

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS  
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

ANDRÉ BORTOLON GONÇALVES

**IDENTIDADE TRANSEXUAL E MEDIDAS PROTETIVAS DE GÊNERO À LUZ DA  
LEI MARIA DA PENHA: DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL COMO INTEGRIDADE**

VITÓRIA  
2022

ANDRÉ BORTOLON GONÇALVES

**IDENTIDADE TRANSEXUAL E MEDIDAS PROTETIVAS DE GÊNERO À LUZ DA  
LEI MARIA DA PENHA: DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL COMO INTEGRIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção de grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai.

VITÓRIA

2022

ANDRÉ BORTOLON GONÇALVES

**IDENTIDADE TRANSEXUAL E MEDIDAS PROTETIVAS DE GÊNERO À LUZ DA  
LEI MARIA DA PENHA: DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL COMO INTEGRIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção de grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais.

Aprovada em 16 de dezembro de 2022.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientador

---

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus  
Universidade Estadual do Maranhão

## AGRADECIMENTOS

O caminho do pesquisador é longo e tortuoso, repleto de dificuldades e obstáculos. Foram inúmeros os desafios superados ao longo desses 02 anos para que se chegasse até a este momento, em que posso expor um breve resumo da culminação dos estudos realizados nesta dissertação.

Embora a confecção técnica da dissertação seja um trabalho individual, impossível não apresentar os que, durante todo o caminho trilhado, estiveram ao meu lado quando precisei.

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família. Meus pais, pela amorosa e sempre presente criação, por sempre apoiarem meus projetos e acreditarem em mim até mesmo quando eu mesmo não acreditava. Vocês nunca mediram esforços em prol do meu sucesso. Sem o apoio incondicional de vocês nada disso seria possível. À minha irmã, por ser uma grande amiga e ser uma de minhas inspirações acadêmicas. Ao restante da família, meu muito obrigado por todo o amor e carinho que sempre me deram.

Agradeço em seguida, à minha esposa Mayara, a vida é muito mais prazerosa sendo compartilhada com você. Todas as vezes em que duvidei de mim mesmo (e foram muitas), você estava lá para levantar meu espírito e me colocar de volta no caminho. Saiba que você é uma das razões do meu sucesso.

Ao meu querido orientador, professor Doutor Cássius Guimarães Chai, agradeço por ter sido plenamente acolhido desde o momento em que cursei sua disciplina e tive certeza de que o queria como meu orientador. Agradeço por estar sempre presente, sempre ajudando, sempre incentivando a publicarmos. A sua luz brilha forte e inspira a todos para quem leciona.

Ao meu querido chefe e Promotor de Justiça, Dr. Luciano Rocha de Oliveira, agradeço por ter confiado em meu trabalho e me concedido a maravilhosa oportunidade de trabalhar ao seu lado, na instituição pública que mais admiro na justiça brasileira. Ter uma pessoa justa, humana e sensata como o senhor, como mentor profissional, é um

grande privilégio. Agradeço também a todos os amigos que fiz na Promotoria de Justiça de Aracruz e, principalmente, à minha querida equipe da 5ª Promotoria de Justiça: Tamiris e Pedro. Vocês são demais e tenho certeza de que irão longe em suas carreiras profissionais.

Aos membros do Programa de Mestrado da FDV, agradeço pelo suporte, principalmente à Professora Doutora Elda, por ser acessível e compreensível quando mais precisei. Seus ensinamentos foram imprescindíveis para minha formação.

Aos membros da banca examinadora, agradeço pela disponibilidade e pelo interesse neste trabalho acadêmico.

There is a natural order to this world, and those who try to upend it do not fare well. This movement will never survive; if you join them, you and your entire family will be shunned. At best, you will exist as a pariah to be spat at and beaten, at worst, to be lynched or crucified. And for what? For what? No matter what you do, it will never amount to anything more than a single drop in a limitless ocean – Haskel Moore

What is an ocean but a multitude of drops?  
– Adam Ewing

(David Mitchell, *Cloud Atlas*, 2004)

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se é possível deduzir do julgamento do Recurso Especial 1977124 a existência de direitos preexistentes decorrentes da igualdade e da integridade conforme Ronald Dworkin que justifiquem a aplicação de medidas protetivas para mulheres transexuais. A teoria do direito como integridade e a analogia do romance em cadeia levam à superação do conceito meramente biológico de homem e mulher, norteando um entendimento de construção social de gênero a ser reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro? A dissertação se divide em cinco capítulos – sendo o primeiro e o último – introdução e considerações finais, respectivamente. O segundo capítulo apresenta a realidade empírica da violência doméstica na sociedade brasileira, bem como adentra em uma análise sobre o tema do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o caso Maria da Penha vs. Brasil, que culmina na Lei 11.340/06, que é analisada, além de se apresentar instauração das medidas protetivas de urgência. O terceiro capítulo traz a teoria do direito de Ronald Dworkin, trilhando um percurso bibliográfico das obras do autor, apresenta seu sistema integrativo da moral, da ética e da dignidade humana, bem como apresenta a ideia do autor de igualdade, culminando-se, assim, na exposição da concepção de direito como integridade e como uma prática construtiva social interpretativa. O quarto capítulo realiza uma exposição acerca de gênero como uma construção social em contraposição a uma realidade meramente biológica. Após, realiza-se um levantamento jurisprudencial das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro acerca dos direitos de mulheres transexuais, para se identificar o progresso moral das mesmas pelos juízes pátrios. Por fim, faz-se uma análise do julgamento recurso especial 1977124 sob a perspectiva do direito como integridade de Ronald Dworkin, levando-se em conta o progresso e a mudança do panorama jurídico brasileiro que culmina em tal decisão. Ao final, sugere-se que a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin e o sistema integrativo de moral e da ética, propostos pelo autor, explicam a realidade do progresso moral do ordenamento jurídico brasileiro, que, por sua vez, vem se tornando lentamente mais inclusivo e culminou nesta primeira decisão das Cortes Superiores sobre o tema.

**Palavras-chave:** Maria da Penha; medidas protetivas de urgência; transgênero; direito como integridade; igualdade.

## ABSTRACT

The present work aims to research whether it is possible to deduce from the judgment of Special Appeal 1977124 the existence of pre-existing rights arising from equality and integrity according to Ronald Dworkin that justify the application of protective measures for transgender women. Does the theory of law as integrity and the analogy of the chain novel lead to overcoming the merely biological concept of man and woman, guiding an understanding of the social construction of gender to be recognized by the Brazilian legal system? The dissertation is divided into five chapters, the first and last one, being introduction and final considerations, respectively. The second chapter presents the empirical reality of domestic violence in Brazilian society, as well as an analysis of the theme of the Inter-American System of Human Rights, and the case of *Maria da Penha v. Brazil*, which culminates in Law 11.340/06, which will be analyzed, in addition to the establishment of urgent protective measures to the detriment of aggressors of domestic violence. The third chapter presents Ronald Dworkin's theory of law, tracing a bibliographic route of the author's works, presenting his integrative system of morals, ethics and human dignity, as well as presenting the author's idea of equality, culminating in the exposition of the conception of law as integrity, and an interpretive social constructive practice. The fourth chapter makes a brief exposition about gender as a social construction as opposed to a merely biological reality. Afterwards, a jurisprudential survey of judicial decisions in the Brazilian legal system about the rights of transexual women will be carried out, in order to identify their moral progress by national judges. Finally, an analysis of the special appeal judgment 1977124 will be carried out from the perspective of Ronald Dworkin's law as integrity, taking into account the progress and change in the Brazilian legal landscape that culminates in such a decision. In the end, it is suggested that Ronald Dworkin's theory of law as integrity and the integrative system of morals and ethics proposed by the author explain the reality of the moral progress of the Brazilian legal system, which in turn has slowly become more inclusive, and that culminates in this first decision of the Superior Courts on the subject.

**Keywords:** Maria da Penha; emergency protective measures; transgender; law as integrity; equality.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Número e taxas (por 100 mil) de homicídio de mulheres no Brasil de 1980 a 2013 .....	22
Figura 2 – Evolução das taxas de homicídio de mulheres (por 100 mil) no Brasil de 1980 a 2013 .....	23
Figura 3 – Processos de violência doméstica com decisão de medidas protetivas de urgência .....	47
Figura 4 – Análise pormenorizada das medidas protetivas de urgência entre 2017-2020 .....	48
Figura 5 – Quantidade de medidas protetivas, por desfecho da decisão .....	49
Figura 6 – Número de processos com decisão, por ano e por distinção de cautelar e incidental .....	50



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil

Assexual

BNMPU – Banco Nacional de Medidas Protetivas de Urgência

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

FDV – Faculdade de Direito de Vitória

LGBTQIA+ – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer, Intersexo e

MI – Mandado de Injunção

MPU – Medida Protetiva de Urgência

ONU – Organização das Nações Unidas

RCPN – Registro Civil de Pessoas Naturais

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMA – Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

VS. – Versus

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2</b>	<b>ANÁLISE DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL: CONTEXTUALIZAÇÃO EMPÍRICA DOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – O CASO MARIA DA PENHA VS. BRASIL NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O POSTERIOR ADVENTO DA LEI Nº 11.343/2006</b> .....	17
2.1	ANÁLISE EMPÍRICA DO FENÔMENO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL E O SUBJACENTE PRECONCEITO DE GÊNERO EM SUA ACEPÇÃO ESTRUTURAL .....	18
2.2	O SISTEMA INTERAMERICANO E OS DIREITOS HUMANOS EM SUA ACEPÇÃO UNIVERSAL E REGIONAL PELA CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA .....	28
2.2.1	<b>O caso Maria da Penha vs. Brasil e a proteção insuficiente dos Direitos Humanos pelo estado brasileiro</b> .....	32
2.3	A LEI MARIA DA PENHA COMO DIPLOMA LEGISLATIVO E INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....	36
2.3.1	<b>As Medidas Protetivas de Urgência no âmbito da Lei 11.340/06</b> .....	43
<b>3</b>	<b>APONTAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA TEORIA INTEGRATIVA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN</b> .....	53
3.1	EXPOSIÇÃO DA CRÍTICA DE RONALD DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO E A CONSEQUENTE DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS .....	54
3.2	O SISTEMA INTEGRADO DA MORAL E A ÉTICA CONFORME RONALD DWORKIN .....	59
3.3	O CONCEITO DE IGUALDADE PARA RONALD DWORKIN .....	66
3.4	O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO E O DIREITO COMO INTEGRIDADE .....	69

<b>4</b>	<b>CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTRUÇÃO SOCIAL E JURÍDICA DOS PAPÉIS DE GÊNERO E O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1977124 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....</b>	<b>75</b>
4.1	CONSIDERAÇÕES ACERCA DO GÊNERO COMO UMA CONSTRUÇÃO SOCIAL .....	76
4.2	O PANORAMA JURÍDICO BRASILEIRO E OS DIREITOS DE PESSOAS TRANSEXUAIS CONFORME DWORKIN .....	82
4.3	O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1977124 COMO EXPRESSÃO DO SISTEMA ÉTICO-MORAL INTERPRETATIVO E DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN .....	90
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>104</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>107</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar é uma realidade social brasileira que advém de uma cultura centenária – que remonta aos tempos da escravidão e do colonialismo – de dominação masculina em face da mulher, que historicamente foi marginalizada da sociedade e subjugada em seu próprio lar.

Neste sentido, a violência doméstica tem como sua característica principal a violência de gênero. Isso quer dizer que existe um enorme desbalanço no contexto fático deste tipo de opressão: em sua grande maioria, a violência doméstica é praticada pelo homem, contra a mulher, por razões inerentes ao seu gênero. Tal desbalanço não pode ser explicado apenas pelo prisma biológico – ou seja, afirmar que a desproporção de mulheres vítimas de violência intrafamiliar em relação a homens pode ser explicada apenas pela diferença de força física entre ambos os gêneros – pois assim se valeria de uma explicação simplória de toda uma gama de fatores socioculturais que constroem uma teia de estereótipos, preconceitos e noções equivocadas sobre o papel da mulher na sociedade, que perpetuam essa violência.

Assim, denota-se que as questões de violência doméstica e familiar são muito mais ligadas a questões de gênero – uma construção cultural acerca de determinados papéis e expectativas sobre um ser humano de determinado sexo biológico – do que à biologia do sexo em si, haja vista que é a cultura que define, a cultura que modela, e a cultura que impõe.

Neste sentido, Simone de Beauvoir (1980), em sua clássica afirmação de que não se nasce mulher, mas se torna mulher, elucida justamente o papel histórico da cultura na socialização da mulher, que por sua vez tem impacto direto em sua própria formação como pessoa. Os papéis e expectativas acerca do gênero feminino são socialmente construídos, impostos e, conseqüentemente, naturalizados, como se fossem correspondentes à natureza feminina, quando, na verdade, são justamente o contrário.

A violência doméstica, portanto, é alicerçada no papel construído histórica e culturalmente na sociedade brasileira, no sentido de que a mulher é vista como

propriedade do homem, que a ele pertence. Conforme dados levantados (2015, 2020, 2021), inúmeros casos de violência de gênero são perpetrados por familiares próximos e companheiros, ou ex-companheiros das vítimas. Isso reforça o sentido de que, na cultura brasileira, de modo geral, ainda perdura essa inexistência de dissociação entre a mulher e propriedade: o parceiro amoroso, principalmente no momento do término de relacionamento, não vê a mulher apenas como seu par romântico, mas como um objeto que lhe pertence.

O caso *Maria da Penha vs. Brasil*, levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por razão da negligência da justiça brasileira para com Maria da Penha Maia Fernandes, foi um caso emblemático que versou sobre violência doméstica, que resultou em responsabilização internacional do Estado brasileiro, no sentido de que falhou em resguardar os direitos humanos da vítima de violência doméstica em face de seu agressor, que tentou ceifar sua vida por duas vezes e, somente mais de 15 anos da data dos fatos fora condenado por júri popular, tendo servido apenas 2 anos na prisão pelos seus horríveis atos.

A responsabilização internacional pela CIDH veio acompanhada de inúmeras sugestões para que o Estado brasileiro combatesse a violência doméstica, e o Brasil, por sua vez, adotou certas sugestões, culminando na Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, que é um diploma legislativo de resposta do direito penal à violência doméstica e familiar, mas também um verdadeiro instrumento de políticas públicas a serem implementadas pelo Estado neste mesmo combate, dado que a resposta penal não é o suficiente para a mudança de paradigma no que tange à violência contra a mulher.

A Lei Maria da Penha instituiu as Medidas Protetivas de Urgência, medidas estas que podem ser decretadas por um juiz de direito, de maneira cautelar, de modo a, sem burocracia, cessar imediatamente, pelo menos a primeiro momento, a violência cometida contra a mulher, decretando-se o imediato afastamento do agressor da vítima e impondo restrições para que ele não volte a se aproximar da mesma. As medidas protetivas de urgência são instrumentos importantíssimos para o combate à violência doméstica, e tal afirmação é corroborada pelo número de decisões relativas a medidas protetivas de urgência entre 2017 e 2020, conforme o Conselho Nacional

de Justiça: mais de 1 milhão de decisões acerca de medidas protetivas de urgência foram proferidas.

Neste sentido, uma outra análise necessária deve ser realizada acerca da cultura brasileira: o tratamento de transexuais no panorama sociológico brasileiro. E os dados são alarmantes. Conforme a ANTRA (2022) – Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil – o Brasil é o país que mais mata transexuais em todo o planeta. Além disso, dos homicídios praticados contra transexuais, a imensa maioria é cometida contra mulheres trans, reforçando ainda mais as imposições e opressões socioculturais brasileiras acerca do gênero feminino.

Ocorre que, fazendo-se uma análise interseccional (CHO; CRENSHAW; MCCALL, 2013) do problema da violência de gênero, percebe-se que a mulher trans sofre múltiplas opressões culturais, uma vez que sofre por ser mulher, haja vista que ao se reconhecer transexual perante a sociedade brasileira, assume todos os papéis e expectativas sociais inerentes ao gênero feminino; como também sofre por não ser socialmente reconhecida como mulher por diversos segmentos da sociedade – inclusive, em várias situações, o segmento do judiciário brasileiro.

É neste contexto, portanto, que se encontra o julgamento do Recurso Especial 1977124 pelo Superior Tribunal de Justiça, que representou a primeira decisão de uma Corte Superior brasileira em que foi concedido o direito à uma mulher transexual a requerer medidas protetivas de urgência em desfavor de seu agressor.

A interpretação anterior a essa decisão, acerca da palavra “gênero” (feminino) se intercomunicava com o sexo feminino, como se o gênero – construção social - mulher fosse única e exclusivamente ligado ao sexo biológico feminino. Somente cerca de 16 anos após a implementação da Lei Maria da Penha, sobreveio decisão de Corte Superior de Justiça brasileira, finalmente dissociando a tão enraizada noção cultural de que gênero e sexo são conceitos semelhantes, houve, portanto, uma interpretação sistemática do texto da Lei conforme os valores consagrados na Constituição, notadamente levando-se em consideração os princípios da igualdade e da dignidade humana.

Neste sentido, Ronald Dworkin foi um filósofo e jurista americano que inovou a teoria do direito com a sua forte crítica do positivismo jurídico, e a introdução do conceito de princípios que norteiam o processo decisório dos juízes, principalmente nos conhecidos “casos difíceis”, ou seja, casos concretos que não eram abarcados por nenhum item da legislação vigente ou caso anterior que poderia ajudar a solucioná-lo.

Dworkin não foi apenas um jurista, como também foi um filósofo moral, eis que seu sistema para o direito decorre de um sistema integrativo entre moral e ética. Para o autor, o direito é uma prática social construída interpretativamente (2012), de maneira que, assim, o direito se torna dinâmico e que constantemente se renova, em contrapartida, do engessado conjunto de leis positivistas cujo papel de interpretação dos juízes era apenas o de subsumir o fato à norma. Sua mais conhecida teoria acerca do direito é a de direito como integridade, que diz respeito à construção interpretativa do direito, nos termos aqui expostos.

Portanto, o problema de pesquisa levantado pelo presente trabalho justamente diz respeito se é possível deduzir do julgamento do Recurso Especial 1977124 a existência de direitos preexistentes decorrentes da igualdade e da integridade conforme Ronald Dworkin que justifiquem a aplicação de medidas protetivas para mulheres transexuais? A teoria do direito como integridade e a analogia do romance em cadeia proposta pelo autor levam à superação do conceito meramente biológico de homem e mulher, norteando um entendimento de construção social de gênero a ser reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Tal investigação será realizada conforme o objetivo geral de se examinar a evolução dos direitos de pessoas transexuais no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a decisão do julgamento acima citado, conforme o pensamento de Ronald Dworkin, seu sistema integrativo da moral e ética, sua teoria da igualdade e do direito como integridade, por meio dos objetivos específicos a serem exposto nos capítulos da presente dissertação.

No segundo capítulo, será realizado um levantamento contextual da violência doméstica de gênero no panorama brasileiro, levantando dados empíricos acerca

deste panorama, bem como discutindo o caso Maria da Penha vs. Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, além de tratar acerca da consequente implementação da Lei 11.340/06 e a instituição das medidas protetivas de urgência.

No terceiro capítulo, será realizado um levantamento bibliográfico acerca das obras do filósofo e jurista Ronald Dworkin para entender a completude de sua teoria jurídica, passando-se pela sua crítica ferrenha ao positivismo jurídico. Além disso, será apresentado o seu sistema integrativo da moral e da ética, a sua teoria da igualdade, a culminação de todo o seu sistema moral e jurídico e o direito como integridade.

No quarto capítulo, realizar-se-á um levantamento acerca da sociologia da identidade de gênero, além de mostrar como o tema vem sendo tratado no ordenamento jurídico brasileiro, para, após, realizar-se uma análise do julgamento do Resp 1977124, a partir do arcabouço teórico proposto por Ronald Dworkin, explorado no capítulo que lhe antecede.

Neste sentido, a escolha do tema se justifica justamente no intuito de se entender se a construção interpretativa proposta por Ronald Dworkin representa um progresso moral ocorrido na sociedade brasileira e tendo reflexo no poder Judiciário, que, por sua vez, construiu e reconstruiu interpretativamente a ideia de gênero feminino de forma a se desvencilhar de uma concepção puramente biológica. Assim, a partir de uma abordagem hipotético-dedutiva e conforme um estudo exploratório, bibliográfico e jurisprudencial, tem-se que os resultados esperados são de que a teoria de Ronald Dworkin elucida perfeitamente a construção interpretativa da aplicação dos valores consagrados na Constituição de maneira a interpretar a lei de forma sistemática e teleológica, garantindo tão importante direito às mulheres trans de resguardarem sua segurança em face de seus agressores.

Importante, ainda, ressaltar que o Poder Judiciário, conforme o progresso moral e a teoria do direito como integridade, assim como expostos pelo autor, não *concede* tal direito à mulher transexual, mas apenas *reconhece* aquilo que já existia e que deriva de sua dignidade humana.

## **2 ANÁLISE DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL: CONTEXTUALIZAÇÃO EMPÍRICA DOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – O CASO MARIA DA PENHA VS. BRASIL NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O POSTERIOR ADVENTO DA LEI Nº 11.343/2006**

A presente pesquisa tem como objetivo final entender como, por meio da teoria do direito como integridade proposta por Ronald Dworkin, o direito de proteção às mulheres conferido pela Lei nº 11.343/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, através da instituição de vários mecanismos de direito penal voltados ao resguardo da integridade da mulher, foi estendido a mulheres trans, assim entendidas – resumidamente falando, eis que tal assunto será tratado em um capítulo à parte – como mulheres que, embora não pertençam ao grupo de pessoas de característica biológica de pertencimento ao sexo (definição biológica) feminino, cultural e socialmente se identificam com o gênero feminino (acepção construtivista social), devendo ser, portanto, social e legalmente reconhecidas como tais.

Porém, é necessário, antes de se adentrar nos estudos sobre identidade de gênero, bem como sobre teoria jurídica de direito como integridade de Ronald Dworkin, realizar um resgate contextual e histórico do cenário brasileiro, cujas características ensejaram a instauração da Lei Maria da Penha, que surgiu com o intuito de instaurar novos mecanismos penais, bem como recrudescer os mecanismos existentes de direito penal para que atuem veementemente no âmbito da violência doméstica no Brasil.

Portanto, imprescindível realizar, neste capítulo, uma aferição empírico-social e histórica da violência de gênero no país, especialmente considerando-se o machismo estrutural que permeia suas relações sociais, culturais e, também, jurídicas. Desta forma, a primeira subseção deste capítulo tem como objetivo apresentar tais dados que deram ensejo ao reconhecimento de que o ordenamento jurídico brasileiro necessitava de uma resposta penal mais efetiva ao fenômeno da violência doméstica.

Após tal exposição, passa-se a estudar o emblemático caso de Maria da Penha vs. Brasil, que trata da pessoa de Maria da Penha Maia Fernandes, que, por sua vez, foi vítima de uma série de agressões sofridas durante seu casamento com Marco Antônio

Heredia Viveiros, que culminaram em não apenas uma, mas duas tentativas de homicídio contra sua pessoa.

A violência sofrida pela vítima não se manteve apenas no campo afetivo entre ela e seu marido, sendo repetida no âmbito judicial: mais de 15 anos depois da data da ocorrência dos fatos, a justiça brasileira – após a anulação de um júri, e uma condenação em outro júri subsequente – não havia chegado a uma condenação definitiva do acusado (PAIVA; HEEMAN, 2020). Assim, estudar-se-á tal caso concreto e a denúncia formulada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que por sua vez formulou recomendações que resultaram na criação da Lei Maria da Penha.

Finalmente, se realizará uma pesquisa acerca da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, e as suas atualizações, até a data de 2022, explicando-se, os mecanismos de recrudescimento penal contra a violência doméstica, bem como a instituição de verdadeira medida política pública de combate à violência doméstica.

## 2.1 ANÁLISE EMPÍRICA DO FENÔMENO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL E O SUBJACENTE PRECONCEITO DE GÊNERO EM SUA ACEPÇÃO ESTRUTURAL

Imperativo iniciar esta análise com o entendimento essencial à discussão de que o fenômeno da violência doméstica, ou seja, a violência cometida dentro do ambiente de relações familiares, é entendido, em sua grande parte, como sinônimo de violência de gênero, que, por sua vez, é aquela praticada por homens em face das mulheres, no sentido de que os gêneros dos envolvidos – homem e mulher – estão profundamente conectados à produção de tal violência. Ou seja, a violência é praticada pelo homem contra a mulher, pelas razões próprias à condição inerente do gênero feminino, intrinsecamente ligada à ideia de dominação e subjugação da mulher pelo homem (CASIQUE; FUREGATO, 2006), uma nefasta concepção que, historicamente, permeou a cultura brasileira em geral.

Assim, deve-se entender que a violência de gênero não possui raízes apenas nas diferenças biológicas entre homem e mulher, notadamente a diferença de massa

corporal, altura e força física entre ambos os sexos, que tornam o sexo feminino, em sua grande maioria, vulnerável em comparação ao sexo masculino. Tal pensamento seria de um imenso reducionismo intelectual e essencialismo biológico, que retira todas as nuances advindas do meio sociocultural que permeia as relações humanas.

