalorização do trabalho doméstico de cuidados com a prole, e maternidade.

A vulnerabilidade das mulheres na sociedade e nas relações familiares alicerçam a Lei Maria da Penha (11.340/2006) que tem por objeto a criação de “mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”.

Importante não se olvidar que ainda que o entendimento mais raso vincule a figura da violência doméstica àquelas ofensas perpetradas pelo marido/companheiro contra a mulher/companheira em sede de relações matrimoniais ou convivenciais, há também aquelas que são direcionadas a outras figuras do gênero feminino que podem compor aquela estrutura familiar, como companheiras, filhas, netas, mães e avós.

4.1 O AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

A partir do final do ano de 2019, o mundo contemporâneo foi atingido por uma pandemia global do vírus SARS-CoV-2, causador da COVID-19, que certamente será considerado no futuro como um dos eventos mais impactantes da humanidade. Ante a suas características de transmissão a maior medida de segurança comprovada para evitar a contaminação recomendada de pronto pela Organização Mundial da Saúde (OMS) foi o distanciamento social associado à utilização de máscaras. Muitos países decretaram isolamento total das pessoas em suas casas, já que à época ainda não havia previsão para vacinas ou remédios específicos.

É sabido que tempos de crise afetam homens, mulheres e meninas, cis e trans, de formas distintas. Supõe-se também que o lar, um ambiente que se tem como um local seguro, será um bastião do resguardo da integridade daqueles que ali buscam refúgio. Contudo muito das violências perpetradas contra as mulheres acontecem ali.

Com base na última nota técnica divulgada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em abril de 2020, houve uma queda no número de registros de boletins de ocorrência nos primeiros momentos de isolamento social em relação ao mesmo período no ano anterior, o

que impactou diretamente na concessão de medidas protetivas de urgência. A questão que se levanta é sobre qual teria sido o motivo para tal diminuição: menos mulheres foram vítimas ou apenas se tornou mais difícil para elas denunciar?

Outros dados podem auxiliar na composição do panorama geral. Pesquisa realizada pelo FBSP constatou que houve um aumento de pelo menos 44,9%, só em São Paulo, nos atendimentos de violência doméstica pela Polícia Militar através do número 190. Os números mostram uma queda nas denúncias físicas, porém como forma de refletir uma realidade em que muitas mulheres foram obrigadas a passar um tempo (quase) integral com seus agressores, dificultando a ida até uma delegacia, por exemplo.

Quando o recorte diz respeito às mulheres trans e travestis as informações do Dossiê intitulado “Assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020”, realizado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA), expressa a invisibilidade de pessoas trans decorrente da ausência de dados governamentais sobre esse assunto, o que enseja em evidente subnotificação.

Dados preliminares do projeto ANTRA TransAção relatam que 94,8% da população trans afirma que sofreu algum tipo de violência cuja motivação está relacionada à sua identidade de gênero, sem falar que 87,3% dessas pessoas relatam ter necessidades principalmente relacionadas a emprego e renda, e 58,6% declararam pertencer a grupo de risco para COVID-19. Acresça-se a isso o aumento significativo no número de homicídios, de 124 contabilizados em 2019, para 175 em 2020 no mesmo período.

As travestis e transexuais femininas constituem um grupo de alta vulnerabilidade à morte violenta e prematura no Brasil. Apesar de não haver estudos sistemáticos sobre a expectativa de vida das travestis e transexuais femininas, Antunes (2013) afirma que a expectativa de vida desta população seja de 35 anos de idade, enquanto a da população brasileira em geral, é de 74,9 anos (IBGE 2013). (ANTRA, 2021)

Para analisar a questão dos homicídios contra mulheres trans e travestis, é necessário salientar que no ano de 2020 o Brasil ainda liderava o ranking mundial em crimes contra a vida de pessoas trans de maneira geral, posição vergonhosa ocupada desde 2008, conforme dados da ONG Transgender Europe (TGEU) (apud ANTRA, 2021). Outra questão importante é o fato de que ainda há uma grande parcela da população de travestis e mulheres trans que trabalha como profissional do sexo e que precisou continuar indo às ruas mesmo nos momentos mais críticos da pandemia para auferir recursos mínimos para sua manutenção, ao que se soma as dificuldades encontradas para acessar políticas públicas assistencialistas.

