

Viana: LGBTQI como sujeito passivo da Lei Maria da Penha

De acordo com a Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006 — popularmente conhecida como Lei Maria da Penha —, mais precisamente em seu artigo 5º: "*configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*" (BRASIL, 2006, grifa da autora).



Ainda, reza o parágrafo único deste mesmo artigo que as relações pessoais ali enunciadas **independem de orientação sexual** [\[1\]](#).

Disso, e, no sentido literal, podem-se retirar algumas conclusões: a) de que a legislação se destina ao "gênero feminino"; e b) de que sobre o "gênero feminino" independe a orientação sexual.

Ocorre que, por ser a sexualidade humana um tema de tamanha complexidade científica, são distintos os termos e acepções aplicáveis a cada caso. Por exemplo, a palavra "gênero", como popularmente é referida, de fato interage com as categorias binárias do sexo biológico (definido pela genitália e cromossomos), mas não se determina somente por elas. Além de, na sua determinação, ser influenciável por inúmeras interações de tempo, sociabilidade, possibilidades e instintos, como bem explorado pelo autor J. Richard Udry em seu artigo "*The Nature of Gender*" [\[2\]](#). O gênero também possui distintas acepções a depender do contexto em que é empregado, podendo ser feita referência a um papel sexual ou social, de onde surge também a expressão identidade de gênero.

Essa pode ser compreendida como a autoidentificação do indivíduo acerca de sua sexualidade, sendo possível que ele se reconheça como homem, como mulher, com mais de um destes gêneros ou mesmo com nenhum deles, em maior ou menor grau.

A identidade de gênero distingue-se da orientação sexual a que a lei faz referência, pois esta última — contextualizadamente — diz respeito unicamente ao objeto sobre o qual recai a atração da vítima, em outras palavras, à direção em que se orienta a sexualidade do sujeito, seja ele homossexual (atração pelo mesmo "gênero"), bissexual (atração por ambos os "gêneros") ou heterossexual (atração pelo "gênero" oposto).

Esclarecidas essas questões terminológicas, torna-se possível abordar o tema da extensão ou limite interpretativo da Lei Maria da Penha, tanto como tributo aos constitucionais princípios da igualdade e legalidade, quanto à não ilegal, mas, sim, adequada — e recomendada em diversos casos, para a adequação do Direito ao desenvolvimento social — interpretação hermenêutica da norma.

Conforme previamente mencionado, a Lei nº 11.340 faz expressa menção ao termo "gênero", cientificamente não mais caracterizado como uma expressão delimitadora referente estritamente ao sexo biológico — razão de ser, inclusive, das variações terminológicas.

Mas, ainda assim, sejamos muito pessimistas na análise e consideremos uma posição interpretativa literal conservadora, em que a expressão "gênero", utilizada, faça referência somente ao sexo e não ao conjunto de fatores envoltos à sexualidade do indivíduo.

Esse raciocínio hipotético, somado à expressa disposição acerca da independência da orientação sexual, nos leva a mais algumas conclusões: a) é resguardada a vítima do sexo feminino que se relacione com o agressor do sexo biológico masculino; b) é resguardada a vítima do sexo feminino que se relacione com uma agressora do sexo feminino; e c) é resguardada a vítima do sexo feminino que se relacione com um(a) agressor(a) transexual.

Para além disso, obrigatória é a consideração de duas mais hipóteses inclusivas e de adequação de jurisprudência pacífica, em que: d) será resguardada a vítima do sexo feminino, independentemente do agressor, desde que tenha adquirido esta condição através de cirurgia de transgenitalização — usualmente acompanhada de tratamento hormonal —, conforme "STJ. 4ª Turma. REsp 737.993/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10/11/2009", que permite essa alteração de gênero, e; e) será resguardada a vítima do sexo feminino, independentemente do agressor, desde que tenha optado civilmente por este "gênero", independentemente também de cirurgia de transgenitalização, conforme "STJ. 4ª Turma. REsp 1.626.739-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9/5/2017 (Info 608)".