Neste sentido, Ricardo Freitas (2020) aponta que as questões de violência de gênero apenas foram reconhecidas na política por razão do movimento feminista, especialmente a partir da década de 1970, tendo como base a ideia – irrefutável, conforme o autor – que as mulheres ocupam uma posição de subordinação para com os homens por conta de uma cultura patriarcal. Explica, assim, que o principal objetivo do movimento feminista é a emancipação das mulheres para que se libertem de uma sociedade guiada por imposições subordinadoras patriarcais, para que a própria sociedade seja reconstruída sob os alicerces da igualdade de gênero.

Inclusive, nesta mesma inteligência, o autor define o conceito de gênero, imprescindível para o posterior entendimento da presente pesquisa, notadamente no que diz respeito às mulheres transexuais:

O conceito de gênero não se confunde com o conceito de sexo. Este último é um conceito puramente biológico, pois diz respeito ao domínio da natureza e não da cultura. Enquanto o sexo se refere à condição biológica de macho ou fêmea (homem ou mulher na linguagem universalmente aceita), o gênero é uma construção social ou cultural. O conceito de gênero é particularmente importante para o movimento feminista porque é usado com a finalidade de demonstrar que a subordinação da mulher na sociedade contemporânea não tem fundamento biológico, mas explica-se por fatores de ordem sociocultural. Para as feministas isso significa que o atual status socioeconômico, político e cultura desfavorável da mulher pode perfeitamente ser modificado para melhorar sua condição, inclusive no que diz respeito às suas relações familiares, âmbito de sua existência no qual se produz a violência doméstica (FREITAS, 2020, p. 273-274).

Em 1993, a Organização das Nações Unidas, através de sua Assembleia Geral, adotou a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, que reconhece a preocupação de que a violência de gênero constitua um verdadeiro obstáculo à realização e obtenção da igualdade, bem como “do desenvolvimento da paz conforme reconhecido nas Estratégias de Futuro de Nairobi para o Progresso das Mulheres”. (ONU, 1993, p. 1)

Além disso, o dispositivo citado anteriormente, conceitua a violência de gênero em seu artigo 1º, com os seguintes dizeres:

Para os fins da presente Declaração, a expressão “violência contra as mulheres” significa qualquer acto de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais actos, a coacção ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada (ONU, 1993, p. 2).

Cumprе ressaltar que a expressão prevista no artigo supramencionado diz respeito ao gênero mulher, ou seja, em sua acepção sociocultural, em detrimento de uma ideia puramente biológica e reducionista de sexo feminino. Ao usar a palavra “gênero” em seu artigo, a ONU entende a mulher não apenas em sua acepção biológica, mas também como um sujeito de direitos cuja identidade está intrinsecamente ligada aos valores culturais e sociais que norteiam o tratamento do seu gênero nas sociedades.

Neste sentido, a Declaração continua, em seu artigo 2º, e aponta os diferentes tipos de violência de gênero, importantes para o entendimento da análise do presente trabalho:

A violência contra as mulheres abrange os seguintes atos, embora não se limite aos mesmos:

a) violência física, sexual e psicológica ocorrida no seio da família, incluindo os maus tratos, o abuso sexual das crianças do sexo feminino no lar, a violência relacionada com o dote, a violação conjugal, a mutilação genital feminina e outras práticas tradicionais nocivas para as mulheres, os atos de violência praticados por outros membros da família e a violência relacionada com a exploração;

b) violência física, sexual e psicológica praticada na comunidade em geral, incluindo a violação, o abuso sexual, o assédio e a intimidação sexuais no local de trabalho, nas instituições educativas e em outros locais, o tráfico de mulheres e a prostituição forçada;

c) violência física, sexual e psicológica praticada ou tolerada pelo Estado, onde quer que ocorra. (ONU, 1993, p. 2)

Tal artigo, portanto, elucida que a violência não ocorre apenas na esfera física, mas também em sua acepção sexual e psicológica, prejudicando o pleno desenvolvimento da mulher na sociedade.

No que diz respeito à violência física, a maior expressão de tal violência contra a mulher se manifesta por sua morte, causada por seu agressor. Importante ressaltar, nesta seara, a diferença entre femicídio e feminicídio. O femicídio é caracterizado pelo cometimento de um homicídio doloso, praticado contra uma mulher. Já o feminicídio, por sua vez, é um conceito sociojurídico, positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.104 de 2015, que adicionou ao Código Penal a qualificadora do homicídio prevista no artigo 121, §2º, VI, qual seja, praticar o homicídio contra a mulher por razões intrínsecas à condição do sexo feminino. Também incluído pela lei acima mencionada, foi o §2º-A do mesmo artigo, que considera que existem razões inerentes à condição do sexo feminino quando o crime envolver violência doméstica familiar ou situação de menosprezo e/ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015).

Nota-se que, no entanto, o legislador não se atentou às nuances sociológicas que norteiam o papel da identidade da mulher na sociedade, atentando-se a positivar tal norma apenas no que diz respeito ao sexo feminino, assim, fazendo menção à característica biológica da mulher, e não a sua condição histórica e cultural.

Sobre a inserção desta nova qualificadora do crime de homicídio, Chai et. al (2021) tecem uma reflexão provocante acerca da legislação que surgiu para proteger a mulher:

Uma prova de que a legislação protetiva às mulheres vítimas de violência doméstica ainda é insuficiente é que, mesmo após anos de sua plena vigência, um novo tipo penal foi inserido ao ordenamento jurídico brasileiro: o feminicídio, uma forma qualificada do homicídio, que ocorre quando há o assassinato de mulheres por questões relacionadas ao desprezo pelo gênero feminino ou no âmbito doméstico. Mais do que um aceno às ações afirmativas, é um demonstrativo de que ainda há um longo caminho a ser percorrido para garantir às brasileiras uma vida livre de violência, caminho este que deve observar as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com ênfase em prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil (CHAI et. al., 2021, p. 48-49).

No que tange ao feminicídio, um dos maiores estudos realizados em escala nacional referente a esta modalidade de violência de gênero, o Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil (WAISELFISZ, 2015) elucida que o Brasil, à data da

pesquisa, figurou na quinta posição, em um ranking de 83 países com os maiores índices de homicídios perpetrados contra mulheres.

Os números são absolutamente alarmantes: conforme o autor (2015), entre o período de 1980 e 2013, foram mortas um total de 106.093 mulheres, sendo estas, vítimas de homicídio. O número, surpreendentemente, em 1980, era de 1.353 mulheres vítimas de homicídio e passou para 4.762 em 2013, um aumento correspondente à taxa de 252%, que definitivamente não pode ser explicado apenas pelo crescimento populacional. Quanto a isso, Waiselfisz (2015, p. 11), declara que “A taxa, que em 1980 era de 2,3 vítimas por 100 mil pessoas, passa para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%”.

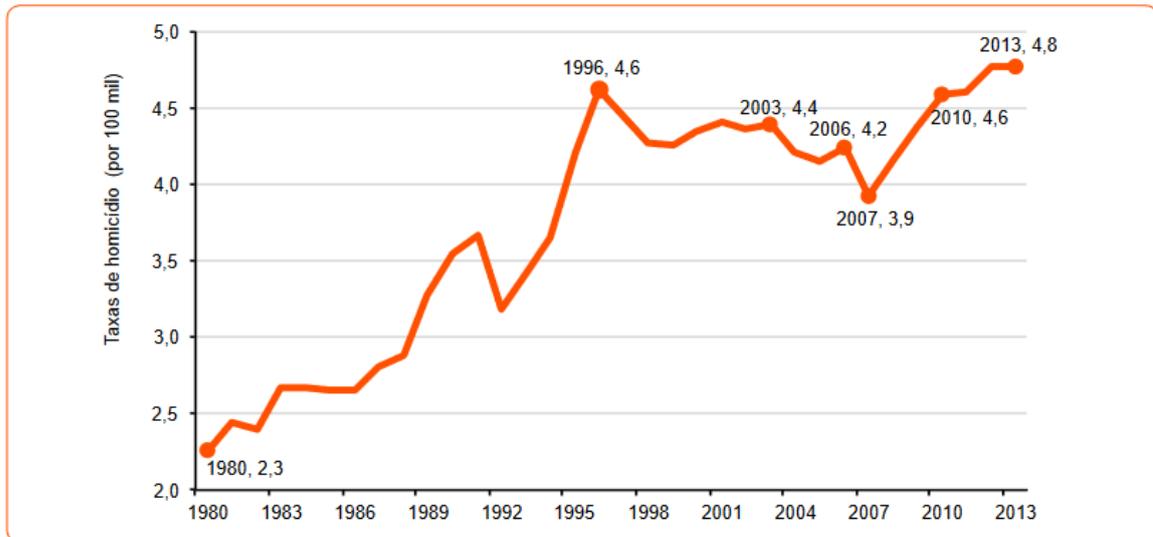
Neste sentido, atenta-se para a tabela e para o gráfico a seguir, representando detalhadamente tal realidade:

Figura 1 – Número e taxas (por 100 mil) de homicídio de mulheres no Brasil de 1980 a 2013

Ano	n.	Taxas
1980	1.353	2,3
1981	1.487	2,4
1982	1.497	2,4
1983	1.700	2,7
1984	1.736	2,7
1985	1.766	2,7
1986	1.799	2,7
1987	1.935	2,8
1988	2.025	2,9
1989	2.344	3,3
1990	2.585	3,5
1991	2.727	3,7
1992	2.399	3,2
1993	2.622	3,4
1994	2.838	3,6
1995	3.325	4,2
1996	3.682	4,6
1997	3.587	4,4
1998	3.503	4,3
1999	3.536	4,3
2000	3.743	4,3
2001	3.851	4,4
2002	3.867	4,4
2003	3.937	4,4
2004	3.830	4,2
2005	3.884	4,2
2006	4.022	4,2
2007	3.772	3,9
2008	4.023	4,2
2009	4.260	4,4
2010	4.465	4,6
2011	4.512	4,6
2012	4.719	4,8
2013	4.762	4,8
1980/2013	106.093	
Δ% 1980/2006	197,3	87,7
Δ% 2006/2013	18,4	12,5
Δ% 1980/2013	252,0	111,1
Δ% aa. 1980/2006	7,6	2,5
Δ% aa. 2006/2013	2,6	1,7
Δ% aa. 1980/2013	7,6	2,3

Fonte: Mapa da Violência (WASELFISZ, 2015).

Figura 2 – Evolução das taxas de homicídio de mulheres (por 100 mil) no Brasil de 1980 a 2013



Fonte: Mapa da Violência (WAISELFISZ, 2015).

Conforme o estudo (WAISELFISZ, 2015), 27,1% dos homicídios contra a mulher ocorrem na residência da vítima, o que traz à tona a lamentável constatação de que o próprio lar da vítima se torna, por consequência, um lugar de alta periculosidade para a mulher. Nesta mesma seara, o estudo demonstra que, em 2013, dos 4.762 homicídios de mulheres que foram registrados, 50,3% foram perpetrados por familiares da vítima, considerando que, dentro desta estatística, 33,2% dos homicídios foram cometidos pelo próprio parceiro, ou ex-parceiro.

Os dados demonstram que a violência doméstica no país continua sendo expressa em números alarmantes. Conforme estudo levantado pelo IPEA, o Atlas da Violência de 2021 (CERQUEIRA, 2021), embora tenha havido uma positiva redução da violência legal que atinge as mulheres, precisa-se, no entanto, se atentar a certos indicadores que podem mascarar os dados:

Em 2019, 3.737 mulheres foram assassinadas no Brasil. O número ficou bastante abaixo dos 4.519 homicídios femininos registrados em 2018, com uma redução de 17,3% nos números absolutos. A diminuição no número de homicídios de mulheres registrados em 2019 segue a mesma tendência do indicador geral de homicídios (que inclui homens e mulheres), cuja redução foi de 21,5% em comparação com o ano anterior.

Este dado corresponde ao total de mulheres vítimas da violência letal no país em 2019, e inclui tanto circunstâncias em que as mulheres foram vitimadas em razão de sua condição de gênero feminino, ou seja, em decorrência de violência doméstica ou familiar, ou quando há menosprezo ou discriminação

à condição de mulher, como também em dinâmicas derivadas da violência urbana, como roubos seguidos de morte e outros conflitos.

A notícia aparentemente positiva de redução da violência letal que atinge as mulheres precisa, no entanto, como já tratado acima, ser matizada pelo crescimento expressivo dos registros de Mortes Violentas por Causa Indeterminada (MVICI), que tiveram incremento de 35,2% de 2018 para 2019, um total de 16.648 casos no último ano.

Especificamente para o caso de homicídios femininos, enquanto o SIM/Datasus indica que 3.737 mulheres foram assassinadas no país em 2019, outras 3.756 foram mortas de forma violenta no mesmo ano, mas sem indicação da causa – se homicídio, acidente ou suicídio –, um aumento de 21,6% em relação a 2018 (CERQUEIRA, 2021, p. 36).

Deste modo, cabe mencionar que, em estudo levantado por Thiago Allisson de Jesus, Lucas Rafael Chaves de Sousa e Isadora Lage Carvalho (2021), no período de pandemia causada pelo vírus COVID-19, constatou-se um aumento de 9% nos casos referentes a violência doméstica por meio do “Ligue 180”. Reitera-se que a necessidade de isolamento social, somado ao fato, já mencionado, que o ambiente doméstico se constitui como de alta periculosidade para a mulher, uma vez que são vítimas de violência perpetrada por seus parceiros, gera uma situação que acentua o risco de a mulher sofrer violência.

Os estudos também levantam a necessidade de uma análise interseccional da violência contra a mulher. Neste sentido, importa brevemente levantar uma elucidação acerca do termo:

A interseccionalidade está inextricavelmente ligada a uma análise do poder, mas um desafio à interseccionalidade é sua suposta ênfase em categorias de identidade versus estruturas de desigualdade. Embora esse tema tenha aparecido em diversos textos, principalmente naqueles que podem ser enquadrados como projetos que buscam o resgate da interseccionalidade, neste número enfatizamos uma compreensão da interseccionalidade que não se preocupa exclusivamente ou mesmo primordialmente com categorias, identidades e subjetividades. Em vez disso, a análise interseccional destacada aqui enfatiza as desigualdades políticas e estruturais. A reformulação da interseccionalidade como uma teoria primariamente fascinada com as infinitas combinações e implicações de identidades sobrepostas de uma analítica inicialmente preocupada com estruturas de poder e exclusão é curioso, dadas as referências explícitas a estruturas que aparecem em grande parte dos primeiros trabalhos. Tanto no discurso acadêmico quanto no político, o feminismo negro enfatizou o papel das estruturas na constituição das condições de vida nas quais as mulheres marginalizadas racial e economicamente estavam situadas. A “interseccionalidade estrutural” delineou ainda mais as “formas multicamadas e rotineiras de dominação” em contextos específicos como a violência contra as mulheres. A análise das estruturas de subordinação sobrepostas revelou como certos grupos de mulheres se tornaram particularmente vulneráveis ao

abuso e também a intervenções inadequadas que não levavam em conta as dimensões estruturais do contexto (CHO; CRENSHAW; MCCALL, 2013, p. 797, Tradução nossa).<sup>1</sup>

Seguindo esta linha de entendimento, ponderam Hogemann e Boldt (2021) que, a partir da ideia de interseccionalidade, o feminismo se mostra convergente com tal ideia, uma vez que visa “retirar as amarras do feminismo eurocêntrico, em que objetiva destruir o racismo, o capitalismo e o imperialismo [...]”. (HOGEMANN, BOLDT, 2021, p. 19)

Assim, por meio de um estudo sob o enfoque interseccional, se entende que as desigualdades estruturais e políticas existentes entre as diferentes classes, raças, e identidades de gênero, se misturam e se sobrepõem, causando desbalanços nas estruturas de poder e opressão que afetam certos grupos sociais marginalizados de forma mais intensa.

Tal entendimento interseccional coaduna perfeitamente com os dados levantados pelo estudo citado (WAISELFISZ, 2015), que demonstrou que a taxa de homicídios cometidos em face de mulheres negras aumentou em 54% no período de 10 anos. Curioso ressaltar que, no mesmo período, o número de homicídios cometidos contra mulheres brancas diminuiu 9,8%.

Importa ressaltar que a maior vitimização da mulher negra também pode ser observada conforme estudo levantado pelo IPEA em 2016, por meio da pesquisadora Cintia Liara Engel, que revelou que em casos de violência não letais contra mulheres,

---

<sup>1</sup> Para conferir credibilidade, segue texto original: Intersectionality is inextricably linked to an analysis of power, yet one challenge to intersectionality is its alleged emphasis on categories of identity versus structures of inequality. While this theme has surfaced in a variety of texts, particularly those that might be framed as projects that seek intersectionality’s rescue, in this issue we emphasize an understanding of intersectionality that is not exclusively or even primarily preoccupied with categories, identities, and subjectivities. Rather, the intersectional analysis foregrounded here emphasizes political and structural inequalities. The recasting of intersectionality as a theory primarily fascinated with the infinite combinations and implications of overlapping identities from an analytic initially concerned with structures of power and exclusion is curious given the explicit references to structures that appear in much of the early work. 5 Within academic as well as political discourse, Black feminism emphasized the role of structures in constituting the conditions of life in which racially and economically marginalized women were situated. “Structural intersectionality” further delineated the “multilayered and routinized forms of domination” in specific contexts such as violence against women. The analysis of the overlapping structures of subordination revealed how certain groups of women were made particularly vulnerable to abuse and were also vulnerable to inadequate interventions that failed to take into account the structural dimensions of the context.

a população negra foi mais vulnerável à agressão física que a população branca. Entre as mulheres agredidas, 44% eram brancas, e 56% eram negras. Em termos gerais de mulheres agredidas – toda a população feminina –, a incidência foi maior para mulheres negras, correspondendo a 1,4% ao passo que o número entre as mulheres brancas representou 1,1%. (ENGEL, 2016)

No geral, a mulher negra é mais vitimada em casos de ameaça ou agressão. Conforme consta no estudo realizado, a incidência deste tipo de violência se dá majoritariamente em face de mulheres negras (14,86% dos casos) em comparação às mulheres brancas (11,44% dos casos), ressaltando-se as diferenças não apenas de gênero, como também de raça. (ENGEL, 2016)

A constante também é demonstrada conforme o Atlas da Violência de 2021. Conforme o levantamento, em 2019, “as mulheres negras representaram 66% do total de mulheres assassinadas no Brasil, com uma taxa de mortalidade de 4,1 em comparação à taxa de 2,5 para mulheres não negras” (CERQUEIRA, 2021, p. 49).

Ainda na mesma inteligência de uma análise interseccional da violência contra a mulher, e de extrema importância para o presente trabalho, eis que trata justamente da aplicação da Lei Maria da Penha em proteção a mulheres trans, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA), por meio da pesquisadora Bruna G. Benevides, conforme o Dossiê Assassinatos e Violências contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2021, elucida que a cada 10 homicídios perpetrados contra pessoas trans em todo o planeta, 04 ocorrem no Brasil. De acordo com o dossiê, do total de 4.042 homicídios de pessoas trans catalogados cometidos no mundo, 1.549 foram no Brasil. Neste sentido, os homicídios de pessoas trans no Brasil correspondem a 38,2% das mortes ocorridas em todo o planeta (BENEVIDES, 2022). Desta forma, “o Brasil permanece como o país que mais assassinou pessoas trans do mundo neste período, com 125 mortes, seguido do México (65) e Estados Unidos (53)” (BENEVIDES, 2022, p. 72).

A pesquisa (BENEVIDES, 2022) revela que, em 2021, houve pelo menos 140 homicídios de pessoas trans, sendo que 135 destas foram mulheres transexuais e travestis, e 05 foram pessoas transmasculinas ou homens trans, ressaltando-se que

não foram encontrados quaisquer dados acerca do homicídio cometido em face de pessoas não binárias. A pesquisadora ressaltou que, em pesquisa realizada de 2008 a 2021, a média de homicídios cometidos em face de pessoas trans foi de 123,8 por ano. Revelou, ainda, que o ano de 2021 representou um aumento de 141% em relação a 2008. Novamente, as questões sociais acima de gênero, desigualdade estrutural e de uma cultura patriarcal que permeia a sociedade brasileira, são imprescindíveis para se analisar tamanho aumento nos homicídios cometidos.

Assim, a violência doméstica no Brasil advém de uma longa cultura histórica de dominação do homem, que se mostra como o patriarca, detentor da propriedade, não apenas das coisas, mas também da mulher. Neste sentido, infelizmente, não surpreende que tantas mulheres são vítimas de violência perpetradas por seus próprios parceiros e ex-parceiros, pois existe um forte sentimento de posse e dominação masculina para com a mulher, que a vê como um objeto de sua propriedade para sua satisfação amorosa e sexual. Conforme Freyre (2003) tal posição do homem na sociedade foi construída desde o Brasil colonial, tendo a figura de patriarca sido reforçada pela concentração de poder nas mãos dos senhores de engenho, que por sua vez se consideravam proprietários das mulheres – assim como dos escravos. Tal posição de patriarca, neste contexto histórico, é considerada um reflexo natural do ser humano, embora tenha, na verdade, sido socialmente construída desde os primórdios da humanidade.

Desta forma, importante se mostra o pensamento de Almudena García Manso (2016) acerca da visibilização da violência contra a mulher, por este ser um grave problema de ordem social:

É quando o Estado, a legislação, os serviços sociais e a mídia passam a tratar a violência contra a mulher como um grave problema social, ela se torna visível para a sociedade não apenas como um fenômeno que ocorre no âmbito privado, doméstico e familiar, mas como algo que acontece em todas as esferas do social.

Ele vem se difundindo por sua magnitude e realidade, pois abrange todas as esferas sociais a considerar: trabalho, doméstico, íntimo, sexual, urbano e público, político, educacional, saúde, etc., mas é um dano social. Toda a sociedade é afetada por um risco que ela mesma gerou, este menos endêmico afeta os princípios da igualdade gerando problemas de discriminação, diferenciação e iniquidade. Uma situação que coloca em risco o desenvolvimento dos direitos humanos e seu alcance, colocando em xeque

a ideia de cidadania democrática e igualitária (MANSO, 2016, p. 117-118, tradução nossa).<sup>2</sup>

Realizado este resgate contextual e empírico acerca da violência doméstica no Brasil, passa-se a estudar o caso Maria da Penha vs. Brasil, que foi um caso emblemático e essencial que resultou na instauração de mudanças legislativas – notadamente a criação da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha – concernentes à proteção da mulher na seara penal, com o intuito de reduzir o fenômeno da violência doméstica no país.

## 2.2 O SISTEMA INTERAMERICANO E OS DIREITOS HUMANOS EM SUA ACEPÇÃO UNIVERSAL E REGIONAL PELA CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA

A ideia de Direitos Humanos em sua acepção moderna surgiu em contraste às atrocidades e horrores resultantes de um dos períodos mais nefastos da história da humanidade: o advento do Nacional-Socialismo na Alemanha que, por sua vez, tinha o Estado como o maior violador de direitos humanos, no sentido de que condicionou a titularidade de direitos apenas ao pertencimento da raça pura – a raça ariana (PIOVESAN, 2019).

Durante o regime Nacional-socialista – inimigo ferrenho do iluminismo liberal cuja ideologia advogava pela primazia de direitos individuais e limitação do poder do Estado pelo império da lei – diversos princípios básicos de direito penal e direitos humanos que hoje norteiam as constituições de todas as democracias liberais do planeta – como o princípio da igualdade, da anterioridade da lei, da irretroatividade da lei penal, do contraditório, entre vários outros – eram frequentemente desconsiderados no âmbito jurídico.

---

<sup>2</sup> Para conferir credibilidade, segue texto original: Es cuando el Estado, la legislación, los servicios sociales y los medios de comunicación comienzan a tratar la violencia contra la mujer como un problema social grave, ésta se hace visible para la sociedad no sólo como un fenómeno que ocurre en los espacios privados, domésticos y familiares sino algo que acontece en todas las esferas de lo social. Se ha ido extendiendo por su magnitud y realidad, pues abraza todas las esferas sociales a considerar la laboral, la doméstica, la íntima, la sexual, la urbana y pública, la política, la educativa, la sanitaria, etc., El daño no sólo es ejercido sobre la víctima, sino que es un daño social. Toda la sociedad se ve afectada por un riesgo que ella misma ha generado, este meno endémico afecta a los principios de igualdad generando problemas de discriminación, diferenciación e inequidad. Una situación que pone en riesgo el desarrollo de los derechos humanos y el alcance de los mismos, poniendo en jaque la idea de ciudadanía democrática e igualitaria.