Há de se repisar aqui que existe a responsabilidade por parte do Estado democrático de garantir direitos a todos com base no princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, garantidos pela Constituição Federal de 1988, bem como que os crimes motivados por transfobia (LGBTfobia em geral) enquadram-se no crime de racismo como bem decidiu o STF (ADO 26), contudo o que se percebe é uma trágica ausência do próprio Estado que nem mesmo se preocupa em fazer estatísticas oficiais de maneira a buscar uma solução através de políticas públicas.

A aplicação da Lei Maria da Penha para mulheres trans e travestis que busquem esse mecanismo como ferramenta quando sofrem algum tipo de violência motivada por sua identidade de gênero e expressão social, é necessária na medida em que não cabe ao Estado, seja através do poder judiciário ou do legislativo, definir por meio de seus servidores, a identidade das pessoas que lhes bem for conveniente para aplicar ou deixar de aplicar uma garantia.

4.2 LEI MARIA DA PENHA: SURGIMENTO E CONSIDERAÇÕES

Atualmente existem diversos dispositivos garantidores de direitos fundamentais, o maior deles sendo a Constituição Federal de 1988, contudo esta não se mostrou suficiente para que se efetivasse a proteção de elementos nucleares, impondo-se a elaboração da Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, que surge como uma inovação no que tange ao enfrentamento à violência contra as mulheres. De regra o reconhecimento da condição de vulnerabilidade de um dado grupo social tem por desdobramento a elaboração de medidas que visem conferir efetividade aos ditames legais postos, reforçando a tentativa de garantir que aquele grupo social não seja violado em seus direitos mais essenciais.

Para uma melhor análise, se faz necessário contextualizar a realidade segundo a qual é perceptível que a violência contra a mulher, principalmente de cunho sexual, está instalada em nossa sociedade como uma questão de cunho cultural, passada de pais para filhos, em um ambiente em que estes crescem acreditando que a mulher é inferior ao homem, razão pela qual ele estaria autorizado a se impor mediante o uso de algum tipo de violência contra qualquer pessoa do gênero feminino. Em pesquisa divulgada pelo IPEA em 2014, mais da metade dos homens entrevistados (58,5%) entendem que se as mulheres soubessem se comportar haveria menos estupros, e que a mulher que é agredida e continua com o parceiro é porque gosta de apanhar (65,1%).

No Brasil, atualmente, ocorrem 11 estupros por minuto, e urge superar o argumento pífio de que a vítima causou a violência, até porque não poder se opor à prática do ato sexual, estando sob o efeito de álcool ou de alguma substância entorpecente, não significa assentir. A grande maioria dos agressores é um familiar próximo da vítima o que, além de majorar o nível de repugnância do ato, acaba até mesmo por dificultar que venha a ser denunciado.

Quando se trata de mulheres trans e travestis, o crime mais cometido ainda é o homicídio, fato que durante a pandemia de COVID-19 teve números extremamente elevados, mantendo o país na infeliz posição número um de onde mais matam as que integram esse grupo, principalmente ao se considerar aquelas que são negras e que performam feminilidade segundo dossiê temático da ANTRA de 2020.

Exatamente nesse contexto social que há de ser aplicada a Lei Maria da Penha. A lei é fruto de diversas pesquisas na área dos estudos de gênero, assim como um resultado político da atuação dos movimentos feministas, pois como Campos (2017) bem classifica, a lei rompe com a lógica privatizante da violência doméstica e o tratamento desse delito como um de menor potencial ofensivo, de forma tratar realmente a questão com a complexidade devida, o que a autora chama de ruptura paradigmática da LMP.

O movimento de aprovação de leis específicas de combate à violência contra mulheres na América Latina se inicia nos anos 1990, tendo o Peru destaque por seu pioneirismo. É sabido que em 1993 a Organização das Nações Unidas (ONU) promoveu a Conferência dos Direitos Humanos em Viena que se mostra como mais um marco importante ao reconhecer a violência doméstica como uma violação dos direitos humanos das mulheres.

Em 1994, a Organização dos Estados Americanos (OEA) sancionou a Convenção para a Eliminação, Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher, mais conhecida como Convenção de “Belém do Pará”, e que veio ratificar essa concepção. A partir desse momento, houve o favorecimento da realização de alguns estudos que explicitassem o perfil de julgamento de processos judiciais relativos à violência contra mulher, o que evidenciou que o Judiciário brasileiro na maioria das vezes acabava absolvendo os agressores, por conta de alguns dispositivos dos processos civil e penal que dificultavam (ou inviabilizavam) a produção de provas que demonstrassem que aquele resultado se relacionava com uma prática e um ciclo de violência doméstica.