Sobre essas duas últimas hipóteses apresentadas, e antecipando-se uma eventual polêmica acerca do sexo biológico "originário", mister é a reafirmação de que, por mera conveniência e critério argumentativo, foi utilizado o sexo como referência, sendo a letra fria da lei remetida ao "gênero", pura e simplesmente, que, se respeitada, coaduna em sua literalidade com as orientações jurisprudenciais permissivas. Em outras palavras, negar-se o reconhecimento do direito em razão do sexo "originário", significaria contradizer a legalidade estrita.

Assim, o que se percebe por critério lógico é que, no panorama atual, compatibilizados o desenvolvimento social e científico acerca da sexualidade humana, com as decisões jurisprudenciais "recentes" sobre o tema e sua relação com os direitos humanos, as únicas hipóteses ainda não abrangidas pela lei são a do casal homoafetivo de sexo masculino ou a do casal heterossexual cuja vítima seja do sexo masculino.

Sobre esta última hipótese não pretendemos nos delongar — embora seja discutível — por diversos motivos de ordem prática, como, por exemplo, a problemática cultural do homem como agressor e a desnecessidade de edição de matéria legislativa para casos isolados, enquanto vigente o Código Penal.

Pois bem, conforme mencionado e pelos mesmos critérios culturais e estatísticos, pode-se encontrar certa razão na afirmação de que o homem tende a não ser considerado como vulnerável — à violência, em razão da presumida vantagem de capacidade física — numa relação heterossexual. Entretanto, o mesmo não se pode dizer ou presumir sobre uma relação homossexual entre dois homens. A um porque obviamente um deles pode ter vindo a adquirir essa condição do sexo masculino e naturalmente ter menos força física — ainda que por um período determinado de tempo, a depender de diversos fatores, como por exemplo o tratamento hormonal —, e, a dois, porque não necessariamente todos os homens possuem a mesma condição física, especialmente se levarmos em consideração alguns traços de feminilidade — presentes em alguns —, muitas vezes manifestados já desde a infância, impedindo o desenvolvimento desta característica [3].

Mas, superadas todas as problematizações desses estereótipos que ferem a alma, existe uma consideração menos factual e mais ontológica que aqui se faz necessária: a finalidade da lei se revela em coibir as práticas abusivas e violentas em situações de vulnerabilidade no âmbito dos relacionamentos (em seu sentido amplo).

É apenas parte disso que, no dia a dia, e, até os dias de hoje, o polo vulnerável tenha sido mais comumente habitado por mulheres, diga-se do sexo biológico feminino. O que faz parecer totalmente inadequado, e mesmo discriminatório, que essa finalidade de proteção se esvaia em distintos contextos, em pleno século 21, quando as relações humanas não mais se limitam — reconhecidamente — à heterossexualidade.

Seria como negar a existência do problema do abuso em relações homoafetivas — o que é absurdo por si só — ou admitir que a lei somente se aplica a mulheres do sexo biológico feminino, o que é evidentemente discriminatório e fere a igualdade constitucional (artigo 5º, XXXVI da Carta Magna).

Assim, por preceitos constitucionais, mas ainda pautadamente na ciência hermenêutica, quando da interpretação da *mens legis* e da *mens legislatoris* pelo operador do Direito, cabe aqui uma reflexão:

"Toda lei, já advertia Maximiliano, é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições". (MAXIMILIANO, Carlos, 2006, p. 8).

E fica a advertência para o leitor: se respeitado fosse o Estado democrático de Direito, mas, principalmente, se fossemos um país livre de preconceitos arcaicos, este forçoso texto de análise lógica e legalista não deveria durar um parágrafo.

Referência bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 25 de Agosto de 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

UDRY, J. Richard. The Nature of Gender. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2061790?seq=1>>. Acesso em: 23 de Agosto de 2020.

[1] Grifo nosso.

[2] UDRY, J. Richard. The Nature of Gender. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2061790?seq=1>>. Acesso em: 23 de Agosto de 2020.

[3] Neste ponto, convém ressaltar que, embora utilizada como argumento a questão da vulnerabilidade em relação à força física, essa não é assim definida, trata-se de aspecto individual, subjetivo, por vezes relacionado a condições psicológicas da vítima.

Date Created

19/09/2020