A própria Constituição de Weimar e o Reichstag (parlamento alemão) perderam sua força normativa, uma vez que Adolf Hitler governava por meio de Ordenanças. A Ordenança do incêndio do Reichstag – ordenança para a proteção do povo e do Estado, com base no art. 48 da Constituição de Weimar permitia a suspensão de vários direitos e garantias constitucionais. Esta ordenança foi talvez a mais importante no sentido de dar a força e legitimidade para as arbitrariedades – como a detenção em massa de pessoas, bem como seu envio para campos de concentração, as execuções de opositores políticos e de judeus – perpetradas pelo regime nacional-socialista. O Estado era total e o Führer representava o Estado, sendo seu representante máximo – no âmbito do executivo, além do jurídico (RODRIGUEZ, 2019).

Por razão das arbitrariedades e dos horrores cometidos pelo Nacional-Socialismo, após a Segunda Guerra Mundial, surge uma nova concepção de Estado de Direito. O período pós-guerra foi conhecido pela reconstrução da ideia de Estado, que possui característica marcante de forte crítica ao positivismo jurídico e sua clássica separação entre moral e direito. (PIOVESAN, 2019)

Os Direitos Humanos surgem a partir deste contexto histórico, no sentido de universalizar os direitos e garantias fundamentais, para que nenhum ser humano - onde quer que esteja – jamais tenha seus direitos absolutamente violados e desconsiderados, assim como foram durante o regime Nacional-Socialista. Tal entendimento se mostra expressamente previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que foi posteriormente ratificada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993:

[...] Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem; Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão [...]

[...] A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por

promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição. (ONU, 1948, p. 1-2).

Posteriormente, foram instituídos diversos mecanismos de proteção aos Direitos Humanos em sua concepção regional. Os Sistemas Regionais de Direitos humanos agem como sistemas de fiscalização dos Estados a eles aderentes, no sentido de que, muito embora os Direitos Humanos possuam caráter universal, as regiões regidas pelos sistemas são analisadas por meio de seu contexto histórico e sociocultural. Neste sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade (2003) elucida que não se deve imaginar a universalidade dos Direitos Humanos como um tipo de uniformidade, muito pelo contrário, pois tal ideia é engrandecida pelas especificidades regionais.

Importante, para o melhor entendimento do Caso Maria da Penha vs. Brasil, é a compreensão da lógica dos Direitos Humanos, que possui a finalidade principal da concretização da justiça. Assim, Cançado Trindade (2005/2006) afirma que as normas, os direitos e as garantias estabelecidas em tratados, convenções e resoluções internacionais, possuem função de proteger o ser humano em todas as situações. Nota-se que, aqui, a ideia não engloba apenas direitos fundamentais de 1ª geração, ou seja, individuais, que clamam por uma abstenção de atuação estatal para se limitar o poder, mas também os deveres fundamentais que o Estado tem de fornecer um arcabouço institucional e jurídico que proteja o ser humano, seja da criminalidade convencional, seja de abusos do próprio Estado.

No que diz respeito às normas internacionais de Direitos Humanos, Pereira e Fischer denotam que:

Diante de tais premissas, há se ver que as fontes normativas internacionais provenientes do sistema de tutela dos direitos humanos - o que inclui os aportes jurisprudenciais da Corte Interamericana para o caso do Brasil - devem ser utilizadas como cânones interpretativos do direito pátrio, gerando uma obrigação aos juízes domésticos de aplicarem o ordenamento jurídico interno de maneira conforme também ao direito supranacional, valorizando, assim, exegese normativa que preserve o Estado dos riscos de uma responsabilização internacional por descumprimento de obrigações daí decorrentes. Assim, uma “melhor interpretação” deve considerar todas as normas integradas entre si, não isoladas nem dispersas, compreendendo-se que todos os comandos nela insertos (unidade) estão costurados por fios seguros, e por isso suficientemente fortes para sustentar as tensões

dialéticas que naturalmente dela defluem (pluralidade). (PEREIRA; FISCHER, 2019, p. 70).

Ainda conforme Pereira e Fischer, as obrigações processuais positivas, que devem ser prestadas pelo Estado para garantir o resguardo aos Direitos Humanos não se mostram como obrigações de resultado, mas sim de meio. Portanto, é necessário que o Estado, por meio de suas instituições, realize todos os esforços concebíveis, por exemplo, em um processo criminal, para se averiguar e coletar um conjunto probatório robusto para que, ao final da persecução penal, revelar-se, de fato, como aconteceram os fatos e punir os autores responsáveis pela prática de um crime (PEREIRA; FISCHER, 2019).

Os autores, então, reafirmam a necessidade de se manter um equilíbrio na justiça penal no sentido de garantir os direitos de defesa dos investigados ou acusados da prática de um crime, mas também resguardar a dignidade humana, principalmente das vítimas envolvidas na prática de um crime:

Reafirmamos sempre a necessidade de se manter o equilíbrio no sistema de justiça penal entre os direitos de defesa e da dignidade humana. Não há como imaginar um sistema de justiça de proteção aos direitos e liberdades fundamentais sem que se faça, ao mesmo tempo, a devida proteção de todos os demais direitos previstos constitucional e convencionalmente (PEREIRA; FISCHER, p. 84).

É neste contexto, portanto, que opera o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como fiscalizador do cumprimento das normas previstas em convenções, tratados e resoluções internacionais, ratificados pelos Estados aderentes a tal Sistema Regional de proteção aos Direitos Humanos.

Passa-se a realizar um levantamento dos marcos históricos na América Latina que, por sua vez, resultaram na consolidação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos:

[...] A história recente do sistema de direitos humanos nas Américas se inicia na Conferência Interamericana de Chapultepec, em 1945, dando início ao processo de institucionalização que levará à Organização dos Estados Americanos, OEA. Em abril de 1948, em Bogotá, na IX Conferência de Ministros das Relações Exteriores, foi assinada a Carta da OEA que entrará em vigor em 1951: foi nessa Conferência que também foi adotada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, já referida. Numa Conferência Especializada de Direitos Humanos, em São José, em 1969, foi adotada a Convenção Americana de Direitos, que entrará em vigor em 1978.

Finalmente, foi firmado, em 1988, em San Salvador, um protocolo adicional à Convenção em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959 e começou a operar em Washington (onde se situa a sede das OEA) em 1960, de início com competência muito limitada e que somente será acionada pela primeira vez em 1981. Juntamente na década em que começa a “terceira onda” de transições políticas no continente. Depois de a Convenção Americana instituir uma instância jurisdicional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi instalada, em 1979, na Costa Rica, a convite desse país. Sua jurisdição, aliás facultativa (o Brasil somente a reconhece em 1999) foi criada para resolver controvérsias referentes aos direitos humanos e aplicar a Convenção a casos individuais, sendo suas sentenças inapeláveis (HANASHIRO, 2001, p. 13-14).

O Brasil, por meio do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, se obriga a cumprir inteiramente a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), neste sentido, assumindo a competência dos órgãos estipulados pela Convenção, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, competentes para conhecerem de assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados signatários da Convenção, conforme seu artigo 33 (BRASIL, 1992).

### **2.2.1 O caso Maria da Penha vs. Brasil e a proteção insuficiente dos direitos humanos pelo estado brasileiro**

Em 29 de maio de 1983, Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de tentativa de homicídio em sua própria residência em Fortaleza/CE, cujo autor da prática criminosa foi ninguém menos que seu então marido, o Sr. Marco Antônio Heredia Viveiros, que, primeiramente, disparou um projétil de arma de fogo contra a vítima enquanto ela dormia, que resultou em uma paraplegia irreversível, além de inúmeros outros traumas físicos e psicológicos. Demonstrando total desprezo à pessoa de Maria da Penha, quando a mesma retornou do hospital, Antônio tentou eletrocutá-la enquanto a vítima tomava banho, mais uma vez atentando contra sua vida. Somente então, a vítima decidiu se separar de seu marido e algoz, denunciando-o perante as autoridades competentes (PAIVA; HEEMAN, 2020).

Neste sentido, Paiva e Heeman denotam o total descaso da justiça criminal brasileira para com a pessoa de Maria da Penha:

[...] O Ministério Público ofereceu denúncia contra Marco Antônio em 1984. Passados mais de 15 anos desde a data dos fatos, a Justiça brasileira ainda não havia chegado à condenação definitiva do réu, que se mantivera em liberdade durante todo esse tempo, tudo isso apesar da gravidade da acusação e do substancial conjunto probatório contra ele (PAIVA; HEEMAN, 2020, p. 537).

Por razão da deficiência na prestação jurisdicional brasileira em resguardar os direitos da vítima, Maria da Penha, representada pelas organizações Centro pela Justiça e Pelo Direito Internacional e o Comitê da América Latina e Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, denunciaram o caso perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (SCHNEIDER; BEDIN, 2012).

O relatório nº 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil de 4 de abril de 2001 analisou o mérito da questão e chegou a diversas conclusões acerca da prestação jurisdicional da justiça criminal brasileira no caso das tentativas de homicídio da Sra. Maria da Penha.

Nos §§ 37 a 44, o relatório alude aos artigos XVIII da Declaração e 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelecem que as pessoas possuem o direito de acesso a recursos judiciais, a serem ouvidas perante uma autoridade ou tribunal competente quando considerem que seus direitos foram violados e afirma que se passaram mais de 17 anos desde que iniciada a investigação acerca da prática dos crimes em face da vítima, sendo que até a data do relatório, não havia se chegado à sentença definitiva, nem houve qualquer tipo de reparação referente às consequências do crime, salientando que o atraso aproxima-se a uma possível impunidade perpétua por razão do fenômeno da prescrição. Neste sentido, as circunstâncias demonstraram que “o Estado não foi capaz de organizar sua estrutura para garantir esses direitos” (OEA, 2001, p. 7-9).

Nos §§ 45 a 50, a Comissão realiza um levantamento empírico sobre os dados de violência doméstica no Brasil, por razão de os peticionários terem alegado a violação do artigo 24 da Convenção Americana, que diz respeito ao direito de igualdade perante a Lei e o direito à justiça, previstos na Declaração Americana nos artigos II e XVIII. Assim, a Comissão levantou números alarmantes sobre a violência doméstica

no Brasil, que são desproporcionalmente maiores em face de mulheres do que contra homens (OEA, 2001).

A Comissão salienta as iniciativas positivas tomadas pelo Estado brasileiro nos campos legislativo, judiciário e administrativo, exemplificando-se com a criação de delegacias especiais para atendimento à mulher; a criação de casas para refúgio de mulheres vítimas de violência, e a decisão do STF em 1991 que invalidou o conceito de “defesa da honra” como justificativa para o cometimento de crimes contra esposas. No entanto, “[...] essas iniciativas positivas, e outras similares, foram implementadas de maneira reduzida em relação a importância e urgência do problema, conforme se observou anteriormente. No caso emblemático em estudo, não tiveram efeito algum.” (OEA, 2001, p 9-10).

No presente caso emblemático, a Comissão fez a primeira aplicação da Convenção de Belém do Pará, afirmando com veemência a necessidade da eficácia da prestação jurisdicional positiva da justiça criminal brasileira, no sentido de proteger os direitos da vítima de violência doméstica:

55. A impunidade que gozou e ainda goza o agressor e ex-esposo da Senhora Fernandes é contrária à obrigação internacional voluntariamente assumida por parte do Estado de ratificar a Convenção de Belém do Pará. A falta de julgamento e condenação do responsável nessas circunstâncias constitui um ato de tolerância, por parte do Estado, da violência que Maria da Penha sofreu, e essa omissão dos tribunais de justiça brasileiros agrava as consequências diretas das agressões sofridas pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes. Além disso, como foi demonstrado anteriormente, essa tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas uma pauta sistemática. Trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher. (OEA, 2001, p. 12)

A Comissão concluiu, conforme a análise realizada acerca do caso em questão, que a República Federativa do Brasil, por razão da dilação não justificada e da tramitação negligente do caso perante as Cortes nacionais, foi considerada responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais, à proteção judicial, que porventura são previstos nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. Além disso, o Estado brasileiro não apenas violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, da qual o Brasil é signatário, em prejuízo de Maria da Penha, como também violou, por conexão, os artigos 8 e 25 da Convenção

Americana, por razão dos “atos omissivos e tolerantes da violação infligida” (OEA, 2001, p. 13).

Por razão do presente caso, a Comissão exarou as seguintes recomendações, a serem tomadas pelo Estado brasileiro:

61. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.

2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.

3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;

b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;

c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;

d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. (OEA, 2001, p. 14)

Neste sentido, o Estado brasileiro atentou-se às recomendações exaradas pela Comissão, sendo que a criação da Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, foi um resultado direto do cumprimento de tais recomendações.

### 2.3 A LEI MARIA DA PENHA COMO DIPLOMA LEGISLATIVO E INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como foi anteriormente demonstrado, o caso Maria da Penha vs. Brasil, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foi emblemático no sentido de que as recomendações exaradas pela CIDH resultaram em uma atuação legislativa por parte do Estado brasileiro que, por sua vez, culminou na criação da Lei nº 11.340/06, ou Lei Maria da Penha.

Conforme consta em suas disposições preliminares, a Lei Maria da Penha surge com o intuito de coibição da violência doméstica familiar, além de reiterar a extensão de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana às mulheres, nos seguintes termos:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

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. (BRASIL, 2006, p. 1).

Vale ressaltar que a Lei Maria da Penha não tem o intuito de coibir a violência doméstica apenas através da utilização dos meios de persecução penal, ou seja, tipificando-se condutas como infrações penais – ou aumentando-se a pena de condutas já existentes – para que se haja efetivamente investigação e posterior punição referente a tais práticas. A referida Lei também define que, no art. 3º, §1º, que o poder público deverá desenvolver políticas que tem como objetivo a garantia de direitos humanos das mulheres na esfera das relações domésticas e familiares,

resguardando-as de toda e qualquer forma de discriminação, opressão, crueldade ou negligência (BRASIL, 2006).

Ressalta, ainda, conforme o art. 3º, §2º, que “cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput” (BRASIL, 2006, p. 1), quais sejam, as condições para que haja o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à educação, à cultura, entre vários outros enunciados no caput do referido artigo.

A Lei Maria da Penha elucida e distingue os diferentes tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher: a violência física, a violência psicológica, a violência sexual, a violência patrimonial e a violência moral. Importa ressaltar que tal rol, previsto art. 7º da Lei é exemplificativo, haja vista que tais violências existem dentro de um universo maior de violências em que a mulher inserida na sociedade patriarcal brasileira sofre no curso de sua vida:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006, p. 1-2).

No âmbito da violência física, a Lei Maria da Penha resultou em uma mudança de entendimento jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, decorrente de uma interpretação sistemática do artigo 41 da referida Lei: a natureza da ação penal, nos casos de lesão corporal, em contexto de violência doméstica contra a mulher, é de ação pública incondicionada, e não mais condicionada à representação, não se aplicando, também, o disposto no artigo 16 da própria Lei Maria da Penha, que prevê a renúncia da representação em face de seu agressor por meio de designação de audiência especial perante o Juiz, conforme entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424:

[...] Eis um caso a exigir que se parta do princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra a mulher. Os dados estatísticos são alarmantes. Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la. Conforme ressaltado na inicial, confeccionada com o desejável esmero, dados estatísticos demonstram que o percentual maior é de renúncia à representação, quer deixando-se de ter a iniciativa, quer afastando-a do cenário jurídico. Stela Cavalcanti, em “Violência Doméstica – Análise da Lei Maria da Penha”, aponta que o índice de renúncia chega a alcançar 90% dos casos. Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido o recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente. Os dados estatísticos são assombrosos relativamente à progressão nesse campo, vindo a desaguar, inclusive, em prática que provoque a morte da vítima. (BRASIL, 2012, p. 8-9).

Tal entendimento surge por duas razões: em primeiro lugar, o artigo 41 da Lei Maria da Penha estabelece que os crimes praticados em contexto de violência doméstica familiar contra a mulher não são contemplados pela Lei 9.099/95, independente da pena prevista. O artigo 88 da Lei 9.099/95 define que os crimes de lesão corporal leve e os crimes de lesão culposa possuem ação penal pública condicionada à representação, com o objetivo de se regular os processos céleres para infrações de menor gravidade, portanto, a lesão corporal praticada no contexto de violência doméstica contra a mulher não pode ser abarcada por tal instituto despenalizador, por razão do comando legislativo supracitado.

Além disso, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal deixa cristalino o entendimento de recrudescimento dos mecanismos de direito penal em face da

violência doméstica, realizando o esforço hermenêutico em conformidade com os valores consagrados na Constituição, bem como de acordo com os preceitos regionais de Direitos Humanos que norteiam e guiam as decisões de direito interno no âmbito das Américas.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 542, que elimina qualquer dúvida referente à natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher, que passou a ser pública incondicionada.

Ainda no que diz respeito à violência física, a Lei Maria da Penha modificou o artigo 129 do Código Penal, alterando a seguinte qualificadora do crime em questão:

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos (BRASIL, 2006, p. 12).

Cumprido ressaltar que, anteriormente à referida Lei, a qualificadora em questão estabelecia a pena de 06 meses a 01 ano. Embora o preceito secundário da qualificadora em questão tenha reduzido a pena mínima em 03 meses, a pena máxima em abstrato teve o seu *quantum* aumentado em 02 anos.

Na mesma inteligência, embora não implementado pela Lei Maria da Penha, mas seguindo os preceitos e os valores nela contidos, a Lei nº 14.188/2021 (BRASIL, 2021) modificou o Código Penal de forma a adicionar a qualificadora prevista no §13º, preceituando que, na hipótese em que a lesão for praticada contra a mulher, e que tenha por sua razão condição do sexo feminino, nos termos do art. 121, §2º-A do Código Penal, a pena cominada ao delito será de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos. Conforme o Código Penal, os termos do §2º-A definem que existem razões de condição do sexo feminino quando o crime em questão envolver violência doméstica familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Em todo caso, independente do tipo de violência sofrida, a mulher, vítima de violência doméstica e familiar, passa por um processo que só pode ser entendido como

revitimizador, uma vez que, primeiro, ela sofre a violência que, de fato, foi perpetrada em seu desfavor, por parte de seu agressor, seja ela física, sexual, psicológica, patrimonial ou moral e, em seguida, a mulher sofre uma violência adicional ao acessar os meios de justiça contra aquele que inicialmente a violentou, sendo recebida em um ambiente completamente despreparado e não equipado intelectual e sociologicamente para tratar de seus anseios, comumente composto por homens que a inquiram acerca dos motivos pelos quais esta foi agredida, essencialmente culpabilizando a vítima pela violência sofrida (PORTO; COSTA, 2010).

Essa violência institucional e revitimizadora que a mulher sofre ao ingressar no sistema de justiça em face de seu agressor nem sempre se revela como uma violência, sendo que, na maioria dos casos, passa despercebida. Isto não significa que ela é menos cruel, mas apenas que é mais sutil na forma que é propagada, uma vez que resulta de processos de dominação e relação social que se demonstram tão enraizados na cultura, que podem até ser tido como naturais. Assim, tal fenômeno decorre das “relações de poder assimétricas e geradoras de desigualdades, presentes nas sociedades contemporâneas e integrados à cultura das relações sociais estabelecidas em algumas instituições, sejam elas públicas ou privadas” (CHAI; SANTOS; CHAVES, 2018, p. 12).

Neste entendimento, Barreto e Chai (2021) entendem que houve uma ruptura com o sentido de se desafiar a violência doméstica através da justiça consensual, afirmando que:

Desta feita, a Lei Maria da Penha prevê o deslocamento polissêmico de sentidos, rompendo a tradicional cisão entre espaços público e privado e a conseqüente cultura de absenteísmo e tolerância estatais em relação a essa forma de violência. Para tanto, afasta o paradigma de justiça consensual, que re-privatiza o conflito e atribui a responsabilidade pela gestão e solução do litígio às próprias vítimas, fragilizadas e pressionadas. Esse diploma legal colima, em suma, o enfrentamento das especificidades da violência de gênero e do ciclo de violência doméstica contra a mulher, sob a perspectiva preventiva, protetiva, assistencial e punitiva. (BARRETO, CHAI, 2021, p. 23).

A cultura brasileira, portanto, é uma de dominação masculina, historicamente construída, onde o espaço doméstico familiar é um dos que tal dominação se revela de maneira mais óbvia, perpetuando e evidenciando relações de força, não somente em sua acepção física biológica, mas sim referente a assimetrias de poder,

reproduzidos nas instituições da sociedade, como a Igreja e o próprio Estado (BOURDIEU, 2003).

Conforme Wânia Pasinato (2010), as medidas que estão previstas na Lei Maria da Penha para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher podem ser organizadas a partir de três eixos de intervenção:

O primeiro eixo trata das medidas criminais, para a punição da violência. Nele estão procedimentos como a retomada do inquérito policial, a prisão em flagrante, preventiva ou decorrente de pena condenatória; a restrição da representação criminal para determinados crimes e o veto para a aplicação da lei 9099/95 a qualquer crime que se configure como violência doméstica e familiar contra a mulher. No segundo eixo encontram-se as medidas de proteção da integridade física e dos direitos da mulher que se executam através de um conjunto de medidas protetivas com caráter de urgência para a mulher aliado a um conjunto de medidas que se voltam ao seu agressor. Integram também esse eixo as medidas de assistência, o que faz com que a atenção à mulher em situação de violência se dê de forma integral, contemplando o atendimento psicológico, jurídico e social. Finalmente, no terceiro eixo, estão as medidas de prevenção e de educação, compreendidas como estratégias possíveis e necessárias para coibir a reprodução social da violência e da discriminação baseadas no gênero (PASINATO, 2010, p. 220).

Neste sentido, pode-se entender que a Lei Maria da Penha é um poderoso instrumento de caráter não somente repressivo, mas que também possui caráter preventivo e assistencial, fornecendo um arcabouço legislativo que fomenta o ataque à violência doméstica por meio de diferentes dimensões de aplicação (DIAS, 2018). Assim, tal diploma legislativo não pode ser considerado apenas uma lei, mas também um instrumento de políticas públicas.

Não surpreende, portanto, que a referida Lei estabelece, em seu art. 8º, que as políticas públicas, cujo objetivo é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher serão implementadas a partir de uma atuação conjunta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo por diretrizes a integração do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas relevantes ao tema, como a segurança pública, saúde, assistência social, educação, trabalho e habitação; bem como também fomenta o incentivo à pesquisa científica, empírica e estatística dos estudos de gênero, de raça e de etnia, que são tangenciais às consequências e à frequência da violência doméstica, com o intuito de sistematizar dados, que devem

ser unificados nacionalmente, com o intuito de se averiguar, em âmbito nacional, os dados referentes à violência contra a mulher (BRASIL, 2006).

Além disso, o inciso III do art. 8º determina que os meios de comunicação social devem respeitar “os valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar” (BRASIL, 2006, I). Nota-se que tal passagem do diploma legislativo denota o imprescindível entendimento que a violência doméstica e familiar contra a mulher não decorre apenas de um desbalanço biológico de força física inerente entre homens e mulheres, mas resulta de um processo cultural que constrói e reforça estereótipos socialmente construídos que reforçam a estrutura patriarcal e a dominação masculina do homem para com a mulher, assim como visto em Bourdieu (2003).

As medidas estabelecidas pelo inciso IV do artigo supramencionado são uma resposta direta à reiteração da violência sofrida pela mulher vítima de violência doméstica e familiar ao tentar acessar os canais da justiça em face de seu agressor: enquanto, outrora, a vítima se deparava com uma equipe quase que inteiramente composta por homens que, por muitas vezes, a questionavam acerca das razões pelas quais sofreu a violência cometida em seu desfavor, e estavam completamente despreparados para recebê-la, a partir da instituição das políticas públicas previstas na Lei Maria da Penha, foram criadas inúmeras delegacias especializadas no atendimento à mulher, para que as vítimas de violência sejam acolhidas com o devido respeito que merecem, em momento tão sensível de suas vidas.

Em geral, a Lei Maria da Penha institui diversas diretrizes a serem seguidas no âmbito de políticas públicas voltadas à proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Neste sentido, uma das grandes e mais importantes inovações da Lei Maria da Penha foi a instituição das Medidas Protetivas de Urgência, previstas nos artigos 18 a 24 do referido diploma legislativo, que merecem atenção especial no presente estudo, haja vista que parte essencial do problema de pesquisa diz respeito justamente à possibilidade de mulheres trans fazerem uso de tais medidas em face de seu agressor. Aqui, pretende-se ater aos aspectos socioculturais e empíricos acerca de tal mecanismo protetivo da mulher, ao contrário de um estudo

procedimental do instituto, que corresponde a maioria dos artigos presente na Lei Maria da Penha.

### **2.3.1 As Medidas Protetivas de Urgência no âmbito da Lei 11.340/06**

A criação do instituto das medidas protetivas de urgência se mostrou como uma forma inovadora de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que, por meio de um mecanismo que protege a integridade da mulher com uma atuação rápida, emergencial e desburocratizada do Estado, consegue-se cessar – pelo menos inicialmente – a agressão sofrida, sem a tomada de medidas drásticas que já incluem sanções de natureza penal, como a privação da liberdade do agressor (SABADELL; PAIVA, 2019).