Em suma, na década de 1990, houve uma ampliação na estratégia do movimento de mulheres de interação com o direito (lei/decisão judicial), para que fosse possível tematizar a violência doméstica no âmbito da sociedade, do sistema de justiça e no legislativo, assim como no sentido de buscar formas de readequar a maneira com a qual o Estado tratava esse tipo de

violência que, na época, culminava na chamada “revitimização” (após passar por uma primeira situação de violência doméstica dentro de casa e procurar o Estado para solucionar a questão, a mulher acabava sofrendo uma segunda violência caracterizada pela desigualdade no tratamento do agressor e da vítima) e consequente inadequação na resposta estatal.

Com essa constatação, emerge a necessidade de criação de uma lei específica que pudesse dar um tratamento jurídico adequado para esse fenômeno. No início dos anos 2000, com uma articulação bem sucedida entre organizações não governamentais representantes de movimentos de mulheres, construiu-se um consórcio de especialistas pela lei de enfrentamento à violência doméstica e garantia dos direitos humanos das mulheres, iniciando um processo de criação de um anteprojeto de lei, pressionando o governo brasileiro e que culminou com a Lei 11.340/2006.

Impõe-se recordar, ainda, que a todo esse percurso se vincula a recomendação da CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos), que recebeu denúncia do caso envolvendo a cearense Maria da Penha Maia Fernandes, a qual ficou paraplégica após uma tentativa de homicídio por parte de seu marido entre 1983 e 1984, e que suportou por 19 anos a espera para ver seu processo concluído, culminando em uma pena de dez anos (a qual o agressor cumpriu menos de 1/3 em regime fechado). O caso foi tão emblemático, expondo o quanto o Estado brasileiro foi falho e ineficaz, que a lei que objetiva a criação de mecanismos para a proteção da mulher foi batizada com o nome de Maria da Penha.

4.3 A APLICAÇÃO DA LMP NA PROTEÇÃO DAS MULHERES TRANS E TRAVESTIS

Sob uma análise atenta, é possível compreender a Lei Maria da Penha (LMP) como um instrumento que vai além do mero punitivismo penal a crimes hediondos contra a mulher. Seus efeitos democratizantes são notáveis tanto no campo jurídico quanto social, desde o controle de convencionalidade envolvendo o ordenamento jurídico brasileiro em concomitância com tratados e convenções internacionais, até a diligência adequada para os casos e a democratização do acesso à justiça.

A lei é constitucional e visa minimizar as desigualdades com tratamento diferenciado razoável aplicável às mulheres vítimas de violência, que pode ser oriunda de relacionamento heterossexual ou homossexual quando relacionada a pessoas com envolvimento amoroso. A questão da sexualidade parece não gerar maiores problemas visto que na grande maioria dos casos têm-se mulheres que se encaixam no padrão da binariedade. Porém quando se trata de violência contra mulheres trans e travestis, o cenário jurídico brasileiro muda para o de controvérsia.

O que ocorre é um verdadeiro despreparo por parte dos componentes tanto do Poder Legislativo quanto do Judiciário, os quais agem muitas vezes com falta de profissionalismo, preconceito e desconhecimento a respeito de conceitos básicos de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, frequentemente associando a transexualidade a uma patologia, ensejando desdobramentos aliados à transfobia e um cenário de insegurança jurídica para essa parcela da população que busca proteção do Estado como qualquer outro ser humano.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento recente da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual entendeu que a mulher transexual não teria direito a proteção da Lei Maria da Penha e negou, por maioria dos votos, um recurso interposto por uma mulher trans no qual pleiteava uma medida protetiva contra o seu pai, o qual teria agredido fisicamente.

Em primeira instância, a magistrada da comarca de Juquiá (SP), Ana Carolina Gusmão de Souza Costa, negou a solicitação de medida protetiva de urgência. O Ministério Público apresentou o recurso, sustentando que: “A Lei Maria da Penha (11.340/06) não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a impetrante se apresenta social e psicologicamente”

A questão que chama atenção nas decisões de indeferimento de medidas protetivas de urgência é justamente o argumento principal de que a solicitante não pertenceria à categoria mulher a qual é abrangida pela proteção da LMP, reduzindo a identidade de gênero, enquanto amplo conceito, a órgãos genitais, como se o que determinasse a identidade humana fosse a forma como os corpos são definidos pelo poder dominante binário. Exemplo dessa argumentação tem-se a seguir uma decisão como tantas outras nesse sentido excludente para com as mulheres trans que buscam o aparato legal da LMP.