Assim, as autoras reafirmam a mudança de paradigma de resolução de controvérsias no que diz respeito à violência doméstica e familiar contra a mulher, no sentido de distanciamento da resposta imediata por meio do direito penal:

Dessa forma, há uma mudança no paradigma de atuação do Poder Judiciário, pois enquanto os dispositivos somente penais visam uma resposta à violação cometida pelo réu, a Lei articula mecanismos para proteção da ofendida marcada por danos físicos, psicológicos, morais e patrimoniais. Esta conquista é fruto de demandas feministas que, por décadas, criticaram o funcionamento do sistema penal que, nos casos de violência contra a mulher, se preocupa em demasia com a persecução do réu, deixando a parte mais vulnerável invisível e sem proteção.

Em muitos casos, ao acessar as autoridades estatais, a ofendida não pretende necessariamente o rompimento da relação ou a separação com o agressor. Na maioria das vezes, o que se pretende é a interrupção da violência, que em muitos casos é frustrada com a sanção penal do agressor. Neste sentido, as medidas protetivas se configuram como um importante instrumento.

Um ordenamento jurídico que respeite a autonomia da mulher deve respeitar sua vontade, mesmo que haja eventuais controvérsias com a normatividade estabelecida. Portanto, não pode o Estado romper com a ordem patriarcal retirando de forma autoritária a voz da mulher em situação de violência. (SABADELL; PAIVA, 2019, p. 13).

Como mencionado anteriormente, as regras que norteiam as medidas protetivas de urgência estão presentes nos artigos 18 a 24 da Lei Maria da Penha, sendo que os artigos 18 a 21 tratam de sua esfera procedimental, fazendo menção à atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Autoridade Policial. O artigo 22, por sua

vez, elenca as medidas protetivas de urgência que podem ser instituídas pelo juiz de direito em desfavor do agressor, para proteger a integridade da mulher vítima de violência doméstica:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; I

V - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

A medida prevista no inciso I, obviamente, alude a uma proteção à mulher, tendo como base os dados levantados na primeira parte deste capítulo na presente dissertação, revelando os alarmantes dados acerca da violência contra a mulher que resultam em óbitos, particularmente de mulheres que foram assassinadas por armas de fogo, que

são os principais instrumentos dos homicídios praticados em face da mulher (CERQUEIRA, 2020).

O restante das medidas se refere à proibição de contato entre o agressor e a ofendida, determinando de maneira direta ou indireta a necessidade do afastamento imediato do referido autor das agressões, para que estas cessem desde já. Tal mecanismo se demonstra efetivo no sentido da celeridade da imposição de tal medida uma vez que, conforme o artigo 18 da Lei Maria da Penha, o Juiz deverá decidir, dentro de 48h do recebimento do expediente com o pedido da ofendida, e, comunicar às autoridades responsáveis, como órgãos de assistência judiciária e o Ministério Público, para que adote as providências cabíveis. Ressalta-se que, conforme o art. 19, §1º, as medidas protetivas de urgência podem ser concedidas imediatamente, sem que haja audiência das partes e manifestação do Ministério Público, devendo este ser, pelo menos, comunicado da decisão. (BRASIL, 2006)

Importa mencionar o debate acerca da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, indagando-se se elas possuíam caráter cível ou meramente acessório ao processo penal. Desta forma, a controvérsia alcançou o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.419.421, cujo entendimento passa a ser apresentado:

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012) (BRASIL, 2014, p. 3).

Em conformidade com tal decisão, as medidas protetivas de urgência não precisam ser acessórias a um inquérito policial ou qualquer procedimento penal, sendo, portanto, independentes, e podem ser pleiteadas ou prorrogadas na medida que a

violência se inicia ou continua a existir. No entanto, mesmo após a aludida decisão, pôde se observar certos entendimentos diferentes:

Essa decisão não evitou que outra Turma da mesma Corte chegasse a entendimentos parcialmente divergentes, no sentido de que algumas das medidas protetivas possuíam caráter penal, como a suspensão de posse de arma ou proibição de determinadas condutas (art. 22, I e III). Em 2017, contudo, a Quinta Turma julgou agravo regimental sobre o mesmo tema, voltando a entender que as medidas protetivas possuem natureza jurídica inibitória e são independentes dos autos principais, “garantindo o caráter satisfativo de proteção às vítimas buscada pela norma”.

Contudo, embora tenham potencial persuasivo, nem o enunciado do Fonavid, nem as decisões do STJ são vinculantes, ainda que essas últimas devessem ser levadas em consideração pelas instâncias inferiores, já que vêm de instância revisora. Na prática, mesmo após as decisões do STJ, tem prevalecido na primeira instância a interpretação das MPUs como acessórias ao processo penal. Tal diagnóstico foi confirmado pelas entrevistas realizadas entre os anos de 2015 e 2018 com profissionais que atuam em diversas etapas do processamento de demandas ligadas à violência doméstica.

[...]

Nesse sentido, a imposição via interpretação jurídica de condições não previstas na lei para a concessão da medida protetiva é mais do que um debate doutrinário: trata-se de uma escolha político-jurídica que impõe barreiras no acesso à justiça para as mulheres que buscam os caminhos oferecidos pelo direito para verem-se livres da violência o quanto antes (MACHADO, GUARANHA, 2020, p. 15-16).

A Lei nº 13.827 de 13 de maio de 2019 alterou a Lei Maria da Penha no sentido de inserir o artigo 38-A que, por sua vez, determina que o Juiz competente deverá registrar a medida protetiva de urgência, neste sentido:

Art. 38-A, Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.”

Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 342 de 9 de setembro de 2020, instituiu o Banco Nacional de Medidas Protetivas de Urgência (BNMPU) para catalogar os dados referentes aos requerimentos e expedição de medidas protetivas de urgência no país.

Conforme a 1ª Reunião Preparatória, no XIV Encontro Nacional do Poder Judiciário, o BNMPU:

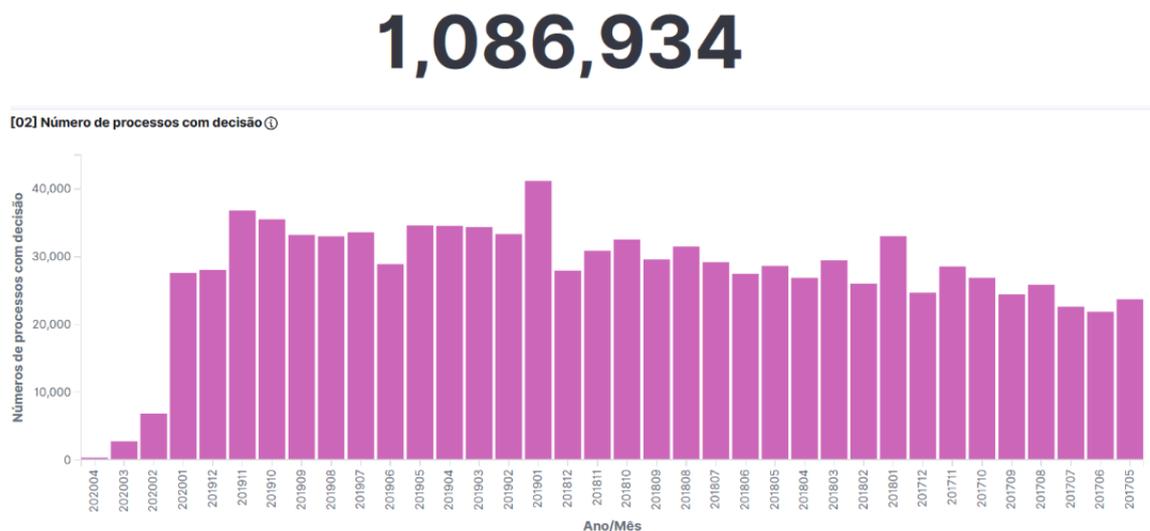
Tem como principal objetivo dar transparência e permitir o controle das instituições e da sociedade a respeito das medidas protetivas concedidas, não concedidas e revogadas pelos juízes, bem como as homologadas ou não homologadas pelo judiciário, e que foram previamente concedidos por autoridade policial. (BRASIL, 2020, p. 2)

O BNMPU tem como sua fonte de informação o DataJud, que é o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, que proporciona dados estatísticos acerca das medidas protetivas de urgência, conforme concessão por Tribunal, grau de jurisdição, data de ajuizamento da ação, data da decisão que avaliou a medida protetiva, bem como por desfecho da decisão. (BRASIL, 2020)

As informações são devidamente segmentadas entre cautelares e incidentais, sendo cautelares as medidas protetivas de urgência de natureza criminal e infracional, e as incidentais, assuntos de violência doméstica contra a mulher e feminicídio penal, infracional e cível, desde que tenham decisão em medida protetiva (BRASIL, 2020).

Neste sentido, deve-se atentar aos dados a seguir:

Figura 3 – Processos de violência doméstica com decisão de medidas protetivas de urgência



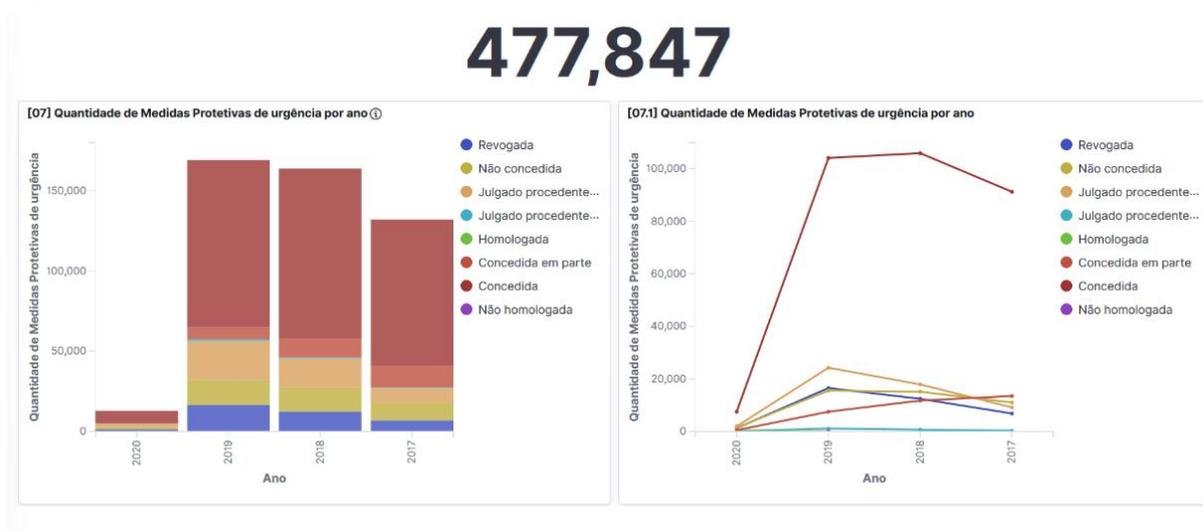
Fonte: BRASIL, CNJ (2020).

Importa ressaltar a quantidade expressiva de processos de violência doméstica que possuem decisão referente a medidas protetivas de urgência, analisados entre o período de 05/2017 a 04/2020, apontando quão urgente era a necessidade de sua instituição, haja vista ser uma medida de direito tão utilizada por mulheres vítimas de

violência doméstica familiar. Percebe-se o número reduzido de processos com medidas protetivas de urgência no ano de 2020, no entanto, o BNMPU não explica a razão de tal queda vertiginosa que se encontra em descompasso com os restantes anos, sendo, possivelmente, apenas por questões de metodológicas de ausência de catalogação referente a tal ano, e não de diminuição da necessidade das medidas protetivas de urgência. Cabe mencionar a possível relação de tal ausência de catalogação com o início da pandemia causada pela COVID-19, embora tal afirmação não esteja explicitada no documento.

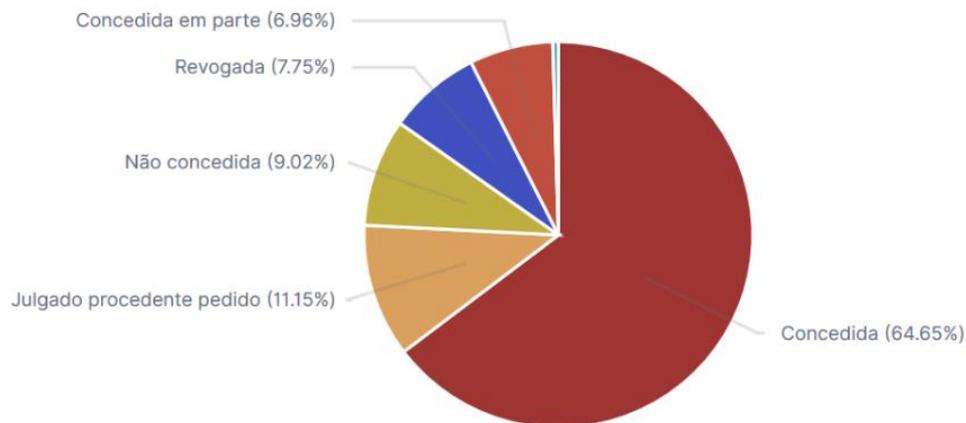
Uma análise pormenorizada das medidas protetivas de urgência é feita a seguir, a partir do BNMPU, no período que compreende os anos de 2017-2020:

Figura 4 – Análise pormenorizada das medidas protetivas de urgência entre 2017-2020



Fonte: Brasil, CNJ (2020).

Figura 5 – Quantidade de medidas protetivas, por desfecho da decisão

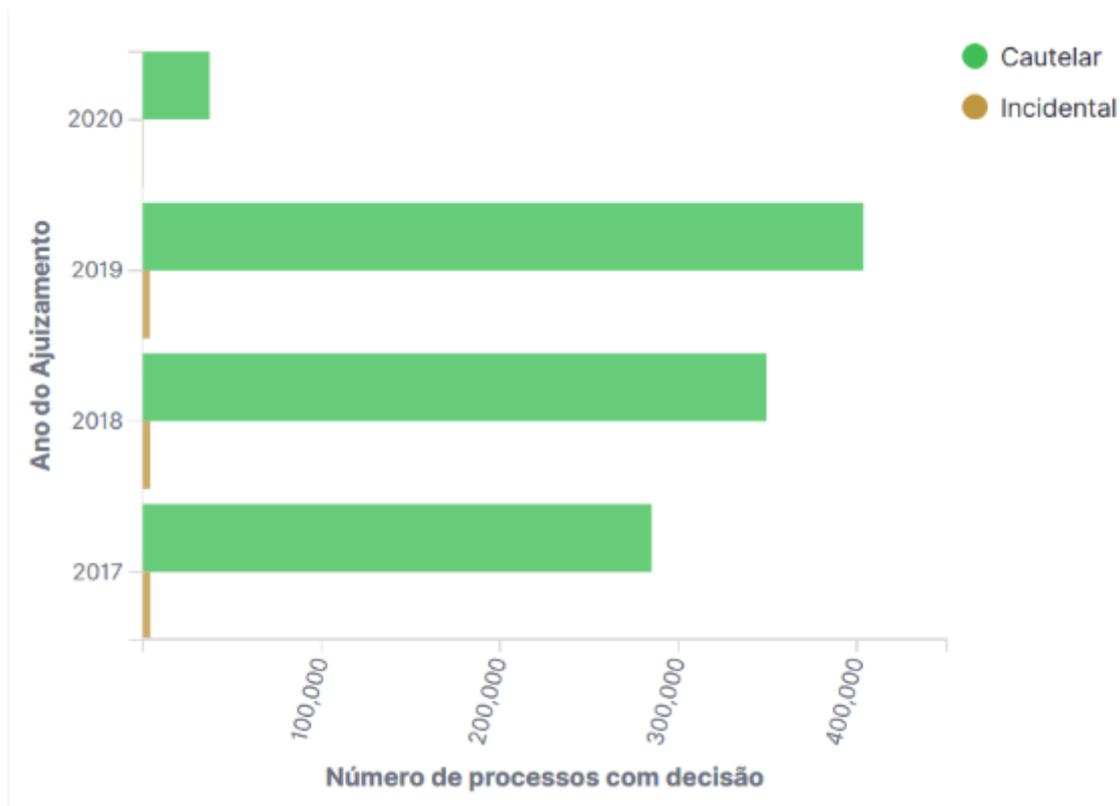


Fonte: Brasil, CNJ (2020).

Conforme os gráficos apresentados, percebe-se que a grande maioria das medidas protetivas de urgência são concedidas (64,65%) ou, ao menos, parcialmente concedidas (6,96%), correspondendo, assim, a 71,61% do total dos requerimentos de medidas protetivas de urgência analisado no período compreendido entre 2017-2020. Embora não especificada, a quantia de 11,15% representa a quantia de pedidos julgados procedentes, denotando convergência com as concessões totais, ou em parte, das medidas protetivas de urgência requeridas. Os requerimentos de medida protetiva de urgência que não foram concedidos pelo juízo representam apenas 9,02% do total do universo das medidas requeridas.

Também importa averiguar o caráter do processo no qual as medidas protetivas foram requeridas durante tal período, o que diz respeito ao debate acerca da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência e sua possível dependência a um processo principal:

Figura 6 – Número de processos com decisão, por ano e por distinção de cautelar e incidental



Fonte: Brasil, CNJ (2020).

Assim, percebe-se que a imensa maioria de medidas protetivas de urgência não se dá na seara incidental, mas sim na cautelar, conforme visualizado durante os anos de 2017 a 2020, demonstrando, portanto, a sua efetiva independência de quaisquer outros processos, sejam estes criminais, na fase investigativa ou durante a ação penal, ou cíveis.

O BNMPU possui uma segunda fase, a ser implementada gradativamente pelo CNJ e pelos Tribunais pátrios, com o intuito de aprimorar ainda mais os mecanismos de coleta de dados e transparência acerca das medidas protetivas de urgência, sendo assim, as medidas tomadas serão:

Identificação, mediante acesso restrito e autorizado por senha, de consulta pelos juízes dos nomes das partes para identificação de a mulher tem medida protetiva em vigor;

Necessidade de qualificação dos dados das partes no DataJud e de que os tribunais enviem corretamente as informações;

Inclusão de outros dados de violência doméstica, como casos novos, pendentes, sentenças, baixados, etc.;

Consulta por dia da decisão/movimentação, permitindo geração dos dados do Programa “Semana pela Paz em Casa” (BRASIL, 2020, p. 17).

Percebe-se, portanto, a importância do instituto das medidas protetivas de urgência e da celeridade de sua aplicação no panorama social brasileiro como uma maneira de frear a violência doméstica e intrafamiliar em face da mulher.

No entanto, como bem levantado por Wermuth e Mezzari (2021), imprescindível levantar certas fragilidades inerentes às medidas protetivas de urgência, pois são inúmeros os casos em que ocorrem novas agressões contra as vítimas que possuem medidas protetivas em vigor para sua proteção, haja vista a impossibilidade de que os órgãos de segurança pública possam fiscalizar o cumprimento das medidas estabelecidas judicialmente durante 24 horas por dia.

Desta forma, verifica-se que a ausência de fiscalização do instrumento o torna, por vezes, ineficiente, dando margem à ocorrência de novas agressões contra a mulher, senão, o cometimento de feminicídio, fomentado pela ira do agressor já denunciado que possui como empecilho à concretização de sua cogitação apenas um documento em suas mãos ordenando-lhe a não se aproximar da vítima (WERMUTH; MEZZARI, 2021, p. 191).

Conforme o Código de Processo Penal, em seu artigo 313, inciso III, o juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, se no crime houver hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, idoso, adolescente, enfermo ou pessoa com deficiência, para que se garanta a execução das medidas protetivas de urgência (BRASIL, 1941).

Com o intuito de ressaltar a importância da obediência à decisão judicial que confere as medidas protetivas de urgência, o legislador pátrio, por meio da Lei n 13.641 de 3 de abril de 2018, alterou a Lei Maria da Penha, tipificando o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, adicionando ao referido diploma legislativo o artigo 24-A, que preceitua:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (BRASIL, 2018, p. 1)

Assim, o descumprimento de medidas protetivas de urgência foi efetivamente criminalizado pelo legislador brasileiro, independentemente da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas, razão pela qual tal descumprimento ganha um tipo penal próprio, onde outrora se configurava crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal.

Em conclusão, a criação da Lei Maria da Penha e a inclusão do instituto das medidas protetivas de urgência, estabeleceram um verdadeiro arcabouço legislativo e de políticas públicas de proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Muito embora existam críticas acerca da fiscalização e implementação das medidas estipuladas pela lei, é inegável que a Lei Maria da Penha representou um avanço da sociedade brasileira no combate contra a violência doméstica.

### **3 APONTAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA TEORIA INTEGRATIVA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN**

No presente capítulo, pretende-se expor o arcabouço teórico produzido por Ronald Dworkin que culmina em sua teoria do direito como integridade, amplamente reconhecida e utilizada por hermeneutas ao redor do globo. A visão de Dworkin do direito como uma construção social interpretativa é imprescindível para se entender como o ordenamento jurídico brasileiro, desde a implementação da Constituição Federal de 1988, lentamente construiu um conjunto de valores e princípios que nortearam, finalmente, em 2022, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1977124, que entendeu que as mulheres transexuais podem requerer as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, aplicando-se inovadores conceitos de gênero, como identidade social, em detrimento de um entendimento puramente biológico da mulher como apenas um ser humano pertencente ao sexo feminino.

Neste sentido, aqui não se pretende realizar um levantamento de toda a bibliografia produzida pelo autor, eis que tal esforço mereceria uma dissertação inteira por si só. No entanto, aqui se demonstrará pontos chave do pensamento do autor que, por sua vez, informam a sua teoria de direito como integridade.

Assim, inicialmente, pretende-se apresentar a divergência que Ronald Dworkin possuiu, durante longo período de sua carreira, com o positivismo jurídico, principalmente por meio de seus debates acadêmicos com H. L. A. Hart, criticando-se a discricionariedade judicial e a aplicação de regras como medidas de “tudo ou nada”.

Após, o trabalho focará nos estudos de Dworkin acerca da apresentação de um *framework* da moral, sendo esta vista de maneira objetiva e sob um prisma interpretativo, expondo seus apontamentos e sua crítica às visões céticas – internas ou externas – da moral ou da ideia de subjetivismo moral. Dworkin estabelece que a moral pode ser entendida como objetiva, mesmo que não se alicerce em princípios e ideias metafísicas e imutáveis, assim como expostas por religiosos.

O *framework* da moral de Dworkin é complementado por sua ideia de ética. Dworkin integra moral e ética como interdependentes na construção das práticas e valores que norteiam o ordenamento jurídico de uma sociedade. Neste sentido, estudar-se-á a ética em Dworkin e seus conceitos de autenticidade e responsabilidade.

Uma teoria integrativa do direito, a partir de uma construção interpretativa, necessariamente precisa de um ponto de partida igualitário, haja vista que uma sociedade desigual está em desacordo com uma construção de um *framework* moral e ético que norteie a sociedade como um todo – e não apenas os que estão no topo. Assim, passar-se-á a apresentar a teoria da igualdade para Dworkin.

Finalmente, o presente trabalho apresentará a culminação dos pontos acima expostos na teoria de direito como integridade de Dworkin, passando por suas notórias explicações acerca dos princípios norteadores do Direito, da atuação do juiz e da construção da interpretação do direito como um romance em cadeia.

### 3.1 EXPOSIÇÃO DA CRÍTICA DE RONALD DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO E A CONSEQUENTE DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

O ponto de partida para se introduzir o pensamento de Ronald Dworkin, da identificação de princípios norteadores do ordenamento jurídico, ao contrário do direito ser visto apenas como um conjunto de regras, deve, necessariamente, passar pelo embate que o autor travou com a teoria do positivismo jurídico, notadamente de H. L. A. Hart.

Em sua obra “Levando os Direitos a Sério” (2002), o autor expõe 2 capítulos que versam sobre os modelos de regras pertencentes à teoria do positivismo jurídico e apresenta suas críticas à tal acepção exclusivamente legalista do direito.

Neste sentido, o autor propõe um questionamento acerca da aplicação de regras, propondo a seguinte indagação:

Estamos acostumados a resumir nossos problemas às questões clássicas da teoria do direito: O que é "o direito"? Quando, como ocorre frequentemente, duas partes discordam a respeito de uma proposição "de direito", sobre o que estão discordando e como devemos decidir sobre qual dos lados está com a razão? Por que denominamos de "obrigação jurídica" aquilo que "o direito" enuncia? Neste caso, "obrigação" é apenas um termo técnico que significa apenas o que é enunciado pela lei? Ou a obrigação jurídica tem algo a ver com a obrigação moral? Podemos dizer, pelo menos em princípio, que temos as mesmas razões tanto para cumprir nossas obrigações jurídicas como para cumprir nossas obrigações morais?

[...]