Trata-se de Agravo de Instrumento (Processo: 0003689-95.2017.8.14.0000), com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por G. P. M., contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar da Comarca de Belém (fls. 37-39), que, após analisar o pedido de concessão de MEDIDAS PROTETIVAS (Processo n.º 0001082-82.2017.8.14.5150), **indeferiu-o, por se tratar de vítima homem**, não restando configurada a violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme o art. 5º, da Lei n.º 11.340-2006. (...) (TJ-PA - AI: 00036899520178140000 BELÉM, Relator: MARNEIDE TRINDADE PEREIRA MERABET, Data de Julgamento: 08/02/2018, 1ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, Data de Publicação: 08/02/2018) grifo nosso.

No entanto, o relator do caso do TJ/SP acima citado, desembargador Francisco Bruno, entendeu de modo distinto e invocou a aplicação os Princípios de Yogyakarta, (vinculantes, segundo o STF), os quais estabelecem diversos direitos considerados de nível constitucional e, portanto, inalienáveis.

Todos esses direitos e obrigações (pois, para não mencionar o último também entre si os transexuais têm de respeitá-los) são devidos; e, repito, ninguém (de bom senso, é claro) discordará disso. Porém, nenhum deles dá ao transgênero masculino o direito de ser considerado mulher; nenhum, para colocar de outra forma, autoriza a afirmativa de que “transgênero feminino = mulher” e “transgênero masculino = homem”.

Com efeito, “mulher” e “homem” são (como reconheceu o douto Promotor de Justiça) conceitos científicos, biológicos. E não podem ser iguais se se está a tratar a questão seriamente.

(Recurso em sentido estrito. Requerimento do Ministério Público de medidas protetivas da mulher em favor de transexual. Impossibilidade jurídica de fazer a equiparação “transexual feminino = mulher”, sob pena de ofensa a direitos fundamentais de todos os cidadãos, incluídos os transexuais. Decisão correta. Recurso não provido.

(TJ-SP - RSE: 15000289320218260312 SP 1500028-93.2021.8.26.0312, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 27/04/2021, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 22/04/2021)

As decisões acima são uma pequena demonstração sobre a aplicação prática da Lei Maria da Penha no que tange às mulheres trans vítimas de violência de gênero. A violência sofrida durante o trâmite judicial gera um processo de revitimização dessas mulheres, o que afronta justamente um dos objetivos democráticos que a LMP, reflexo claro da concepção binária que associa quase que de maneira obsessiva a identidade de gênero à genitália compulsoriamente.

O que parece ser o ponto fulcral do que aqui se traz é a falta de compreensão de boa parte dos magistrados de que o que a Lei Maria da Penha busca proteger não é o que revela a compleição física ou o que demonstram os documentos mas sim aquelas pessoas que performam socialmente um papel feminino, ao que se vincula perfeitamente a figura das mulheres trans e travestis. O que essencialmente torna as mulheres vulneráveis, e, portanto, destinatárias de uma proteção especial do Estado, não é o fato de ter uma compleição física composta de vagina ou seios, que ordinariamente estão cobertos pelas vestimentas mas sim o fato de serem historicamente subjugadas pela lógica patriarcal de que seriam mais frágeis por se expressarem socialmente como inseridas no gênero feminino.

A leitura do texto da LMP deixa tal compreensão suficientemente patente ao afirmar no art. 5º que a violência doméstica e familiar de que ela trata é aquela praticada baseada no gênero, ou seja, pelo fato de performar socialmente uma expressão feminina.

A transexualidade não deve (e nem pode) ser reduzida à realização ou não de cirurgia de redesignação como o fator central para que se defina o “ser mulher” na identidade de uma pessoa, já que há muito foi superada a ideia de que transgêneros precisam necessariamente realizar intervenções cirúrgicas modificadoras para serem reconhecidos como tal, já que estamos diante de questão de fundo eminentemente identitário e não físico ou patológico.