Suponhamos que um caso inusitado de direito à privacidade chegue ao tribunal e que o autor da ação não invoque nenhuma lei ou jurisprudência. Que papel deveria desempenhar na decisão do tribunal o fato de que a maioria das pessoas da comunidade pense que cada indivíduo tem uma prerrogativa "moral" a essa privacidade particular? Suponhamos que a Suprema Corte ordene a libertação de um prisioneiro porque a polícia utilizou métodos que a partir de agora a Corte declara proibidos constitucionalmente, embora em suas decisões anteriores tenham aceito esses procedimentos. Deve a Corte, para ser consistente, libertar todos os prisioneiros anteriormente condenados com base nos mesmos procedimentos? Perplexidades conceituais sobre "o direito" e a "obrigação jurídica" tornam-se agudas quando um tribunal é confrontado com um problema como esse. (DWORKIN, 2002, p. 23-24).

Desta forma, o autor já propõe o problema principal sobre as regras e obrigações jurídicas advindas apenas daquilo que o direito preceitua. Em um sentido, entende que as obrigações jurídicas não podem ser apenas aquilo que o direito dita, eis que estas podem se confundir com obrigações morais. O cumprimento de muitas obrigações consideradas jurídicas pode advir não exclusivamente do direito escrito, mas de uma obrigação moral construída pela prática construtiva social e interpretativa. No mesmo sentido, se o direito significa apenas um modelo de conjunto de regras e de procedimentos, deveria então, de fato, a Corte seguir entendimento anterior para manter a consistência em relação a prisioneiros anteriores? O modelo de regras não consegue responder tais questões.

Conforme o autor (2002), o positivismo possui um esqueleto que possui certas posições centrais que norteiam tal teoria do direito. Neste sentido, expõe os 03 pontos principais da teoria positivista que são:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes

de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como "regras morais") que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

(b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com "o direito", de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante "a aplicação do direito". Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, "exercendo seu discernimento pessoal", o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

(c) Dizer que alguém tem uma "obrigação jurídica" é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem.) Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria. (DWORKIN, 2002, p. 27-28).

Conforme Pedron e Ommati (2020), H. L. A. Hart, um dos proponentes do positivismo jurídico – e principal alvo das críticas de Dworkin –, possuía uma teoria bem elaborada acerca do direito, de modo que este, como prática social, é essencialmente composto por um conjunto de regras e tais regras são organizadas a partir de 2 tipos lógicos, quais sejam, as regras primárias e as secundárias.

Neste sentido, a regra primária é aquela que estabelece as obrigações aos membros de uma comunidade, ou seja, estabelece uma sanção como a consequência do descumprimento de uma regra, gerando uma atitude ilícita, ao passo que uma regra secundária é aquela que irá prescrever os mecanismos pelos quais as regras poderão ser estabelecidas, modificadas ou até excluídas do ordenamento jurídico (DWORKIN, 2002).

O problema da visão do direito sob a perspectiva positivista de um conjunto de regras de aplicação “tudo ou nada” onde as pessoas só possuem direitos e obrigações jurídicas segundo aquilo que é expresso no ordenamento é que:

[...] quando casos complexos e inusitados – casos difíceis – cuja controvérsia ainda não foi acordada expressamente a priori pela legislação, são levados

aos tribunais para se saber quais direitos e obrigações têm as partes, o positivismo jurídico vacila e (COURA; AZEVEDO, p. 115) [...] quase invariavelmente levado a explicar os casos difíceis em termos de exercício de poder discricionário por parte de alguém (DWORKIN, 2007a, p. 35 *apud* COURA; AZEVEDO, 2014, p. 115).

Desta forma, conforme Dworkin, se um caso difícil – *hard case* – for apreciado pelo aplicador do direito e não for contemplado por qualquer regra do ordenamento jurídico, ou qualquer decisão anterior que possa orientar o processo decisório, o juiz, conforme o positivismo de Hart, irá o decidir com base em seu poder discricionário. Neste sentido, o poder discricionário diz respeito ao juiz não estar obrigado por qualquer padrão ou comando normativo estabelecido pela lei (DWORKIN, 2002).

Assim, o cerne da crítica do autor ao positivismo jurídico repousa no fato de que, nestes casos de difícil apreciação, os aplicadores do direito não recorrerão ao seu poder discricionário, mas sim a padrões normativos que não apresentam funcionamento como regras de tudo ou nada, mas que são informados por outros padrões, como os princípios e as políticas (DWORKIN, 2002).

Desta forma, o positivismo jurídico acaba por ignorar qualquer outro tipo de padrão que informa o processo decisório dos juristas que não sejam através das regras, e isso não se verifica na realidade objetiva. Neste sentido, acerca de políticas e princípios, explica o autor:

Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (DWORKIN, 2002, p. 36).

Para realizar a diferenciação entre princípios, em seu sentido genérico, Dworkin reúne vários exemplos em que o processo decisório dos aplicadores do direito não foi informado pelo uso das regras, ou pela discricionariedade do positivismo de Hart:

Em 1889, no famoso caso Riggs contra Palmer, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: "É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino." Mas o tribunal prosseguiu, observando que "todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime". O assassino não recebeu sua herança. (DWORKIN, 2002, p. 37).

A ideia de "máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro" remete a um conjunto de princípios que norteia a decisão dos aplicadores do direito e que, por sua vez, impediu que o assassino que ceifou a vida de seu avô recebesse a herança que tinha sido estipulada pela vítima em seu favor, pois não pode aproveitar-se de sua própria torpeza, e tal conclusão não adveio da aplicação de regras de tudo ou nada, haja vista que o direito positivado, se tivesse sido interpretado apenas em sua acepção literal, concederia ao assassino a possibilidade de receber a herança.

Consoante o elucidado por Dworkin, a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica:

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão

[...]

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.

[...]

Um princípio como "Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos" não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção - por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estimulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um

princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção. (DWORKIN, 2002, p. 39-42).

Assim, Dworkin demonstra que, no que diz respeito aos princípios, existem duas orientações que podem ser seguidas: a primeira é que se pode tratar os princípios da mesma forma como são tratadas as regras jurídicas, no sentido de que possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em consideração pelos aplicadores do direito que, por sua vez, tomam decisões acerca das obrigações jurídicas. Caso essa orientação seja seguida, a conclusão lógica é que o direito inclui tanto princípios como regras.

Em contrapartida, caso não se entenda que os princípios possuem obrigatoriedade com força de lei, então quando o aplicador do direito faz uso de princípios em seu processo, ele vai além do direito, proferindo uma decisão fora das regras positivadas, exercendo sua discricionariedade. Esta segunda hipótese, segundo Dworkin, é aquela utilizada pelos positivistas jurídicos (DWORKIN, 2002).

Assim, o primeiro modelo supracitado é justamente aquele proposto por Dworkin, um modelo de ordenamento jurídico que leve em consideração os princípios como norteadores do processo decisório dos aplicadores do direito, que possuem obrigatoriedade de lei, afastando assim, a discricionariedade prevista no positivismo jurídico que tanto critica.

### 3.2 O SISTEMA INTEGRADO DA MORAL E A ÉTICA CONFORME RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin, por meio de suas obras, defende a tese filosófica da unidade do valor. Assim, ressalta que os valores morais e éticos são interdependentes, pretendendo elaborar uma teoria “sobre o que é viver bem e o que se deve ou não fazer, se quisermos viver bem, pelas outras pessoas” (DWORKIN, 2012, p. 13).

Em sua obra “Justiça para Ouriços” (2012), Dworkin realiza um estudo aprofundado sobre a moral, com intuito de estabelecer que a moral deve se alicerçar em bases objetivas, que não se confundem com uma verdade moral absoluta transcendente e extrínseca ao ser humano. Para tanto, o autor dedica uma parte de um capítulo, bem como outro capítulo inteiro apenas para o estudo da moral.

O estudo na perspectiva do Direito é importante para o autor, haja vista que, conforme o mesmo, toda e qualquer norma de direito depende de uma justificativa moral. Dworkin, neste sentido, discorda da máxima positivista de separação entre a moral e o direito, afirmando que o direito se mostra como um segmento da moral, e não como algo distinto dela, assim, a teoria jurídica é vista como uma parte singular da moral política, qualificada por um novo aprimoramento das instituições (DWORKIN, 2010).

Neste sentido, o desafio em sua obra (DWORKIN, 2012) aponta que, antes de realizar uma análise acerca da possibilidade de valores como igualdade ou honestidade serem genuínos, deve-se, primeiramente, realizar um exercício de raciocínio em um nível maior de abstração: deve-se considerar, como matéria de princípio, se existem, de fato, coisas como valores:

Poderão as crenças sobre o valor - acreditar que é errado roubar, por exemplo - ser realmente verdadeiras? Ou poderão ser falsas? Assim, o que pode tomar tal crença verdadeira ou falsa? De onde vêm esses valores? De Deus? E se não houver Deus? Poderão os valores existir por aí, fazendo assim parte desse aí? Neste caso, como podem os seres humanos contactar com eles? Se alguns juízos de valor são verdadeiros e outros falsos, como podemos nós, seres humanos, distingui-los? [...] A partir de que perspectiva neutra pode a verdade ser finalmente testada e estabelecida? (DWORKIN, 2012, p. 35).

O autor (2012) deixa extremamente claro que considera a moralidade como filosoficamente independente de outros departamentos do valor. Assim, as respostas às perguntas acerca do conhecimento moral e da verdade devem ser encontradas dentro desses departamentos, e não fora deles, então, uma teoria do valor deve, necessariamente, incluir uma teoria da verdade no valor, e não esperar que venha de fora de si. Assim, o problema da moral é resolvido dentro da própria moral.

Importante, para este subcapítulo e para o próximo, é o fato de que se diferencia a ética da moralidade. Um juízo ético se refere ao que as pessoas fazem para que

possam viver bem, ou seja, aquilo que devem aspirar para suas próprias vidas. Um juízo moral, no entanto, se refere a uma afirmação sobre como as pessoas devem tratar os outros (DWORKIN, 2012).

Dworkin, portanto, deseja demonstrar que a moral é objetiva, independentemente de valores metafísicos intangíveis e imutáveis, e para chegar a tal conclusão, passa por vários institutos referentes à moral, de modo a expô-los e criticá-los, para, apenas após, chegar a sua conclusão a objetividade da moralidade, de acordo com o seu sistema proposto.

Apresenta-se, então, a “perspectiva comum” da moral, usando-se um exemplo extremo: a tortura de bebês. Talvez uma pense que torturar bebês seja moralmente errado e que a sua opinião moral acerca de tal tema se relaciona com a verdade, de maneira que quem discorda de sua posição está cometendo um erro, embora esta pessoa, mais comumente, professe que suas convicções são “certas ou corretas” ao invés de verdadeiras. Esta pessoa, acredita que sua convicção moral independe daquilo que qualquer outra pessoa sente, afirmando que “torturar bebês por diversão” é realmente errado, ou objetivamente mau. O autor afirma, então, que essa perspectiva em relação à moral onde, pelo menos algumas convicções morais são verdadeiras objetivamente, é “muito vulgar”. (DWORKIN, 2012, p. 38)

Além disso, sobre a perspectiva comum, Dworkin reforça:

O leitor não pensa que a incorreção de torturar bebês ou terroristas seja apenas uma questão de conhecimento científico. Não pressupõe que poderia provar a verdade da sua opinião ou até fornecer provas disso apenas com algum gênero de experiência ou de observação. É claro que, através da experiência ou da observação, poderia mostrar as consequências de torturar bebês - por exemplo, os danos físicos e psicológicos infligidos. Contudo, não poderia demonstrar desta maneira que é errado produzir essas consequências. Para isso, necessita de algum gênero de argumento moral, e este não é uma questão de demonstração científica ou empírica (DWORKIN, 2012, p. 39).

A perspectiva comum, necessariamente, “é forçada a avaliar o juízo moral pelo seu valor aparente” (DWORKIN, 2012, p. 39). Assim, se há uma convicção moral de que a Guerra no Iraque é errada, então isso é professado com um fato, ou seja, uma

característica imutável do universo. No entanto, existem certas dificuldades quanto a tal indagação.

Em primeiro lugar, no que consistem fatos morais? Eles podem ser provados? As ciências que realizam afirmações sobre o mundo físico se tornam verdadeiras justamente por causa da realidade e demonstrabilidade no mundo físico. No entanto, o mesmo não pode ser falado da moral. Não existem partículas morais – que o autor chama de *morões* – que, por sua vez, arranjam-se de determinada forma que transformam a Guerra ao Iraque objetivamente errada, independentemente de qualquer opinião pessoal ou fato histórico. Em segundo lugar, existe também a problemática de “como se pensa que os seres humanos conhecem verdades morais ou formam crenças justificadas sobre essas verdades morais” (DWORKIN, 2012, p. 41).

Assim surge uma classe de filósofos morais que professam forte rejeição da perspectiva comum de moralidade, negando que os juízos morais possam ser objetivamente verdadeiros: os céticos. Dworkin subdivide tal ceticismo em duas categorias: o ceticismo interno e o ceticismo externo, e aponta falhas em ambas as correntes de pensamento:

O ceticismo interno sobre a moralidade é um juízo moral substantivo de primeira ordem. Recorre a juízos mais abstratos sobre a moralidade, de maneira a negar que alguns juízos mais concretos ou aplicados sejam verdadeiros. O ceticismo externo, pelo contrário, parece basear-se inteiramente em asserções externas de segunda ordem sobre a moralidade. Alguns céticos externos baseiam-se no tipo de factos sociais que já descrevi: afirmam que a diversidade histórica e geográfica das opiniões morais mostra, por exemplo, que nenhuma opinião desse género pode ser objetivamente verdadeira. Contudo, os céticos externos baseiam-se, como disse atrás, em teses metafísicas sobre o tipo de entidades que o universo contém. Afirmam que estas teses metafísicas são proposições externas sobre a moralidade e não juízos internos da moralidade. Assim, tal como a metáfora sugere, o ceticismo interno coloca-se dentro da moralidade substantiva de primeira ordem, enquanto o ceticismo externo é supostamente arquimediano: coloca-se acima da moralidade e julga-a a partir de fora. Os céticos internos não podem ser céticos sobre toda a moralidade, pois têm de reconhecer a verdade de alguma asserção muito geral, de maneira a estabelecerem o seu ceticismo sobre outras asserções morais. Baseiam-se na moralidade para atacarem a moralidade. Os céticos externos afirmam-se céticos sobre toda a moralidade. Dizem que podem atacar a verdade moral sem nela se basearem (DWORKIN, 2012, p. 42-43).

Dworkin apresenta, ainda, teorias filosóficas que afirmam que a verdade moral – ou seja, a existência de fatos morais – é a causa pela qual os indivíduos têm suas convicções morais, a tese do impacto causal e da dependência causal (DWORKIN, 2012).

A hipótese do impacto causal parte do princípio de uma verdade moral absoluta que, por sua vez, influencia as convicções morais das pessoas, a partir de uma relação de causa efeito entre os fatos morais e as convicções morais. Assim, os fatos morais são como verdades absolutas, independentemente de contexto histórico ou do indivíduo cuja convicção é professada. É uma moralidade indiscutível e deve ser aceita por todos, de qualquer maneira. No entanto, tal hipótese não é demonstrável empiricamente para que possa ser provada. Além disso, não explica como que diante de uma mesma questão, dois indivíduos podem possuir convicções morais completamente opostas. Tal ideia não coaduna com o princípio de uma verdade moral imutável no universo. Assim, nada sustenta a ideia da existência de uma verdade moral absoluta, violando-se o princípio de Hume, entendido por Dworkin como a tese em que nenhum valor poderá derivar de fatos que são não avaliativos (FEIO, 2018).

A dependência causal é fortemente rechaçada por Dworkin, por ser uma tese ampla que não se limita ao campo moral. Abrange-se qualquer campo do conhecimento desde que a crença levantada pela pessoa tenha fundamento basilar no que lhe deu causa. Afirma-se que a verdade moral não causa as convicções morais, pois estas não possuem qualquer tipo de fundamento de suficiente solidez, assimilando-se assim, a um tipo de ceticismo externo extremo, como se nada fosse confiável, mesmo havendo consenso sobre algo. Tudo não passa de uma crença. Tal afirmação, no entanto, ao incidir sobre as bases do conhecimento, refuta a própria ideia de dependência causal, não sendo seguida por filósofos, no geral (FEIO, 2018).

Assim, qual é a resposta de Dworkin para o problema da moralidade? De que maneira o autor escapa do relativismo moral e do ceticismo, mantendo uma coerência em sua teoria sobre a moralidade, de forma que a mesma possa ser entendida como objetiva?

Quando se justifica que pensemos que um juízo moral é verdadeiro? A minha resposta à primeira questão é que os juízos morais se tornam verdadeiros quando são verdadeiros, graças a um argumento moral adequado da sua verdade. É claro que isto sugere outras questões: o que torna adequado um

juízo moral? A resposta deve ser: outro argumento moral da sua adequação. E assim por diante. Isto não significa que um juízo moral se torne verdadeiro graças a argumentos que, de facto, são feitos para ele: estes argumentos podem não ser adequados. Também não significa que se torne verdadeiro devido à sua consistência com outros juízos morais.

[...]

Quando se justifica que consideremos verdadeiro um juízo moral? A minha resposta é a seguinte: quando temos justificação para pensar que os argumentos em defesa da sua verdade são argumentos adequados. Ou seja, quando temos exatamente as razões para pensar que estamos certos nas convicções que temos para pensar que as nossas convicções são certas (DWORKIN, 2021, p. 49).

Neste sentido, os argumentos morais adequados da verdade de um juízo moral não são demonstrados em um vácuo, pois precisam de um sistema que norteie tal adequação. A moral, conforme Dworkin, deve ser pensada sob um prisma interpretativo:

[...] devemos tratar o pensamento moral como uma forma de pensamento interpretativo e que só podemos adquirir responsabilidade moral se tivermos como objetivo a explicação mais compreensiva que pudermos encontrar de um sistema do valor mais geral, no qual figurem as nossas opiniões morais. Este objetivo interpretativo fornece a estrutura do argumento adequado. Define a responsabilidade moral. Não garante que os argumentos que construímos dessa maneira sejam adequados; não garante a verdade moral. No entanto, quando considerarmos adequados os nossos argumentos, após esse género de reflexão compreensiva, teremos conquistado o direito de viver de acordo com eles. Por conseguinte, o que nos impede de afirmar que estamos certos de que são verdadeiros? Apenas a nossa sensação, confirmada por larga experiência, de que se podem encontrar melhores argumentos interpretativos (DWORKIN, 2021, p. 50).

Dworkin introduz, então, sua perspectiva de progresso moral. A moralidade, por razão dos motivos aqui expostos, não pode advir daquilo conhecido como “verdade moral” ou “fato moral”, pois não é uma característica fixa do universo, como as partículas de “*morões*” que o autor propõe. A moral evolui – apresenta um progresso – com o passar do tempo, na medida que os argumentos interpretativos acerca da moralidade são adequados e coerentes, segundo o próprio sistema moral que norteia os valores de uma sociedade. O filósofo usa a abolição da escravidão como exemplo, uma vez que, anteriormente, se defendia a escravidão baseando-se em argumentos pragmáticos, no entanto, os argumentos acerca da defesa da escravidão foram, com o tempo, não se adequando a um sistema integrado moral e ético, e se tornaram, conseqüentemente, obsoletos. (DWORKIN, 2012)

A teoria acerca da moral de Ronald Dworkin está intrinsecamente ligada à sua proposição acerca da ética. A ética, para o autor, como dito anteriormente, diz respeito a como se viver o seu próprio projeto de vida, no sentido da busca pela felicidade. Assim, a ética está ligada ao plano individual, e a busca pela felicidade é denominada de “viver bem”. (DWORKIN, 2012)

No entanto, a ética, em sua acepção individual, conforme o autor, não leva a um egocentrismo individualista, pois para se viver bem, precisa-se de se viver uma “vida boa”. Neste sentido, a vida boa não diz respeito apenas a si, mas como viver a vida considerando todas as outras pessoas, e as relações para com elas. Uma pessoa deve “viver bem” e levar uma “vida boa”. Tal afirmação representa justamente a integração e interdependência entre os conceitos de moral e ética. (DWORKIN, 2012)

Sobre a integração e interdependência da ética e a moral em Dworkin, Dutra (2018) elucida da seguinte maneira: para Dworkin, viver bem, ou ter uma vida boa, é matéria de interpretação. Trata-se, ambos, de conceitos interpretativos e interdependentes. Ainda que distintos. Viver bem significa o esforço em criar uma vida boa – aspecto moral -, sujeita apenas a certas restrições essenciais à dignidade humana.

Desse modo, Ronald Dworkin desenvolve a hipótese de que viver bem é dar um sentido ético à vida, como um pianista dá sentido à música que toca. O filósofo americano afirma que o valor final de nossas vidas é adverbial, e não adjetivo, querendo dizer que o valor se encontra mais no meio (ou no modo como se vive) do que no resultado desta performance. Voltando à analogia com a arte, é como comparar uma pintura original, produto de uma determinada performance, que se valoriza, com uma mera cópia da tela: ainda que o resultado possa ser parecido, o valor estaria na performance, na construção da obra. (DUTRA, 2018, p. 335-336).

A dignidade humana é o valor que conecta à ética e à moral. Para o autor, a dignidade humana tem ligação com dois princípios éticos necessariamente basilares para se viver bem. O primeiro é o respeito próprio, onde cada ser humano deve levar a sua própria vida a sério, tendo-se a vida como uma realização bem-sucedida e não uma oportunidade perdida. O segundo princípio é o da autenticidade, onde a pessoa tem a responsabilidade de criar a vida que quer para si de forma coerente com o que tal pessoa aprova. (DUTRA, 2018)

Tais princípios e ideias significam que, primeiro, toda vida deve ser respeitada e protegida. Mais que respeitada e protegida, pelo primeiro princípio, exige-se que uma vida humana não seja desperdiçada. Cada pessoa deve levar a sua vida a sério, ou seja, deve aproveitar, ao invés de desperdiçar, a sua oportunidade de viver: há, com efeito, uma importância objetiva em se viver

bem, de modo que devemos tratar nossas vidas como dotadas dessa importância.

Já pela segunda ideia ou princípio, uma vez protegida e respeitada e não desperdiçada, a vida humana deve ser vivida pelo indivíduo a partir da responsabilidade individual deste indivíduo por sua vida. É dizer: cabe a cada indivíduo construir seu projeto de felicidade, sucesso e realização de sua vida. 34 Cada um tem a responsabilidade de identificar aquilo que conta como sucesso em sua própria vida (já que você se leva a sério - pondera o autor -, viver bem expressa o seu próprio estilo de vida, a maneira com a qual você a encara (DUTRA, 2018, p. 40).

Dworkin termina a sua obra realizando seu apontamento final acerca de viver bem e ter uma vida boa, e como ambos os conceitos são interdependentes dentro do sistema interpretativo que propôs, sendo ligados pela sua concepção de dignidade humana:

Queríamos não só identificar a independência do valor, mas também encontrar, pelo menos, um modelo tosco para a unidade do valor. Queríamos defender a demanda de um ouriço pela justiça com uma teoria da ética e da moral muito mais inclusiva. Concluo este livro regressando à questão ética central na nossa estrutura.

Uma pessoa vive bem quando encontra e adota uma vida boa para si mesma e quando o faz com dignidade, com respeito pela importância das vidas das outras pessoas e pela responsabilidade ética tanto dos outros como da sua própria. Os dois ideais éticos - viver bem e ter uma vida boa - são diferentes. Podemos viver bem sem ter uma vida boa: podemos ter azar, viver numa grande pobreza, sofrer uma injustiça grave ou de uma doença terrível e ter uma morte prematura. O valor da nossa luta é adverbial; não reside no caráter bom ou no impacto da vida realizada. É por isso que as pessoas que vivem e morrem em grande pobreza podem, porém, viver bem. Ainda assim, todos temos de fazer o possível para que a nossa vida seja tão boa quanto poderia ter sido. Uma pessoa vive mal se não se esforçar suficientemente para tornar boa a sua vida. (DWORKIN, 2012, p. 427).

### 3.3 O CONCEITO DE IGUALDADE PARA RONALD DWORKIN

O capítulo foi iniciado com a exposição das críticas de Ronald Dworkin ao positivismo, com o principal objetivo de expor que o pensamento do autor repousa em demonstrar o importante papel dos princípios norteadores do próprio império do direito, bem como da relevância da interpretação na prática construtiva jurídica, de maneira que a atividade interpretativa do aplicador do direito não diz respeito mais a tentar entender a mente do legislador quando este positivou a norma, ou de fazer uso de seu poder discricionário em casos difíceis não previstos pela norma. O sistema proposto de Dworkin faz uso dos princípios como norteadores das decisões, mas que possuem força da obrigatoriedade da lei.

Tal sistema está necessariamente integrado dentro do *framework* moral do filósofo, uma vez que, conforme já exposto, o direito se apresenta como um segmento da moral. E o sistema integrado moral proposto pelo autor engloba os conceitos morais e éticos dentro deste próprio sistema – a ideia de viver bem e viver uma vida boa.

Assim, para Dworkin, um governo só é legítimo quando for norteado por dois princípios que ele chama de dominantes:

Um governo só é legítimo se subscrever dois princípios dominantes. Em primeiro lugar, deve mostrar igual preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica domínio. Em segundo, deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida algo de valioso. Estes princípios orientadores estabelecem limites em torno das teorias aceitáveis da justiça distributiva - as teorias que estipulam os recursos e as oportunidades que um governo deve atribuir às pessoas que governa. (DWORKIN, 2012, p. 14).

Portanto, um governo deve ser norteado pelo princípio moral e ético conforme já exposto no subcapítulo anterior, bem como por ideais de igualdade que, quando combinados ao *framework* integrado de moral e ética do pensador, informam as teorias de justiça distributiva e de como será realizada a distribuição de oportunidades e recursos.

O conceito de liberdade é igualmente importante para o autor (2012), haja vista que

A justiça exige tanto uma teoria da liberdade como uma teoria da igualdade dos recursos, e, ao construirmos essa teoria, temos de estar conscientes do perigo de a liberdade e a justiça entrarem em conflito. [...] defendo uma teoria da liberdade que elimina esse perigo. Distingo a autonomia [*freedom*] de uma pessoa, que é apenas a sua capacidade de fazer o que quiser sem ser condicionada pelo governo, da liberdade [*liberty*] de uma pessoa, que é a parte da sua autonomia que o governo faria mal em condicionar. Não defendo qualquer direito geral à autonomia. Ao invés, defendo direitos à liberdade que assentam em bases diferentes. As pessoas têm direito à independência ética, que decorre do princípio da responsabilidade pessoal. Têm direitos, incluindo direitos de expressão, que são requeridos pelo seu direito mais geral a governarem-se a si próprias, que também decorre da responsabilidade pessoal. Têm direitos, incluindo direito ao devido processo legal e à liberdade de propriedade, que decorrem do seu direito à igual preocupação. (DWORKIN, 2012, p. 16).

Percebe-se que, tanto a igualdade quanto a liberdade, para o autor, possuem direta conexão com seu *framework* integrativo moral e ético, pois é a base de todo seu pensamento que propõe a legitimidade dos governos.

Em sua obra, “A Virtude Soberana” (2005), o filósofo apresenta sua teoria de igualdade, conhecida como igualdade de recursos. Tal proposição determina que o Estado trate os seus cidadãos com igualdade de respeito e de consideração.

A igualdade de consideração diz respeito a não tratar diferenciadamente os interesses de um cidadão sobre outros, enquanto a igualdade de respeito demanda que cada cidadão possa fazer suas próprias escolhas para se viver bem de acordo com seus projetos éticos – novamente, nos limites da dignidade – sendo que os indivíduos devem ser responsáveis pelas suas escolhas e ambições. Além disso, deve o governo tratar a todos conforme sua dignidade e circunstâncias que as diferenciam de outras pessoas.

No campo socioeconômico, o filósofo expõe que a igual consideração precisa de uma distribuição de recursos conforme um leilão hipotético, entre um grupo de náufragos, que se encontram em uma ilha, com recursos escassos, e tais recursos devem ser distribuídos igualmente. Os leilões ocorrerão para se obterem todos os recursos da ilha, respeitando a vontade de todos em investir a mesma quantidade de recursos que adquiriram inicialmente, e alcançar resultados que resistam ao teste da ganância. Todos podem escolher em quais recursos pretendem investir. Tal leilão também deve possuir um tipo de “seguro” contra o “azar” de um naufrago, que o põe em desvantagem, como uma deficiência, por exemplo. Neste sentido, muito embora as pessoas, inicialmente, tenham recursos iguais, a desigualdade ocorrerá por razão das escolhas e ambições de cada pessoa, no entanto, tais desigualdades geradas não serão injustas. (DWORKIN, 2005)

A igualdade de recursos [...] presume apenas que tratamos as pessoas com preocupação igual quando permitimos que cada pessoa conceba a sua própria vida, consciente de que as suas escolhas terão, entre outras consequências, um impacto na sua própria riqueza. No entanto, é fundamental para esta compreensão que o caráter e o nível desse impacto reflitam o efeito que as suas escolhas têm nas fortunas dos outros; o custo para os outros, em oportunidades perdidas, das várias decisões que uma pessoa tomou. (DWORKIN, 2012, p. 371).

### 3.4 O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Conforme o exposto, o pensamento de Ronald Dworkin opera a partir de um sistema integrativo entre moral e ética, interligados a partir de sua conexão pela dignidade humana, e onde o governo legítimo precisa atentar-se em garantir o princípio fundamental da igualdade, para se garantir uma sociedade equânime e democrática.

A ideia de direito como integridade ou prática social interpretativa remonta, novamente, à crítica do autor ao positivismo, no entanto, ao apresentar a ideia de integridade do direito, o autor também critica o viés pragmático de certas teorias do direito. Assim, conforme o autor (1999), o Direito não é criado pelos juízes, mas sim construído por todas as partes envolvidas, dentro de um sistema de valores, mediante norteamento dos princípios. Deste modo, rompe completamente com os positivistas jurídicos, pois tal teoria reside na ideia da aplicação de regras de tudo ou nada e, quando estas se mostram insuficientes, os juízes apelam para seu poder discricionário.

Portanto, a interpretação é central ao pensamento do autor. Um clássico exemplo utilizado por Dworkin para atacar o positivismo jurídico a partir da sua ideia de construção interpretativa do direito, é aquele que se refere às regras de cortesia, onde os camponeses precisavam tirar o chapéu na frente dos nobres. Essas regras passam por uma espécie de ciclo histórico, sendo entendidas como um tabu. Portanto, a regra é imutável e indiscutível. No entanto, após o início, poderá se perceber uma atitude interpretativa destes membros da comunidade: em princípio, começa-se a entender que a regra não apenas existe, mas tem um propósito; então, após isso, entende-se que as regras devem se adaptar a esse propósito - para serem não apenas mutáveis, mas interpretáveis – levando-se, assim, ao fim de processo de aplicação mecânica das normas de cortesia (OMMATI; COURA, 2020).

Assim, entende-se, a partir desse esquema, que a interpretação da prática social é mais parecida com a interpretação artística - o que as pessoas criam é explicado, mas

representa uma entidade diferente delas - e ainda é uma forma construtiva de interpretação. (OMMATI; COURA, 2020)

Em outros termos, a interpretação é construída por meio de uma prática, justamente por ser uma questão de atribuição, de maneira a se obter “o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual se presume que ela pertence. O propósito da interpretação é, visto sob esta perspectiva, tornar aquilo que se interpreta o melhor que pode ser” (STRECK; MORBACH JÚNIOR, 2019, p. 50).

Neste sentido, Ommati e Coura (2020) elucidam que os sistemas de direito autorizam a coerção estatal:

O Direito – como um conceito interpretativo – exige, portanto, por parte da comunidade, um consenso inicial no sentido de estabelecer quais práticas sociais são consideradas jurídicas (nível pré-interpretativo). Nessa perspectiva, pode-se compreender como Direito o “sistema de direitos e responsabilidade que respondem a [um] complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado. Todavia, esse conceito é provisório. Ele levanta uma exigência no sentido de proceder a uma análise mais detalhada de três concepções do Direito: O convencionalismo, o pragmatismo, e o Direito como integridade. (OMMATI; COURA, 2020, p. 323-324)

A concepção convencionalista do direito é definida como o “direito assim como ele é”, e apenas isso. Neste sentido, o juiz fica restrito apenas a aplicar o direito, e não o construir, o alterar, ou o adequar conforme sua própria visão pessoal de ética ou política. O positivismo jurídico, para o autor, é uma forma de direito convencional. (DWORKIN, 1999)

O Direito, sob esta perspectiva convencionalista, é a consequência de decisões deliberadas e conscientes feitas por pessoas que planejam conferir obediência geral em uma comunidade de acordo com suas próprias decisões em uma sociedade complexa. Assim, tal perspectiva – e o positivismo jurídico é uma concepção convencionalista do direito – ignora a existência de outros direitos além daqueles explicitamente identificados por um conjunto de regras. (DWORKIN, 2002)

A concepção do pragmatismo, por sua vez, difere daquela apresentada pelas teses convencionais do direito. Conforme Dworkin:

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida [...]. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes. (DWORKIN, 1999, p. 195)

Neste sentido, os problemas com as duas concepções de direito surgem diante dos casos difíceis, em que a convenção do direito não estabelece perfeitamente qual regra será aplicada:

O problema surge diante dos “casos difíceis” (hard cases). São situações em que a convenção não estabelece de modo claro a decisão mais adequada a ser tomada, e se localizam em uma zona de penumbra ou incerteza no sistema normativo, o que demanda do aplicador do direito um esforço de interpretação considerável para a tomada de decisão

O convencionalismo propõe a utilização da discricionariedade em sentido forte nesse caso, dotando o aplicador do direito de amplos poderes para decidir da maneira que reputar mais adequada, uma vez que não existe convenção expressa definindo a questão. Note-se que exatamente diante das questões mais importantes e polêmicas essa concepção, que se funda na segurança e previsibilidade, assume um caráter de absoluta incerteza, em razão da ampla discricionariedade que possuiria o juiz para decidir o caso concreto.

O pragmatismo, da mesma forma, também faz uso da discricionariedade em sentido forte, pois essa é a regra nessa concepção do direito, que baseia suas decisões de forma utilitarista, negando que os indivíduos possuam direitos que devam ser respeitados, quando em conflito com o bem-estar da comunidade.

Essas concepções de direito são incompatíveis com uma sociedade liberal e democrática porque: 1) violam direitos individuais e 2) possuem um déficit democrático em seu processo de aplicação do direito.

A violação dos direitos ocorre no convencionalismo porque o juiz é dotado, nos casos difíceis, de uma discricionariedade ampla, desrespeitando direitos que podem ser extraídos da lógica do sistema jurídico, quando encarado em sua integridade, embora não previstos de maneira expressa em uma convenção. No pragmatismo, porque sequer consideram os direitos dos indivíduos, em nome de um difuso conceito de bem-estar coletivo. Assim, os direitos deixam de ser encarados como trunfos em face de metas sociais abrangentes, perdendo a importante característica de proteção contra majoritária. (COURA; LACERDA, 2020, p. 76).

O autor apresenta, então, uma teoria alternativa àquelas do convencionalismo e do pragmatismo, que ele chama de direito como integridade.

Em sua concepção, a política comum compartilha com a política utópica (que propõe os requisitos para a constituição de um Estado ideal), certos ideais de estrutura política imparcial, de uma justa distribuição de recursos e oportunidades, e de um processo equitativo. Ele denomina tais ideais de virtudes da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo. A equidade se relaciona com procedimentos de distribuição do poder político de maneira adequada (métodos de escolha de governantes e de tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado). A virtude da justiça se refere às decisões a serem tomadas pelas instituições políticas (legisladores, juízes e outras autoridades), de modo a garantir a distribuição adequada de recursos e a proteção das liberdades civis. O processo legal adjetivo, por sua vez, consiste na adoção de procedimentos de julgamento dos cidadãos que garantam um maior grau de exatidão nas decisões, por meio da análise de provas e de mecanismos de correção e revisão, bem como que observem o respeito aos direitos processuais das partes envolvidas no processo. (COURA; LACERDA, 2020, p. 77)

Neste sentido, Dworkin apresenta uma virtude da integridade fundamental para o entendimento de sua teoria:

A tais virtudes Dworkin acrescenta uma quarta, por ele denominada de virtude da integridade política. Ela só pode ser compreendida, no entanto, se também entendermos o raciocínio da “personificação da comunidade”.

A ideia é simples. A comunidade é encarada como se fosse um indivíduo, com defeitos e qualidades, e a virtude da integridade pode ser compreendida da mesma maneira como identificamos uma pessoa íntegra, ou seja, que respeita determinados valores e é coerente em suas atitudes.

[...]

Assim, a personificação da comunidade nos leva a visualizá-la como um sujeito distinto, que possui valores e princípios próprios, os quais devem ser observados por todos os seus membros, mas que não se confundem com os valores e princípios de cada um deles, quando individualmente considerados.

[...]

Portanto, mesmo diante de uma sociedade marcada pelo multiculturalismo e pela pluralidade de ideias, é possível reconhecer a existência de um conjunto coerente de princípios que direciona a atuação do Estado para a consecução de seus objetivos.

Essa coerência na atuação estatal garante estabilidade às relações intersubjetivas, permitindo aos cidadãos pautarem suas condutas com base em uma expectativa de que não haverá uma mudança repentina de rumo pelos agentes do Estado, sem que haja um motivo relevante e devidamente fundamentado. (COURA; LACERDA, 2020, p. 77-78).

Importante, também, entender que Dworkin realiza uma diferenciação entre a política, ou diretrizes políticas, e princípios. A política estabelece um objetivo que deve ser alcançado, enquanto o princípio se mostra como um padrão que necessita ser observado. (DWORKIN, 2002)

O filósofo (1999) entende que, conforme sua concepção de direito como integridade, a atividade dos juízes acaba por enaltecer a integridade política, que, por sua vez, pressupõe a personificação da comunidade, assim, se engajando conforme os princípios da justiça, da equidade e do processo legal adjetivo. Se alcança, portanto, os objetivos estabelecidos pela política, enquanto se observa os princípios de direito que devem ser seguidos quando da construção dos valores da comunidade.

A integridade, então, não pode ser observada apenas como um meio de se decidir casos concretos similares da mesma maneira, ou seja, não é apenas uma resposta ao problema do convencionalismo e do pragmatismo, mas sim um sistema que exige que as regras sejam formuladas e observadas de forma que expressem este sistema único e coerente de aplicação de justiça. (DWORKIN, 1999)

Assim, a integridade necessita de uma linha condutora de interpretação das regras jurídicas:

Existe uma linha principiológica condutora da interpretação da norma jurídica, a qual se inicia no passado, e não pode ser ignorada. No entanto, essa linha condutora representa um ponto de partida, e não de chegada, devendo direcionar o intérprete para a extração de um sentido normativo que possa espelhar “a prática jurídica sob sua melhor luz”. (COURA; LACERDA, 2020, p. 80).

Neste contexto, é particularmente relevante a analogia utilizada pelo autor de um “romance em cadeia”. A analogia parte da premissa que, no processo de interpretação, cada autor deve se esforçar para produzir o melhor romance possível, como se fosse o resultado da atuação de um autor e não o produto de vários autores. A atitude interpretativa deve tratar elementos como personagens, enredo e gênero de forma sequencial, não como um novo começo (BUNCHAFT, 2012).

Desta forma, Dworkin (1999) afirma que a interpretação deve ser feita pelo aplicador do direito assim como se fosse feita por um romancista em cadeia que, se puder, deve encontrar alguma maneira coerente de olhar para um personagem e um assunto deste romance e, assim, um autor com o mesmo ponto de vista pode, pelo menos, escrever a parte principal do romance, e deve encontrar alguma teoria coerente sobre os direitos jurídicos para que um líder político do mesmo espírito possa chegar à maioria

dos resultados relatados pelo precedente. Assim, cada novo autor que passa a escrever este romance não reinicia o processo de pensamento, mas sim continua tal romance de acordo com aquilo que já fora escrito por outros autores, que estabeleceram uma ordem lógica, coerente, e sistemática de valores e princípios anteriores a ele.

Portanto, a integridade de Dworkin se dá por meio, primariamente, do processo interpretativo de construção do direito. Tal construção se dá conforme o sistema integrativo de valor proposto pelo autor, em que se observa a moral, a ética, a igualdade e a dignidade humana, que são valores e princípios que deverão ser observados nas decisões judiciais, principalmente a decisão objeto desta dissertação, que tem um profundo teor de correção de desigualdades advindas do processo civilizatório excludente brasileiro, no que diz respeito às questões de gênero.

#### **4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTRUÇÃO SOCIAL E JURÍDICA DOS PAPÉIS DE GÊNERO E O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1977124 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O presente capítulo tem como objetivo expor a culminação de toda a exposição empírica e teórica levantadas nos capítulos anteriores, para que se possa responder o problema de pesquisa previamente apresentado: a teoria de Ronald Dworkin de direito como integridade, dentro de seu sistema integrativo de moral e ética, condiz com a evolução do direito de pessoas transexuais no sistema jurídico brasileiro, tendo como uma de suas principais expressões o julgamento do recurso especial nº 1977124, pelo Superior Tribunal de Justiça, de maneira que explica como os juízes participantes de tal julgamento puderam chegar às suas conclusões acerca da concessão de medidas protetivas de urgência, previstas na Lei 11.340/06, à mulher que, embora não pertença à categoria do sexo biológico feminino, se identifica com a categoria de gênero mulher, que por sua vez é histórica, social e culturalmente construída?

Neste sentido, a presente dissertação iniciará este capítulo realizando uma exposição acerca da diferença entre sexo e gênero, e a construção social acerca dos papéis esperados de ambos os gêneros na sociedade, principalmente se considerando a existência de um modelo de estrutura patriarcal, que subjuga e marginaliza o gênero feminino.

Após, realizar-se-á uma exposição sobre tratamento de gênero pelo Poder Judiciário brasileiro, notadamente os direitos de transexuais, que são um grupo social historicamente marginalizado, invisibilizado e juridicamente excluído do ordenamento jurídico. Aqui, pretende-se investigar as mudanças que envolvem direitos de transexuais, para se entender se há algum tipo de evolução moral com o passar do tempo e maior conscientização da sociedade acerca de problemas de gênero.

Finalmente, analisar-se-á o julgamento do Recurso Especial 1977124 pelo Superior Tribunal de Justiça, e analisar-se-á o voto do Ministro Rogério Schietti, que foi seguido pelos outros Ministros julgadores de forma unânime, levando à conclusão de que a mulher transexual possui direito de requerer medidas protetivas de urgência em face

de seu agressor, tudo sob a perspectiva do sistema integrativo moral e ético de Ronald Dworkin, que por sua vez é a base de sua tese de Direito como Integridade.

#### 4.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO GÊNERO COMO UMA CONSTRUÇÃO SOCIAL

A palavra “gênero”, historicamente, foi utilizada para descrever as características inerentes aos sexos masculino e o feminino, explicando-as e diferenciando-as. Na corrente feminista, no entanto, a palavra tem um amplo espectro de aplicação. A palavra gênero, embora hoje muitos entendam que tenha um significado comumente compreendido, possui, pelo menos, dois significados que são diferentes e, inclusive, são contraditórios (NICHOLSON, 1994).

Por um lado, o gênero foi desenvolvido e ainda é frequentemente usado como termo contrastante ao sexo, para descrever o que é socialmente construído em oposição ao que é biologicamente dado. Nesse uso, geralmente se pensa que gênero se refere a traços de personalidade e comportamento em distinção ao corpo. Aqui, gênero e sexo são entendidos como distintos. Por outro lado, gênero tem sido cada vez mais usado para se referir a qualquer construção social que tenha a ver com a distinção masculino/feminino, incluindo aquelas construções que separam corpos “femininos” de corpos “masculinos”. Este último uso surgiu quando muitos perceberam que a sociedade não apenas molda a personalidade e o comportamento, mas também molda as maneiras pelas quais o corpo aparece. Mas se o próprio corpo é sempre visto pela interpretação social, então o sexo não é algo separado do gênero, mas sim aquilo que é subsumível a ele (NICHOLSON, 1994, p. 79, tradução nossa)<sup>3</sup>.

Assim, percebe-se que a própria palavra “gênero” possui uma conceituação e significado complexos, no entanto, não se pode cair na armadilha do senso comum de um determinismo biológico de se equalizar a palavra gênero ao significado de sexo biológico e excluir todas as nuances sociológicas e culturais provenientes do termo.

---

<sup>3</sup> Para conferir credibilidade, segue texto original: On the one hand, gender was developed and is still often used as a contrasting term to sex, to depict that which is socially constructed as opposed to that which is biologically given. On this usage, gender is typically thought to refer to personality traits and behavior in distinction from the body. Here, gender and sex are understood as distinct. On the other hand, gender has increasingly become used to refer to any social construction having to do with the male/female distinction, including those constructions that separate “female” bodies from “male” bodies. This latter usage emerged when many came to realize that society not only shapes personality and behavior, it also shapes the ways in which the body appears. But if the body is itself always seen through social interpretation, then sex is not something that is separate from gender but is, rather, that which is subsumable under it.

Em sua obra, “*Gender and the Politics of History*”, Joan Scott (1988) desenvolve que gênero é uma forma de conhecimento sobre as diferenças sexuais e a autora parte da perspectiva de Michel Foucault sobre o conhecimento, de maneira que assim expõe o tema em seu livro:

Gênero, nesses ensaios, significa conhecimento sobre a diferença sexual. Utilizo conhecimento, seguindo Michel Foucault, para significar o entendimento produzido pelas culturas e sociedades das relações humanas, neste caso daquelas entre homens e mulheres. Tal conhecimento não é absoluto ou verdadeiro, mas sempre relativo. É produzido de maneiras complexas dentro de grandes quadros epistêmicos que têm uma história (pelo menos quase) autônoma. Seus usos e significados tornam-se politicamente contestados e são os meios pelos quais se constroem relações de poder de dominação e subordinação. O conhecimento refere-se não apenas a ideias, mas a instituições e estruturas, práticas cotidianas e rituais especializados, que constituem relações sociais. O conhecimento é uma forma de ordenar o mundo; como tal, não é anterior à organização social, é inseparável da organização social.

Segue-se então que o gênero é a organização social da diferença sexual. Mas isso não significa que o gênero reflita ou implemente diferenças físicas fixas e naturais entre mulheres e homens; ao contrário, o gênero é o conhecimento que estabelece significados para as diferenças corporais. Esses significados variam entre culturas, grupos sociais e tempo, pois nada sobre o corpo, incluindo os órgãos reprodutivos das mulheres, determina de forma unívoca como as divisões sociais serão moldadas. Não podemos ver a diferença sexual a não ser em função de nosso conhecimento sobre o corpo e esse conhecimento não é “puro”, não pode ser isolado de sua implicação em uma ampla gama de contextos discursivos. A diferença sexual não é, então, a causa originária da qual a organização social pode derivar em última instância. Em vez disso, é uma organização social variável que deve ser explicada (SCOTT, 1988, p. 2, tradução nossa)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Para conferir credibilidade, segue texto original: “Gender, in these essays, means knowledge about sexual difference. I use knowledge, following Michel Foucault, to mean the understanding produced by cultures and societies of human relationships, in this case of those between men and women. Such knowledge is not absolute or true, but always relative. It is produced in complex ways within large epistemic frames that themselves have an (at least quasi-) autonomous history. Its uses and meanings become contested politically and are the means by which relationships of power of domination and subordination are constructed. Knowledge refers not only to ideas but to institutions and structures, everyday practices as well as specialized rituals, all of which constitute social relationships. Knowledge is a way of ordering the world; as such it is not prior to social organization, it is inseparable from social organization.

It follows then that gender is the social organization of sexual difference. But this does not mean that gender reflects or implements fixed and natural physical differences between women and men; rather gender is the knowledge that establishes meanings for bodily differences. These meanings vary across cultures, social groups, and time since nothing about the body, including women's reproductive organs, determines univocally how social divisions will be shaped. We cannot see sexual difference except as a function of our knowledge about the body and that knowledge is not “pure,” cannot be isolated from its implication in a broad range of discursive contexts. Sexual difference is not, then, the originary cause from which social organization ultimately can be derived. It is instead a variable social organization that itself must be explained.” (SCOTT, 1988, p. 2)

Neste sentido, a autora brilhantemente expande o raciocínio acima citado, acerca da história não ser apenas um registro sobre a categoria pertinente a palavra gênero:

A história figura nessa abordagem não exclusivamente como registro das mudanças na organização social dos sexos, mas também, fundamentalmente, como participante da produção de conhecimento sobre a diferença sexual. Suponho que as representações históricas do passado ajudam a construir o gênero para o presente. Analisar como isso acontece requer atenção às suposições, práticas e retórica da disciplina, a coisas tão tidas como certas ou tão fora da prática costumeira que geralmente não são o foco da atenção dos historiadores. Isso inclui as noções de que a história pode documentar fielmente a realidade vivida, que os arquivos são repositórios de fatos e que categorias como homem e mulher são transparentes (SCOTT, 1988, p. 2, tradução nossa)<sup>5</sup>.

A história, portanto, não apenas relata as realidades da categoria do gênero, mas sim as condiciona e constrói a própria categoria. Assim, se torna imperativo entender que o contexto sociocultural histórico da categorização da palavra gênero se dá por meio de relações construídas que determinam o significado da palavra. Sendo assim, a palavra gênero não é apenas um termo científico para descrever as diferenças entre os sexos, mas um conceito que a própria história construiu, dentro de seu contexto sociocultural.

No mesmo sentido, Judith Butler (2010) aponta que o gênero não possui em sua característica algo substantivo, mas sim é algo fluído e altamente dependente de contexto, no sentido que não pode ser limitado ao sexo biológico, mas sim deve ser entendido a partir do prisma de ser socialmente construído, pois é um ponto de encontro entre conjuntos de relações históricas e culturais.