A natureza de doença outrora atribuída à transexualidade há de permanecer no passado, sendo rechaçando o emprego da expressão “transexualismo” com o sufixo “ismo” de doença, especialmente ante ao posicionamento trazido na edição de número 11 do Código Internacional de Doenças (CID-11) que passa a entender a condição vivenciada pelos transexuais como uma incongruência de gênero, que seria caracterizada ante uma contínua e profunda incompatibilidade entre o sexo atribuído e o vivenciado pelo sujeito, mas não mais se insere como uma doença (CUNHA, 2018, p. 30).

O afastamento da antiga percepção de que a condição das pessoas trans se vincula obrigatoriamente a uma questão física e cirúrgica está patente e hoje já se mostra consolidado nos tribunais superiores (STJ - REsp. 1.626.739 e STF - ADI 4275), ser despidendo para se conseguir a alteração de nome e sexo/gênero nos documentos que o requerente transgênero apresente qualquer laudo médico ou que tenha passado por processo transgenitalizador para ter seu pleito atendido.

Em “A diferença que faz a diferença”, Berenice Bento (apud Lopes e Leite, 2019) publica parte de sua pesquisa de doutoramento, na qual relata a experiência com Bea (um nome fictício), uma das mulheres trans entrevistadas por ela:

Para Bea, o pênis faz parte do seu corpo e não reivindica a cirurgia, pois uma vagina não mudará seu sentimento de gênero, “não passará de um buraco”. Para ela, é o seu sentimento que importa, sendo o órgão totalmente secundário. [...] Histórias como as de Bea, que reivindica o direito à identidade de gênero feminina, desvinculando-a da cirurgia, nos põem diante da pluralidade de configurações internas à experiência transexual (BENTO, 2009, p. 102).

Não se olvide ainda que a concepção binária de sexo que norteia alguns magistrados que se mostram refratários à aplicação da Lei Maria da Pena a mulheres trans e travestis apresenta ainda um outro equívoco técnico pois aparentemente se fia apenas na informação que consta dos documentos de identificação da pessoa (o conhecido sexo jurídico), ignorando solenemente outros corpos que não se enquadram no binarismo morfológico que dá sustentação à indicação de sexo, como no caso de pessoas intersexo.

Considerando que em algumas circunstâncias o intersexo apresenta uma compleição física que impediria, segundo os parâmetros clássico, sua indicação como homem ou mulher, fica evidente que as características físicas dessa pessoa seriam relegadas e prevaleceria a sua expressão quanto a sexualidade, mormente agora com o posicionamento do CNJ (Provimento 122 de agosto de 2021) no sentido de que os registradores deverão fazer constar na Certidão de Nascimento da pessoa a expressão “ignorado” quando essa for a indicação da Declaração de Nascido Vivo.

Dessa forma fica mais do que evidente que se faz teratológica qualquer decisão que prive uma mulher trans ou travesti dos mecanismos protetivos insculpidos na Lei Maria da Penha vez que é inquestionável que o escopo da norma é proteger contra a violência de gênero, o que há de ser entendido como a expressão social da sexualidade daquela pessoa, e não a sua compleição física.

5 A LEI MARIA DA PENHA EM CONCOMITÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA COMO INSTRUMENTOS GARANTIDORES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todos os seres humanos são dotados de liberdade e inerentemente à sua condição, possuem dignidade e direitos universais indivisíveis e indisponíveis. A partir dessa perspectiva, inicia-se a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento no qual se considera a orientação sexual e a identidade de gênero como primordiais à humanidade da pessoa. Assim como outros documentos internacionais focam na questão específica da mulher, esses princípios versam sobre garantias de igualdade com base na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais.

Os Princípios de Yogyakarta trazem a previsão de garantia de um agrupamento de direitos considerando indispensáveis e um efetivo entendimento acerca da abrangência da legislação internacional de direitos humanos, bem como seu efeito quanto às questões envolvendo identidade de gênero e orientação sexual. Houve um estudo crítico sobre a forma com a qual os Estados vinham atuando internamente de maneira a se chegar ao que se denominou de Princípios de Yogyakarta (2006).

Após 10 anos dos Princípios, em Geneva, surgem os princípios adicionais de Yogyakarta, como mais dez princípios e obrigações dos Estados na aplicação do direito internacional dos direitos humanos em relação a orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais, como complemento ao primeiro documento.