Simone de Beauvoir (1980), como já citada anteriormente, afirma que ser mulher não é uma questão de nascimento, mas sim de se tornar mulher através de todos os papéis sociais que são impostos e esperados do gênero feminino, assim convergindo

---

<sup>5</sup> Para conferir credibilidade, segue texto original: "History figures in this approach not exclusively as the record of changes in the social organization of the sexes but also crucially as a participant in the production of knowledge about sexual difference. I assume that history's representations of the past help construct gender for the present. Analyzing how that happens requires attention to the assumptions, practices, and rhetoric of the discipline, to things either so taken for granted or so outside customary practice that they are not usually a focus for historians' attention. These include the notions that history can faithfully document lived reality, that archives are repositories of facts, and that categories like man and woman are transparent." (SCOTT, 1988, p. 2)

com o exposto, no sentido do papel histórico da cultura na socialização feminina, que irá determinar a própria condição de pessoa da mulher.

Quando se discute sexo e gênero, inevitavelmente, passa-se pela ideia de categorias pelas quais os seres humanos definem o mundo ao seu redor. Em sua acepção do senso comum, a palavra “categoria” é normalmente utilizada para se diferenciar certas espécies do mesmo gênero ou até mesmo distinguir fenômenos que possuam uma característica geral. Em sua perspectiva científica, a categoria se mostra como uma forma fundamental de pensamento para que se possa conhecer certa realidade (BERNARDES, 2011).

No entanto, é importante entender que, quando se discute categorias e as próprias palavras, os seres humanos constroem socialmente tais definições. A ideia de que sexo e gênero podem ter significados diferentes, no sentido de que o sexo é pertinente à biologia, e o gênero, à sociologia, não pode ser considerada errônea, caso seja esta a convenção linguística que é adotada pelos seres humanos, haja vista que, como já foi explicado anteriormente, tais categorias são historicamente e socialmente construídas.

Desta forma, é importante que sejam adotadas as categorizações que levam a um maior benefício social, haja vista que as próprias categorizações são, por si, socialmente construídas com o tempo. Usando-se o exemplo de raça, percebe-se que durante a história, a conceituação de raça, e como cada uma delas são categorizadas, é um fenômeno fluído, que mudou várias vezes durante os séculos. O que antes era categorizado a partir de diferenças físicas, hoje é categorizado, majoritariamente, a partir de diferenças culturais. Inclusive, o próprio conceito de raça não possui base científica para tanto, sendo mais pertinente a uma categorização social ideológica, do que biológica. (BERCHT, 2012)

As categorias pelas quais os seres humanos definem uns aos outros são arbitrarias: não no sentido de que em algum momento a palavra “cadeira” poderá ser usada para descrever uma “mesa”, pois existem bases subjacentes que informam essas categorias, no entanto, elas são arbitrarias no sentido de que os próprios seres humanos historicamente e culturalmente escolhem o significado de tais palavras, de

maneira que a mudança de uma categoria que outrora tinha um significado – como a ideia de gênero – não significa que está se violando alguma regra objetiva e imutável da realidade. Significa, apenas, que está se adaptando tal categoria para que esta represente a realidade social contemporânea de forma abrangente.

O problema da categoria de gênero reside justamente no fato de que a construção social acerca do gênero mulher envolve uma série de expectativas e papéis sociais – de ser mãe, de ser reservada ao lar, de se vestir de certa forma, entre vários outros papéis –, designados no contexto de uma sociedade predominantemente masculina, conforme já afirmado por Bourdieu (2003) e citado neste trabalho. Além disso, em sua acepção de senso comum, a categoria pertencente ao gênero mulher é comumente ligada às características essenciais biológicas do sexo feminino.

Neste contexto, então, em que se apresentam as pessoas transexuais, que não se identificam com o seu sexo biológico e o gênero que lhes foi designado ao nascerem:

Nos mais diversos contextos e entre diferentes abordagens que tratam sobre o tema da transexualidade, encontramos um aspecto que parece ser consensual: o desacordo entre o sexo biológico e o sexo psicológico na transexualidade. As pessoas transexuais desejam viver como uma pessoa do sexo oposto ao do seu nascimento. Algumas costumam dizer: “tenho o corpo de um sexo e a alma do outro”. Embora suas necessidades em relação às mudanças corporais, tão discutidas, possam, em muitos casos, serem as mesmas, as pessoas transexuais são diferentes umas das outras, assim como todas as demais pessoas não transexuais. (SAMPAIO; COELHO, 2013, p. 2).

Existe, também, uma discrepância entre o “*approach*” acerca do fenômeno da transexualidade pela medicina e pelas ciências sociais, conforme declaram as autoras:

Entre os profissionais da saúde, as formas pelas quais a transexualidade é entendida variam a depender do referencial teórico-profissional e vivencial. Para a medicina, o sexo biológico é a referência para a determinação da identidade sexual dos sujeitos. Qualquer desvio em relação a essa norma médica é compreendido como um transtorno, que pode ser tratado cirurgicamente adaptando o corpo ao que o sujeito entende ser. Já no âmbito das ciências sociais, a transexualidade vem sendo discutida a partir de suas relações com as normas e os valores do universo sociocultural, numa perspectiva crítica em relação à biomedicina. Desde 1993, pela Classificação Internacional de Doenças (CID-10), as pessoas transexuais apresentam um Transtorno de Identidade Sexual (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1993). Posteriormente, em 1994, com a publicação do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais DSM IV, o termo transexualismo, utilizado

até então, foi substituído por Transtorno de Identidade de Gênero. Segundo Bento e Pelúcio (2012), atualmente existem mais de 100 organizações e quatro redes internacionais na África, Ásia, Europa, América do Norte e do Sul engajadas na campanha pela retirada da transexualidade do DSM e do CID (SAMPAIO; COELHO, 2013, p. 2).

Ademais, ao aludir sobre essa temática, Jaqueline Gomes de Jesus (2012, *apud* LINDOSO; CHAI; CALDAS, 2020) aponta que:

historicamente a população transgênero é estigmatizada, marginalizada e perseguida, devido a crença na sua anormalidade, decorrente da crença de que o natural é que o gênero atribuído ao nascimento seja aquele com o qual as pessoas se identificam, e, portanto, espera-se que elas se comportem de acordo com o que julgam ser o “adequado” [...]. (GOMES, 2012, p. 11, *apud* LINDOSO, CHAI, CALDAS, 2020)

Assim, conforme Lindoso, Chai e Caldas (2020), entende-se que existe uma percepção patologizante de estabelecimento de anormalidade e atribuição às identidades de gênero desviantes da identidade cisgênero – ou seja, identificar-se com o gênero que se foi atribuído ao nascimento – o que leva a uma violação sistemática de direitos de pessoas trans.

Apontam, além disso, que houve uma mudança de paradigma no pensamento patologizante do pensamento jurídico sobre a retificação do RCPN de pessoas trans. Os autores realizaram uma investigação sobre os posicionamentos do STF, do STJ e do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA), no que dizia respeito ao acesso da população trans à cidadania. Em todas as análises realizadas, percebeu-se que, com o passar do tempo, as pessoas trans tiveram cada vez mais acesso à cidadania, ocorrendo, lentamente, uma redução do discurso patologizante acerca dessas identidades de gênero, bem como de sexualidades diversas daquela heteronormativa (LINDOSO, CHAI, CALDAS, 2020). Tal ideia converge com a ideia de progresso moral, assim como previsto anteriormente em Ronald Dworkin.

Conforme acima demonstrado, não há óbice ao reconhecimento de gênero como uma identidade social de pertencimento a características que não de seu sexo biológico de nascimento. Não há qualquer violação da realidade objetiva ao se considerar uma pessoa trans pertencente ao gênero pelo qual ela se identifica. Já foi explicado que as categorias são arbitrárias – até certa medida – bem como social e historicamente construídas. Uma categoria abrangente do gênero mulher, conforme uma visão mais

adequada da realidade, deve adotar as pessoas que, embora não pertençam ao sexo biológico feminino, se identificam como tal por razão de como vivem na sociedade. Tal categorização de seres humanos se mostra benéfica socialmente, pois deixa de invisibilizar um grupo marginalizado de pessoas que sofrem preconceito constante por terem sua própria identidade não reconhecida por razões puramente sociais, não ligadas a qualquer cientificidade objetiva de explicação da realidade.

Butler (2010) expõe que pertencer ao sexo biológico de homem ou mulher não é imperativo ao determinar o comportamento do ser humano. Pelo contrário, as pessoas aprendem a se comportar de maneiras singulares para que possam se encaixar em seu contexto social. A própria percepção de gênero é, neste sentido, um comportamento ou expressão, ou, como ela afirma, uma performance. Esse comportamento é a maneira como uma pessoa anda, fala, se veste e se comporta perante as outras pessoas da sociedade. Isso é chamado de "performance de gênero". A sociedade vê o gênero de uma pessoa como uma representação das expectativas sociais, em vez de uma expressão verdadeira de sua "identidade de gênero".

Neste sentido, uma categorização abrangente do gênero mulher não diz respeito apenas à identificação dos seres humanos corretamente ao gênero que de fato pertencem, mas também serve para a instrução do ordenamento jurídico de determinada sociedade. Assim, uma correta categorização de gênero não apenas permite que as pessoas sejam identificadas de acordo com o gênero que, de fato, socialmente pertencem, mas também lhes possibilita ter acesso aos direitos, constitucionalmente e infraconstitucionalmente previstos, que outrora lhes eram negados, por razão de uma retrógrada negação da sua própria existência na condição de ser humano.

#### 4.2 O PANORAMA JURÍDICO BRASILEIRO E OS DIREITOS DE PESSOAS TRANSEXUAIS CONFORME DWORKIN

O ano de 1988 representou um período de avanço sem precedentes no panorama jurídico brasileiro. A Constituição Federal, que foi promulgada em 1988, representou a culminação do processo democrático pós-ditadura. Tal Constituição marca o início

da era do Estado Democrático de Direito brasileiro, por meio de um ordenamento jurídico norteado por princípios, direitos e garantias fundamentais que direcionam a produção e interpretação das normas de direito interno.

A Constituição de 1988 tem por principal característica ser dirigente, estabelecendo as normas constitucionais conhecidas como programáticas, que estabelecem objetivos de ação que o Estado deve tomar para se melhorar as condições socioeconômicas da população brasileira. Estabeleceu-se um Estado Social, no sentido de não apenas valorizar a livre iniciativa e mercado, mas também a função social da propriedade, direitos trabalhistas e previdenciários e o compromisso de se assegurar a todos uma existência digna, conforme aquilo que se espera de uma sociedade pautada na justiça social. Neste sentido, o Estado deixou de apenas conceder direitos aos cidadãos, mas deve fornecer todos os meios para que tais direitos sociais sejam materialmente efetivados. (FERNANDES, 2017)

Cássius Guimarães Chai (2021) expõe acerca da identificação das iniquidades por meio do esclarecimento conceitual da equidade, através do pensamento de Ronald Dworkin:

É claro que identificar iniquidades exige o esclarecimento conceitual sobre equidade, ajustado no contexto político-científico, não meramente partidário. Segundo ensinamento de Ronald Dworkin em "O Império do Direito", em política, a "equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos e métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado." (DWORKIN, 2002; p.200). Em outras palavras, equidade constitui em procedimentos decisórios que levam em consideração os aspectos sensíveis à vida das pessoas a quem se dirigem as decisões. – E, importa recolocarmos a ideia de equidade da perspectiva dos Direitos Fundamentais, portanto, das normas de Direito Constitucional. Assim, é possível assumir que identificar e superar as causas determinantes de iniquidades na saúde é adotar os desafios e os compromissos de uma moralidade pública de integridade por uma ordem jurídico-político de Justiça social correspondente à proteção da dignidade do ser humano, promovendo e estabilizando, pelo trabalho digno, a realização da livre concorrência contemporânea consumidores, ao respeito às relações assegurando a função social da propriedade de consumo e dos em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e compreendendo necessário a redução das desigualdades sociais, regionais, em um Estado e em uma sociedade livre, justa e solidaria que lhe contenha, na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. (Constituição Brasileira 1988, art. 3º e art. 5º; Constituição Portuguesa 1976, art. 1º e art. 13.)

São superlativos esses desafios quando os evidenciamos em sociedades, como a brasileira, de abissais desigualdades estruturais marcadas por

racismo estrutural, misoginia, sexismos e patriarcalismo culturais, que acomodam violências domésticas e institucionais em permanente estágio de subtração das autonomias, das capacidades cívicas e da dignidade das mulheres. – Tudo por meio da violência multifacetada. (CHAI, 2021, p. 8)

A Constituição de 1988, neste sentido, se mostra como uma representação da comunidade de princípios de Dworkin (2002), no sentido de que expressa os valores e princípios que norteiam a comunidade jurídica e social brasileira, estabelecendo um conjunto de princípios e diretrizes políticas que direcionam o Estado para garantir os direitos estabelecidos na Carta Magna.

Neste sentido, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), bem como possui como objetivos fundamentais, dentre outros, a promoção do bem de todos, sem que haja preconceitos de origem, raça, cor, sexo idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Além disso, no caput do art. 5º, que estabelece os direitos e garantias fundamentais, resta claro o princípio fundamental à igualdade, onde todos devem ser tratados igualmente perante a lei, em um sentido material de igualdade, com o tratamento dos desiguais nas medidas de suas desigualdades (BRASIL, 1988). Estes princípios e diretrizes fundamentais norteiam como devem ser interpretadas e formuladas as normas referentes aos cidadãos brasileiros.

Norteiam, então, justamente o direito da pessoa transexual de ser tratada igualmente a pessoas *cis* – que se identificam socialmente com o seu sexo biológico – e que lhes sejam estendidos todos os direitos provenientes do ordenamento jurídico brasileiro, norteados pela comunidade de princípios estabelecida na Constituição de 1988.

Neste sentido, Campos, Chai e Sousa (2019) atestam firmemente sobre a democracia, a equidade e o tratamento igualitário entre todos:

Dentro de uma perspectiva democrática, a justiça social se equipara à equidade, ou seja, parte-se da compreensão de que os Direitos Humanos e Sociais são universais, universalidade essa que é garantida quando se compreende e se aceita as diferenças dos grupos sociais e se impede que tais diferenças sejam obstáculos para a garantia desses mesmos direitos a esses mesmos grupos.

Em uma Democracia Liberal a equidade existe como um princípio de justiça onde se entende que os grupos sociais têm inúmeras diferenças, de naturezas econômicas, morais e sociais, e que estas não devem (ou não

deveriam) representar nenhum tipo de obstáculo ou comprometimento de acesso aos Direitos Universais, os quais são aplicáveis a todos e a todas. Nesse contexto, as diferenciações de certas coletividades deve ser foco de um tratamento mais especializado e cuidadoso, para permitir a acessibilidade de todos às garantias fundamentais, e não, raiz da proliferação de discriminação. (CAMPOS, CHAI, SOUSA, 2019, p. 112).

Percebe-se, também, o progresso moral da sociedade – assim como visto em Dworkin (2012) – e, conseqüentemente, do judiciário brasileiro no sentido da percepção das pessoas transexuais e sua identificação de gênero. A história da pessoa transexual com o judiciário brasileiro é longa e tortuosa, precisando-se da atuação dos magistrados para se corrigir normas legislativas excludentes à luz da nova ordem jurídica inaugurada com a Constituição de 1988.

Em 1970, ocorreu um caso emblemático sobre direito de transexuais. Houve um processo movido em face de Roberto Farina, médico-cirurgião plástico que praticou uma cirurgia de redesignação sexual em uma mulher trans. Após a ocorrência de tal cirurgia, a mulher em questão tentou realizar a retificação de seu nome e sexo – no sentido de corresponder ao seu gênero social – por meio de pleito ao Poder Judiciário. No entanto, o TJSP julgou o pedido improcedente, e, além disso, encaminhou o feito ao Ministério Público para que se instaurasse ação penal em face do médico pela prática do crime de lesão corporal gravíssima. A repercussão por razão deste caso foi imensa. Tanto que, as resoluções provenientes do Conselho Federal de Medicina após o caso, regularam as cirurgias de redesignação sexual, positivando expressamente que tais tipos de cirurgia não acarretam o crime de lesão corporal, previsto no Código Penal. (CASTRO, 2016)

A Lei nº 6.015/1973, que dispõe sobre registros públicos, jamais dispunha acerca da mudança de prenome (arts. 58, 59) em caso de não identificação social com o sexo biológico assinalado à pessoa no momento de seu nascimento. Tal lei, desta maneira, era essencialmente excludente às pessoas trans, que eram forçadas a viver com o nome de registro que lhes fora imposto no momento de seu nascimento, mesmo que não se identificassem com este nome, que era essencialmente ligado ao gênero que elas não pertenciam. Com o progresso moral Dworkiniano (2012) da sociedade brasileira, o advento da Constituição de 1988 e a interpretação das normas conforme os princípios e direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal seguiu a Opinião

Consultiva n 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, seguindo o entendimento contido em tal documento que diz:

61. A Corte apontou que a noção de igualdade deriva diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente a qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou, inversamente, por considerá-lo inferior, tratá-lo com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine do gozo de direitos que são reconhecidos para aqueles que não se consideram incluídos em tal situação. Os Estados devem abster-se de realizar ações que, de qualquer maneira, sejam direcionadas, direta ou indiretamente, à criação de situações de discriminação de jure ou de facto. A jurisprudência da Corte também indicou que, na atual fase da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação entrou no domínio da *ius cogens*. Sobre ele repousa a base jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico.

[...]

65. Os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar as situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em detrimento de um determinado grupo de pessoas. Isto implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer com relação a ações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias (CIDH, 2017, p. 31-33).

Assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, uma vez que o gênero é uma expressão da própria dignidade humana, o Estado deve apenas reconhecer tal identificação e gênero, que é comprovada apenas pela autoidentificação, por meio de declaração escrita, e que deve ser apresentada ao Cartório de Registro Civil. Assim, garante-se à pessoa transexual o direito fundamental, constitucionalmente garantido pela comunidade de princípios brasileira, a alteração de seu nome e de seu gênero constantes no registro civil, independentemente de qualquer procedimento cirúrgico de redesignação sexual ou qualquer laudo médico. (BRASIL, 2019).

Revisitando-se os ensinamentos de Ronald Dworkin (2012), percebemos, desta forma, não apenas o progresso moral da comunidade de princípios e jurídica brasileira, mas também uma preocupação com a ética sob a perspectiva do autor: a preocupação de que a pessoa transexual tenha o direito fundamental e ético, conforme Dworkin, de ter o seu próprio projeto de vida, buscando a sua felicidade pelos seus meios, dentro de um sistema moral, observando-se a dignidade humana. Neste sentido, a correta identificação de gênero perante o judiciário e a sociedade são

absolutamente imprescindíveis para o projeto ético de vida da pessoa transexual, pois diz respeito à sua própria existência e condição como ser humano.

Assim, muito embora não exista uma lei federal que determine, de fato, o direito à cirurgia de redesignação sexual ou a alteração do prenome por razão da identificação de gênero a seu papel social ligado ao sexo oposto, tal direito decorre da construção social, moral e interpretativa da comunidade de princípios brasileira que, por sua vez, garante à pessoa transexual uma vida digna, dentro de um sistema integrativo de moral e ética, norteado pelos princípios fundamentais, garantindo-lhe a possibilidade de ser reconhecida perante a sociedade assim como se identifica de fato, e possa, dessa forma, levar seu projeto de vida e buscar sua felicidade dentro dos moldes que pretende, conforme discorreu Dworkin (2012).

Tal ideia também se encontra em convergência com o que pressupõe Dworkin (2005) acerca da igualdade de respeito e de consideração, no sentido de não se tratar diferenciadamente os interesses de um cidadão sobre os outros – neste caso, de cidadãos *cis* em detrimento de cidadãos *trans* –, ao passo que a igualdade de respeito afirma que cada cidadão deve poder realizar suas próprias escolhas para se que possa ter uma boa vida, dentro dos limites da dignidade humana. O governo deve, então, igualar materialmente as pessoas *trans* às pessoas *cis*, através de políticas públicas, novas legislações, interpretações conforme à Constituição e a comunidade de princípios, por razão de terem sido marginalizadas durante o processo civilizatório cultural brasileiro.

No que diz respeito à seara criminal, no âmbito da execução penal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 527, o Ministro Roberto Barroso decidiu pelo deferimento de medida cautelar que autorizou que as mulheres transexuais detidas possam cumprir a sua reprimenda em presídios destinados a mulheres, um entendimento que, anteriormente, se resumia apenas ao sexo biológico mulher, e não ao gênero como construção social, identificação e expressão da própria personalidade. Assim, entendeu-se pela proteção da mulher transexual que, por sua vez, é extremamente marginalizada e estigmatizada, sofrendo hipervulnerabilidade, quando em situação do cárcere. (BRASIL, 2018)

Cumpra ressaltar que tal decisão é convergente com estudos que indicam que pessoas transexuais detentas possuem 13 vezes mais chances de serem violadas sexualmente do que homens encarcerados. 59% das recolhidas que são transexuais relataram ter sido abusadas sexualmente dentro de um estabelecimento prisional, em comparação com apenas 4,4% da população encarcerada como um todo. (JENESS et. al., 2007)

Neste sentido, o argumento reacionário pautado em senso comum de que a inserção de mulheres transexuais em estabelecimentos prisionais femininos poderia trazer um aumento de violência sexual contra mulheres *cis* não encontra respaldo nas evidências científicas – embora isso não queira afirmar que tal situação seja impossível –, tornando-se, portanto, apenas um argumento alarmista e preconceituoso, não pautado na realidade, ao passo que a manutenção de mulheres transexuais em estabelecimentos prisionais destinados para homens do sexo biológico – desrespeitando-se, assim, sua identidade de gênero – drasticamente aumenta a sua chance de sofrer violência sexual. Isso vai absolutamente de encontro com a ideia de igualdade conforme Dworkin (2005), bem como o previsto nos valores constitucionais.

Talvez em uma culminação do progresso moral do ordenamento jurídico, conforme previsto em Ronald Dworkin (2012), tornando obsoletos entendimentos anteriores, argumentando-se e construindo-se novos entendimentos através das práticas sociais e dos valores da comunidade de princípios brasileira, o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e Mandado de Injunção (MI) 4733 pelo Supremo Tribunal Federal deixou clara a reprovabilidade da aversão à população LGBTQIA+, adequando a conduta de discriminação de cunho homofóbico e transfóbico à conduta prevista na Lei de Racismo, a Lei 7.716/89, portanto, criminalizando a prática da homofobia e transfobia:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também,

na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito

[...]

O Supremo Tribunal Federal, em seis sessões, enfrentou este tema de tamanha importância com tristeza. Bom seria que não houvesse a necessidade de enfrentá-lo em pleno século XXI, no ano de 2019 (BRASIL, 2019, p. 559-562).

Por fim, existe a controvérsia de que se a atuação do Supremo Tribunal Federal foi considerada correta, conforme os princípios de direito penal. Percebe-se que o Estado, prezando pela igualdade de consideração (DWORKIN, 2005), entre tantos outros valores constitucionais, realizou a criminalização de uma conduta pela via judicial. No entanto, o princípio da reserva legal – que é um princípio basilar de limitação do poder punitivo estatal – informa que a criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico só pode se dar por meio de lei, assim, entendendo-se que o STF se desviou de sua atribuição ao definir como crime as condutas transfóbicas e homofóbicas por meio de analogia e interpretação extensiva do tipo penal *in malam partem*.

Não obstante, observando a ideia de progresso moral apresentada por Dworkin (2012), entendendo-se o direito como uma prática social construtiva, interpretativa e

integrativa (DWORKIN, 1999), tal decisão demonstra o atual entendimento do ordenamento integrativo moral e ético brasileiro no que tange à discriminação contra pessoas transexuais: o que outrora era a regra, agora é absolutamente rechaçado pela comunidade de princípios brasileira.

#### 4.3 O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1977124 COMO EXPRESSÃO DO SISTEMA ÉTICO-MORAL INTERPRETATIVO E DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Após longa delimitação histórica, social e filosófico-jurídica, pretende-se estudar pormenorizadamente o julgamento do recurso especial nº 1977124 sob a perspectiva de que tal entendimento proferido pela aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais – de forma unânime – pelo Superior Tribunal de Justiça, representa uma forte expressão da filosofia jurídica de Ronald Dworkin, especialmente no que diz respeito a sua ideia de progresso moral e do direito como interpretação e integridade.

Neste sentido, este subcapítulo analisará o voto do Exmo. Ministro Rogério Schietti, que foi seguido de forma unânime na votação do acórdão proferido pelo STJ.

Primeiro, será feita uma exposição do caso concreto que, eventualmente, alcançou o Superior Tribunal de Justiça para julgamento; em seguida, serão analisados os argumentos levantados no voto do Exmo. Ministro, que se encontram convergentes com os temas levantados na presente dissertação, tanto de forma expressa, no que diz respeito aos estudos da expressão de gênero como construído social e historicamente, quanto de forma implícita, demonstrando a culminação da filosofia jurídica de Ronald Dworkin, no pensamento externado por Rogério Schietti, em seu voto.