Considerando que o Brasil fez parte da primeira conferência dos princípios, atualmente não se tem observado algumas questões primordiais no que tange à obrigação que o Estado tem de proteger as pessoas independente da identidade de gênero ou de quaisquer outros caracteres pessoais. O Princípio 30 merece destaque quando destaca a necessidade de proteção do Estado, assevera que os Estados devem tomar medidas efetivas para erradicar toda forma de violência e discriminação, compilar estatísticas e pesquisas sobre a violência e suas causas, assim como garantir que o judiciário possua treinamento adequado para lidar com demandas que envolvam os grupos sociais abrangidos pelos Princípios.

Na América do Sul, somente a Argentina, em maio de 2012, teve o Projeto de Lei da identidade de gênero aprovado por 55 votos no Senado do país. A lei em questão adota os Princípios de Yogyakarta como base de garantia de direitos fundamentais na questão de gênero e orientação sexual, principalmente as questões concernentes à população transexual.

Destaque para o fato de que a lei sempre deixa claro que todos os direitos garantidos em seu texto dependem desse entendimento da identidade de gênero como auto percebida, sendo esta uma expressão diversas vezes citada no texto, que está totalmente de acordo com os Princípios de Yogyakarta. O Brasil, apesar de ter estado presente na conferência de Yogyakarta, ainda não efetivou legislação nesse sentido.

Tendo vista as dificuldades enfrentadas pela população LGBTI, em 2013 surgiu o Projeto de Lei 5002/13, batizado de PL João Nery, pois o nome pertence ao primeiro transexual operado no Brasil o qual, para ter seus documentos compatíveis com seu gênero auto-percebido, precisou tirar novos documentos com nome e sexo masculinos, abrindo mão de seus estudos e profissão, visto que toda a sua vida profissional e acadêmica fora adquirida enquanto possuía documentos femininos.

O PL 5002/13 teve como pilar a Lei de Identidade de gênero argentina, de modo que consequentemente se encaixa nos padrões internacionais de direitos estabelecidos pelos Princípios de Yogyakarta. O Projeto foi criado pelo deputado federal do Rio de Janeiro Jean Wyllys em parceria com a também deputada Érika Kokay, com o objetivo de garantir a efetivação de direitos básicos em relação principalmente à identidade de gênero.

Tal como a lei argentina, o PL traz de forma detalhada, o que já vem subentendido tanto nos Tratados de Direitos Humanos como na Constituição Federal de 1988, os direitos de igualdade pressupõem essa condição a todos independente do que os diferencia em aparência, crença, sexo, orientação sexual e afins. Porém, devido a uma forte onda de conservadorismo nos poderes e de uma falsa concepção de “ideologia de gênero”, o projeto de lei não passou.

A Lei Maria da Penha claramente poderia ser um instrumento garantidor de direitos para travestis e mulheres trans, no entanto como a lei trata da categoria geral mulheres, ao invés de beneficiar, isso gera um problema de interpretação no momento do boletim de ocorrência e/ou no momento do juiz deferir ou não as medidas protetivas de urgência.

Acontece que, mais uma vez ressalta-se que a identidade de cada indivíduo não pode ser passível de interpretações, mas ser auto declarada. Nesse sentido, a deputada Jandira Feghali propôs o Projeto de Lei (PL) 8032/14 com o objetivo de ampliar o rol de indivíduos protegidos pela LMP, estendendo a proteção para as pessoas transexuais e transgêneros “que se identificam como mulheres”, alterando a letra da Lei.

Ainda assim, algumas questões relacionadas às justificativas anexadas à proposição desse projeto de lei carregam problemas ao reforçar estereótipos combatidos ao longo dos anos pelos movimentos da causa trans e pesquisadores da área, como por exemplo o requisito da cirurgia de redesignação para validar uma identidade como pessoa trans “de fato”. Por outro lado, mais recente é o PL 191/2017, proposto pelo senador Jorge Viana, que tem o intuito de ampliar a proteção da Lei Maria da Penha e estender a toda mulher independentemente da identidade de gênero.

Art. 1º O art. 2º da Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

O texto encontra-se pronto para deliberação do plenário desde 2019 e justifica seu entendimento de que a LMP deve “proteger não apenas as mulheres nascidas com o sexo feminino, mas também as pessoas que se identificam como sendo do gênero feminino, como é o caso de transexuais e transgêneros.”

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal tem como característica principal ser humanística em seu texto, portadora de uma série artificios e perspectivas as quais tendem a conceder proteção à essência da humanidade dos indivíduos. Da mesma forma, mecanismos de proteção como a Lei Maria da Penha e Princípios de Yogyakarta tratam de questões sensíveis socialmente, no entanto, na prática isso não quer dizer que haja gozo da sua efetividade plena, bem como não tem garantido expressão de uma real atenção por parte da sociedade em geral.

A Lei Maria da Penha configura um enorme avanço para a seara dos direitos das mulheres, note-se, das mulheres no plural, considerando que a categoria mulheres não se restringe apenas a indivíduos de genitália “fêmea” na concepção binária, heterossexual, branca e de classe média e classe alta. É necessário que o Estado seja capaz de enxergar de fato quem são essas mulheres plurais, trans, travestis, indígenas, pretas, periféricas ou não, meninas, pessoas com deficiência e tantas outras categorias dentro de uma categoria.

Mais que isso, a própria sociedade, feita para encaixar tudo nos parâmetros do “homem médio”, precisa enxergar à frente da própria caixa e perceber que para além dos deveres perante o Estado, o direito de não sofrer violência e de ter uma vida digna pertence a toda e qualquer

categoria humana, porque o que há em comum a toda pluralidade é justamente o fator humanidade, o qual tem sido a chave para as desigualdades que rondam as sociedades mundiais.

O que se atesta é que no que tange ao gênero e sexualidade, instituiu-se uma norma social tão fortemente capaz de consolidar uma ideia de normalidade, a qual alimenta uma estrutura discriminatória dominante, capaz de privar parcelas da população consideradas “minorias” de seus direitos mais básicos, como o reconhecimento pleno de seus direitos fundamentais, a exemplo dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana intrínsecos a todo indivíduo.

Resta evidente e claro que o Estado não tem cumprido com seu papel garantidor e que, para tanto, poderia considerar todas as mulheres enquanto mulheres de fato, sem se preocupar com o que não lhe cabe, que é o que cada um carrega em si enquanto dispositivo de sexualidade, identidade de gênero e outras particularidades da vida privada. Deve o Estado atentar mais às pautas que encaminham as leis para uma direção humanitária de fato, de forma que isso se reflita na realidade social, para que assim a sociedade reflita siga pelo mesmo curso. Uniformizar o entendimento plural sobre mulheres na Lei Maria da Penha seria um adequado começo.

7 REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 191/2017, de 2017. **Projeto de Lei do Senado Nº 191, de 2017**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5339539&ts=1630421051459&disposition=inline>. Acesso em: 20 set. 2021.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **Dossiê da ANTRA dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. São Paulo: Expressão Popular, 2021. Disponível em: <https://antrabrasil.org/assassinatos/>. Acesso em: 14 set. 2021.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero – Feminismo e subversão da identidade**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático**. 2017. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/778/248>. Acesso em: 15 set. 2021.

COSSI, Rafael Kalaf. Transexualismo, psicanálise e gênero. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. 2010.

COUTINHO, Adriana Madeira. **O que a pandemia nos mostrou mas nós já sabíamos**. 2020. Disponível em: <http://revistazcultural.pacc.ufrj.br/wp-content/uploads/2020/10/O-QUE-A-PANDEMIA-NOS-MOSTROU-MAS-N%C3%93S-J%C3%81-SAB%C3%8DAMOS%E2%80%93-Revista-Z-Cultural.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa. Revista dos Tribunais 962 p. 37-52, 2015.

_____. A atual situação jurídica dos transgêneros no Brasil. Interfaces Científicas, v.7, n.3, 2019.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. RIOS, Vinícius Custódio. Mercado transgênero e a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva do capitalismo humanista, Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 972, p. 165-184, out. 2016.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

LOPES, Saskya Miranda. PROTEÇÃO PARA QUEM? LEI MARIA DA PENHA E AS MULHERES TRANS. In: PEREIRA, Denise (org.). **Sexualidade e Relações de Gênero**. Ponta Grossa: Atena Editora, 2019. Cap. 3. p. 26-33. Disponível em: https://www.academia.edu/40149481/Prote%C3%A7%C3%A3o_para_Quem_Lei_Maria_da_Penha_e_as_Mulheres_Trans_In_Sexualidade_e_Rela%C3%A7%C3%B5es_de_G%C3%A1nero_. Acesso em: 18 set. 2021.

PÚBLICA, Fórum Brasileiro de Segurança (org.). **Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: http://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19/. Acesso em: 25 abr. 2021.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. 1ª ed. São Paulo: Autêntica, 2013.

SPARGO, Tamsin. **Foucault e a teoria queer: seguido de Ágape e êxtase: orientações pós-seculares**. 1.ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.