Trata-se, então, de recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de Recurso em Sentido Estrito nº 1500028-93.2021.8.26.0312. Conforme consta nos autos, uma mulher transexual, L. E. S. F. requereu medidas protetivas de urgência em desfavor de seu genitor, conforme o exposto na Lei 11.340/2006, cujo pleito foi indeferido pelo Juízo de 1ª instância. O Ministério Público

de São Paulo interpôs recurso em sentido estrito, que foi negado, por maioria, pelo Tribunal.

Inicialmente, cabe narrar as circunstâncias do caso concreto para se evidenciar – de forma cristalina – a existência da violência doméstica familiar, com aspectos de violência fundada no gênero da vítima.

Conforme o que se extrai do boletim de ocorrência formulado pela vítima, seu genitor é usuário de drogas e álcool, tendo chegado em sua residência gritando com os vizinhos. A vítima, nesta situação, se apossou de uma mochila para sair de sua casa, pois já possuía conhecimento que seu pai ficava violento quando estava nessas condições. Ocorre que, ao ver tal situação, seu pai segurou a vítima pelos pulsos, ocasionando lesões visíveis. A vítima, neste momento, conseguiu se desvencilhar, no entanto foi agarrada novamente e arremessada contra a parede, ocasião em que bateu sua cabeça. O agressor a empurrou outras vezes contra a parede, sendo que soltou de um de seus pulsos para pegar um pedaço de pau para continuar a agressão, dessa vez de forma mais violenta. Apenas neste momento, a vítima conseguiu se desvencilhar totalmente de seu pai, e conseguiu se evadir do local, sendo perseguida pelo agressor, até o momento em que encontrou uma viatura da Polícia Militar, que prontamente prestou socorro e a levou até a Delegacia de Polícia para a elaboração do boletim de ocorrência e o requerimento das medidas protetivas de urgência. (BRASIL, 2022).

Importantíssimo ressaltar que a violência acima citada é típica da violência doméstica familiar contra a mulher. A dominação física, a imposição da vítima contra a parede, o sentimento de pertencimento a ponto de, mesmo após a vítima ter se desvencilhado, continuar a persegui-la com intuito de agredi-la com um pedaço de madeira. Todas as características citadas são costumeiramente evidenciadas em casos de violência contra a mulher. Esta forma de violência se dá como um resultado destas relações de dominação masculina e de total subordinação feminina, seja de parceiro íntimo para com sua companheira, seja de um pai contra a sua filha. Assim, as agressões baseadas em gênero são individuais, no entanto refletem a condição de dominador e subordinada das partes envolvidas. (CASIQUE; FUREGATO, 2006)

Desta forma, salta aos olhos uma evidente contradição intelectual, externada tanto pelo Juízo de primeira instância, quanto pelo voto do relator do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negaram o deferimento das medidas protetivas pleiteadas pela vítima: durante a exposição das razões pelas quais consubstanciaram a decisão e o voto, os Magistrados expuseram diversos entendimentos que, inevitavelmente, levariam ao entendimento da plena aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transexuais. No entanto, no decorrer do percurso, agarram-se à ideia da “cientificidade” da biologia do sexo em detrimento da expressão de gênero como determinante na construção da condição de mulher.

O magistrado de primeira instância fez menção à compreensão trazida em 2006 pelos Princípios de Yogyakarta, que estabeleceram princípios voltados à aplicação da legislação internacional de direitos humanos no que concerne à identidade de gênero e à orientação sexual. Assim, expôs que:

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 este apresenta natureza biológica e é determinado quando a pessoa nasce, aquele é definido ao longo da vida, sendo uma construção social, que identifica papéis de natureza cultural, e que levam à aquisição da masculinidade ou da feminilidade.

[...]

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 relação aos seus aspectos corporais e outras expressões de gênero, como a vestimenta, o modo de falar e maneirismos. Vale enaltecer, ainda, que este documento internacional não limita o conceito de identidade de gênero aos aspectos extrínsecos ou secundários do sexo biológico, muito embora permita expressamente ao indivíduo a modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros (BRASIL, 2022, p. 7-8).

A explicação acima demonstra uma linha de pensamento que racionalmente leva à conclusão de que a condição da mulher não se limita à sua realidade biológica, mas sim a sua posição histórico-social, ou seja, o contexto no qual está inserida. O magistrado, ainda, faz questão de demonstrar que a violência de gênero advém de papéis social e historicamente construídos de submissão da mulher ao homem, que foram consolidados com o passar do tempo, e reforçados pela ideologia patriarcal.

Ainda fez menção que a vítima, para ser contemplada pela Lei Maria da Penha, deve, necessariamente, pertencer ao gênero feminino:

A Lei Maria da Penha visa repelir a violência de gênero, decorrente de uma posição de hipossuficiência física ou econômica, no âmbito da unidade 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 Melo, a violência de gênero representa 'uma 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. E essa vítima, necessariamente, tem que ser mulher, ou seja, pertencer ao gênero feminino. (BRASIL, 2022, p. 6-7).

Conforme os argumentos expostos, espanta, portanto, a conclusão do magistrado acerca do tema, ao mencionar que, “o presente expediente não contém elementos de convicção necessários à concessão, *in limine*, das medidas de proteção postuladas” (BRASIL, 2002, p. 8).

Percebe-se, portanto, que o magistrado, ao trazer que a vítima necessariamente precisa ser mulher, ou seja, pertencer ao gênero feminino, este não o fez conforme o sentido de entender o gênero em sua acepção social, mas em sua fusão com o sexo biológico, admitindo apenas o gênero feminino na medida que a mulher é vista sob seu ponto de vista biológico.

Schietti (2022) demonstra que o entendimento expressado pelo voto do relator, na análise do recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público de São Paulo, que resultou na negativa de seu provimento, também segue a mesma linha de raciocínio: pondera e levanta temas de gênero, admite a ideia da identidade de gênero conforme sua acepção construtivista social, mas conclui com um argumento falaciosamente cientificista, em que a mulher só é mulher conforme sua condição biológica.

Neste sentido, o magistrado afirma veementemente que mulher e homem são conceitos biológicos e científicos, separados da identidade de gênero, e ainda levanta as questões de cromossomos da vítima, como se tal ponderação adicionasse respaldo científico à sua argumentação:

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 igualados se se está a tratar a questão seriamente.

Com efeito, há muito se sabe que dentre os vinte e três pares de cromossomos de todo o ser humano, mulheres possuem o par XX e homens, o XY.

E, **se se examinarem os cromossomos do interessado**, L., ver-se-á que ele possui o segundo tipo, XY.

Em síntese: o conceito de 'identidade de gênero' é diferente do de 'identidade sexual': a segunda, sim, está à disposição do legislador para ser manejada; a primeira, não, a não ser que se passe a desconsiderar a ciência biológica (BRASIL, 2022, p. 8-9, grifo nosso).

Importante ressaltar que, além da argumentação ser baseada em uma interpretação equivocada e arcaica daquilo que é considerado científico, como se a ciência fosse um mecanismo de investigação da realidade apenas atrelado à biologia, desconsiderando-se as relações sociais entre seres humanos – exaustivamente expostas durante o curso deste estudo –, o magistrado comete um grave ato de desumanização para com, ninguém menos, uma vítima de violência doméstica contra a mulher: fazendo questão de, propositalmente, se referir à vítima no sexo masculino, chamando-a de “interessado” – por mais de uma vez –, e não interessada. Para o magistrado, do alto de sua posição social e de poder privilegiada, se trata de apenas uma letra em uma palavra. Para a vítima, em seu momento de maior vulnerabilidade, trata-se de sua própria identidade e existência, irresponsavelmente desconsideradas pelo Poder Judiciário pátrio.

Importante, neste momento, ressaltar que, em pesquisa realizada por Felipe Laurêncio de Freitas Alves e Thiago Allisson Cardoso de Jesus (2022), foi encontrado, junto a acórdãos do STF pós-1988, que o termo *opção sexual* foi usado, por diversas vezes, em vez de *orientação sexual*, assim como é sugerido pelos movimentos sociais que clamam pela visibilidade social LGBTQIA+. A linguagem que invisibiliza um grupo social pode ser sutil, mas não deixa de perder seu caráter desumanizante e intrinsecamente discriminatório.

Nesta seara, cabe trazer à tona o fenômeno chamado de “*deadnaming*”, que diz respeito a chamar uma pessoa transexual pelo nome que esta usava antes de realizar a transição hormonal ou a mudança nos registros públicos, de forma a invalidar sua identidade de gênero (MEDICAL NEWS TODAY, 2021). Tal fenômeno pode ocorrer de forma acidental ou proposital, assim como no caso acima citado. A insistência em chamar a pessoa transexual pela identidade de gênero que ela não pertence é um desdobramento deste fenômeno.

Além disso, o Desembargador Relator afirmou que o termo “mulher”, assim como registrado na Constituição Federal, deve ser interpretado conforme sua acepção “científica”, sob pena de cometer-se, em matéria penal, a analogia “*in malam partem*”.

É claro que mesmo a manipulação do sexo pode ser, na prática, feita pelo legislador mas, dado o perigo daí decorrente para vários direitos fundamentais, apenas pelo legislador; e, a meu ver, somente pelo legislador constitucional: afinal, o conceito 'mulher' é usado na Constituição Federal, e nada justifica seja ele interpretado (ao menos em matéria penal) como diferente do sentido científico. Imagine-se o que se poderia fazer com a manipulação do conceito de tempo, em relação, por exemplo, ao princípio da irretroatividade da lei penal. Dessa constatação científica decorre o empecilho jurídico à pretensão do douto Promotor de Justiça: é claro que a equiparação do interessado a mulher (e a esta está vinculado o pedido) ofende o princípio da tipicidade estrita e o da proibição da analogia *in malam partem*. (BRASIL, 2022, p. 10-11)

Nos termos dos entendimentos acima citados, pode ser levantada uma ponderação crítica conforme o pensamento de Ronald Dworkin (2002), uma vez que os magistrados realizaram um julgamento conforme o que entenderam ser a regra estipulada pela legislação, ou seja, o direito escrito, sem se ater a todo ao contexto histórico-social, bem como os princípios jurídicos, que norteiam as relações de gênero e o direito a elas concernentes. A aplicação do direito não pode advir apenas da lei escrita, em sua acepção expressa, considerando que o gênero feminino diz respeito apenas à mulher em sua acepção biológica, como na concepção dos magistrados, mas, sim, deve ser proveniente, também, de uma obrigação moral que, por sua vez, é construída conforme a prática interpretativa social.

Desta forma, cabe lembrar a crítica do pensador (2002) acerca do positivismo jurídico e a aplicação de regras “tudo ou nada”, apenas conforme aquilo que está

expresso na legislação: tudo que estivesse fora do expressamente escrito, fora dos entendimentos jurisprudenciais já consolidados, seria decidido conforme a discricionariedade do julgador. Poderá se perceber que o tema aqui levantado, quando apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, não foi julgado apenas conforme a regra expressa, tampouco conforme a discricionariedade dos julgadores, mas sim conforme todo um panorama de princípios estipulados pela comunidade jurídica do sistema brasileiro, histórica e socialmente, conforme a prática interpretativa demonstrada pelo autor.

O voto do Ministro Rogério Schietti Cruz começa de forma enfática. O Ministro nota aquilo que foi demonstrado acima no presente estudo: muito embora o acórdão recorrido reconheça diversos direitos relativos à existência das pessoas trans, ele limita a proteção conferida pela Lei Maria da Penha apenas à mulher em sua acepção biológica, clamando pela ciência para indeferir o pleito das medidas protetivas, trazendo à tona a questão dos cromossomos para se designar que a mulher é, tão somente, aquilo que é ditado pela genética. Desta forma, o Ministro afirma que os argumentos expostos no acórdão repousam em um falso silogismo uma vez que o recorrente, de forma alguma, rejeita ou ignora a ciência, desta forma:

Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra minorias. (BRASIL, 2022, p. 11).

Assim, o Ministro traz ao voto o contexto histórico-social da violência contra travestis e transexuais brasileiras, assim como já demonstrado no capítulo 1 do presente estudo. Cabe adicionar, a título de necessidade de reconhecimento, que, conforme Benevides (2022), o discurso de ódio e a violência transfóbica ganhou muita força a partir de 2014, principalmente durante a crise política e humanitária de 2020 e 2021.

Conforme a autora (2022), os Estados não têm reconhecido a existência específica da violência de gênero, seja por ações ou omissões, não fomentando políticas públicas de enfrentamento a tal violência, para que se garanta dignidade, respeito e proteção a pessoas transexuais e não-binárias. A influência religiosa fundamentalista

também presta um papel relevante na violência transfóbica, crescendo sentimentos reacionários, essencialmente pautados por uma ideologia misógina e machista.

Benevides (2022) chama a atenção justamente para o que foi demonstrado na decisão do magistrado de primeira instância, ao indeferir o pleito das medidas protetivas de urgência, e do voto vencedor do desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, que violam o direito à identidade das pessoas trans, ao negarem a proteção prevista na Lei Maria da Penha, alegando que mulheres trans não são, de fato, mulheres. Violam-se, portanto, os mais básicos direitos humanos da população transexual.

Em sua fundamentação, Schietti expõe o pensamento de Roger Raupp, no sentido de que os direitos humanos, obviamente, vislumbram a existência dos indivíduos com base em um leque amplo de possibilidades, ou seja, na diversidade sexual. Neste sentido, demonstra que:

[a]s travestis, encarnando quiçá a experiência mais radical da autonomia individual diante das convenções sociais sobre o que é padronizado como 'natural' quanto ao sexo e sobre o que é tolerável pelos padrões tradicionais e dominantes de convívio entre homens e mulheres, ousam inventar um novo modo de ser em termos de gênero, transitando verdadeiramente nas 'fronteiras do gênero' (RIOS, Roger Raupp, *Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos Direitos Sexuais no Brasil*, 2015, p. 346 *apud* BRASIL, 2022, p. 15)

O Ministro (BRASIL, 2022) continua seu voto adentrando no campo das *teorias queer* que se mostram como opositoras de normas culturalmente construídas de imposição heteronormativa. Aqui, Schietti pretende demonstrar aquilo que é óbvio, mas que não foi observado pelo aplicador da lei: que a naturalização da heterossexualidade e do binarismo de gênero cria, naturalmente, mecanismos de poder, bem como de saber, em que a diferença é vista como uma anomalia. Assim, o controle social é instituído através da patologização da diferença, de forma que da lógica heteronormativa, decorrem várias formas de violências, sendo que tal imposição afeta, especialmente, a diversidade sexual e de gênero. Sendo assim:

A teoria queer, ao dialogar com o feminismo, direcionará sua crítica, à inferiorização das diversas identidades de gênero e de orientação sexual estabelecidas no processo histórico de naturalização do ideal heterossexual. Não se trata, portanto, apenas da denúncia da desigualdade derivada dos papéis atribuídos aos gêneros (masculino e feminino). As teorias queer procuram, em primeiro lugar, desconstruir a hierarquia estabelecida entre

hétero e homossexualidade, independentemente do gênero; e, em segundo, romper com a fixidez dos conceitos e superar a lógica binária que cinde e rotula as pessoas como hétero ou homossexuais. Hierarquização, fixidez e binarismo o que instituem e legitimam no cotidiano formas específicas de violência homofóbica (CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. Criminologia do Preconceito, racismo e homofobia nas Ciências Criminais, 2017, p. 207, *apud* BRASIL, 2022, p. 18).

Assim, conforme o entendimento proferido pelo Ministro, mostra-se imperativo compreender que

o sucesso do entendimento exige, portanto, a desconstrução do cenário da heteronormatividade, de sorte a permitir o acolhimento, como iguais, de pessoas com alguma diferença, para que sejam, então, tratadas com igualdade (BRASIL, 2022, p. 18)

Neste ponto, cabe salientar que tal fundamentação se alinha ao pensamento de Ronald Dworkin no que diz respeito à ética, moral e à igualdade. Para Dworkin (2012), um governo – e aqui se refere à totalidade dos poderes do Estado, e não apenas o Poder Executivo – somente pode ser legítimo na medida em que estende a igual consideração para todos seus sujeitos, respeitando-se completamente o direito de cada pessoa a viver de acordo com seus projetos éticos, na medida de sua responsabilidade, e conforme a conduta moral de se viver, também, para as outras pessoas. As pessoas têm direito à independência ética, na medida da responsabilidade pessoal.

O conceito de ética, segundo Dworkin (2012), de viver bem, jamais poderá ser alcançado caso a identidade essencial de uma pessoa lhe seja negada, marginalizada pela população, e rechaçada quando pleiteada perante o judiciário. Desta forma, a fundamentação do Ministro Schietti tem como intuito estender a igual consideração do tratamento estatal às mulheres trans, para que estas possam viver seus projetos éticos de vida, com a devida proteção conferida por lei contra a violência de gênero, como uma expressão de seus direitos fundamentais mais basilares.

Relembra-se o apontado por Dutra (2018), acerca do pensamento de Dworkin sobre a dignidade humana, que por sua vez é uma expressão máxima de dois princípios éticos, o respeito próprio, para se levar a própria vida a sério, e a autenticidade para criar de si uma vida coerente com aquilo que lhe é estabelecido conforme seus projetos individuais, ligados a um sistema moral maior de igual consideração entre os

seres humanos. Assim, toda vida, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero, objetivamente, deve ser protegida e resguardada.

Portanto, quando o Poder Judiciário se refere à mulher trans conforme o sexo masculino, ou entende a condição da mulher apenas em sua acepção biológica, ignorando todos os indicadores sociais que norteiam as relações de hierarquia, poder, preconceito e dominação presentes na violência doméstica praticadas por homens em desfavor de mulheres transexuais, se age de forma diametralmente oposta aos preceitos éticos e morais, da igualdade, e da própria dignidade humana, conforme o pensamento de Dworkin (2012). A pessoa que é invisibilizada e marginalizada é forçada a viver uma existência que não se encontra em seu âmago, sendo ditada por padrões normativos histórica e culturalmente impostos, que não representam uma realidade imutável do universo. Padrões socialmente criados podem ser destruídos e substituídos por novos que representam o fenômeno social do ser humano em sua integralidade.

De forma didática, o Ministro guarda uma seção de seu voto para explicar a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, bem como assinalar breves noções dos termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis. Ao expor tais conceitos, mesmo que brevemente, Schietti demonstra que o melhor remédio para o preconceito e a marginalização é a educação, o conhecimento, e o contato com a realidade do outro. Pontua, após, que as identidades são diversas e que não pretende esgotar tais categorias em seu voto, mas faz menção às pessoas não-binárias, que não se reconhecem como do gênero masculino ou feminino, e já atenta que estas pessoas podem se enquadrar na vulnerabilidade que exige a proteção conferida pela Lei Maria da Penha. (BRASIL, 2022).

Conforme é exposto no voto, a ideia de gênero não surgiu para reforçar os estereótipos e papéis sociais assinalados aos indivíduos de acordo com o seu sexo biológico, mas sim para contestá-los:

O sexo é uma categoria biológica insuficiente para explicar os papéis sociais atribuídos ao homem e à mulher. 'Gênero' veio como uma categoria de análise das ciências sociais para questionar a suposta essencialidade da diferença dos sexos, a ideia de que mulheres são passivas, emocionais e frágeis; homens são ativos, racionais e fortes. Na perspectiva de gênero,

essas características são produto de uma situação histórico-cultural e política; as diferenças são produto de uma construção social. Portanto, não existe naturalmente o gênero masculino e feminino. (CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. O que é Gênero. Dicionário de Direitos Humanos da ESMPU, s/d *apud* BRASIL, 2022, p. 22-23).

Neste sentido, Schietti demonstra que o proceder jurisdicional diante dos temas de gênero já foi estabelecido conforme a Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a adoção de um protocolo para julgamento conforme a perspectiva de gênero, para que seja seguido em todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Os conceitos de sexo, gênero e identidade de gênero são expostos e diferenciados – notadamente que o conceito de sexo está relacionado à biologia, ao passo que o gênero trata de características que são socialmente atribuídas e esperadas das pessoas –, assim, conforme o exposto no presente estudo, recomendando aos magistrados brasileiros a aplicarem tais estudos de gênero quando formularem seus entendimentos para suas decisões, para que não reforcem estereótipos e expectativas socialmente construídas, com base em imposições heteronormativas.

Schietti afirma que a ideia do debate é afirmar que mulher trans mulher é. Assim, a Lei Maria da Penha tece considerações somente no sentido de que a vítima seja mulher, e que a violência tenha sido cometida em ambiente doméstico, familiar ou na relação íntima ou de afeto entre o agressor e a vítima (BRASIL, 2022).

Desta forma, o artigo 5º da referida Lei é cristalino e categórico ao denotar que a violência doméstica e familiar contra a mulher se configura por razão de qualquer ação ou omissão com base no gênero da vítima, que lhe cause a morte, lesão, entre outras formas de violência (BRASIL, 2006).

O elemento determinante para que seja conferida a proteção da Lei Maria da Penha é o gênero feminino, embora, muitas vezes, a identidade de gênero e o sexo biológico não coincidam (BRASIL, 2022). Daí a necessidade de entender o gênero feminino na sua acepção sociológica, como um conjunto de construções e papéis sociais, culturalmente impostos e historicamente naturalizados. Equivoca-se o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao afirmar que a “concepção científica” de mulher é necessariamente a biológica, uma vez que a existência humana

jamais pode ser reduzida a uma objetividade exata, afastada de todas as relações socioculturais que a constroem. Sendo assim, como afirmou o Ministro Schietti: mulher trans mulher é. Então, conclui-se que, em convergência com todo o arcabouço teórico trazido por este estudo, configurada a violência doméstica e/ou de gênero, nos termos da Lei Maria da Penha, a mulher transexual faz jus à sua proteção. Portanto, foi provido o recurso interposto pelo Ministério Público de São Paulo, e a vítima foi possibilitada de ser protegida nos termos da Lei Maria da Penha.

Cabe lembrar que o Desembargador relator do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao reduzir o gênero feminino à mulher em sua acepção biológica, afirmou que cabia ao legislador deliberar sobre o tema para que a proteção de mulheres transexuais fosse instituída expressamente por lei. Neste entendimento, implicou que não havia legislação atual que conferisse o direito de proteção previsto na Lei Maria da Penha a mulheres trans. Observando o tema sob a perspectiva de Dworkin, seria correto afirmar que tal caso pudesse ser considerado um *hard case*? A definição de *hard case* estipulada por Dworkin diz respeito àqueles casos concretos em que o direito subjetivo pleiteado pela parte não é previsto no ordenamento jurídico ou em qualquer decisão judicial anterior (DWORKIN, 2002).

A linha racional estabelecida pelo presente trabalho leva a uma conclusão que não pode ser considerado um “*hard case*” em sentido estrito, assim como proposto por Dworkin (2002), uma vez que a legislação existe, de fato, e está expressa no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei Maria da Penha expressamente confere proteção às vítimas de violência doméstica e familiar que pertençam ao gênero feminino. A controvérsia ao redor do presente caso existe por razão de uma noção antiquada do significado de gênero, em que este deve, necessariamente, estar ligado ao sexo biológico da pessoa vítima de violência doméstica. O problema, portanto, antes do advento do julgamento do recurso especial em análise, não era de não haver uma regra explícita para tratar sobre o tema, mas sim de um argumento ético-moral antiquado, desconectado da realidade da experiência humana, e posteriormente descartado pela comunidade jurídica pátria.

Relembra-se, portanto, a comunidade de princípios estabelecida, assim como descrita por Dworkin. A personificação desta comunidade faz com que ela seja visualizada

como um sujeito que possui seus próprios princípios e valores, que devem ser observados por todos os membros que a ela pertencem, sejam eles governantes, legisladores, aplicadores da lei ou indivíduos, mesmo que seus princípios e valores, quando individualmente considerados, sejam diferentes daquilo estabelecido na comunidade. Assim, uma sociedade multicultural possui um norte principiológico que garante que sejam aceitas as diferenças individuais. (COURA, LACERDA, 2020)

O direito, neste sentido, é criado por todas as partes envolvidas, dentro de um sistema ético-moral interpretativo, que é norteado pelos princípios estabelecidos por esta comunidade (DWORKIN, 1999).

Assim, volta-se à ideia de progresso moral estabelecida por Dworkin (2012). Uma vez que a moral não é uma característica fixa do universo (*fato moral*), assim também não o é o conceito de gênero, por ser socialmente construído e deve ser interpretado sob esta luz. O sistema ético-moral, estabelecido conforme a comunidade de princípios brasileira, principalmente, nos termos da Constituição Federal de 1988, reputa inadequado e incoerente, retrógrada e desumanizante, a argumentação de que a identidade de gênero de um ser humano seja reduzida à sua condição biológica. Aquilo que antes era naturalizado como uma patologia, hoje, com o acesso à informação e a tolerância à diferença, se tornou um argumento não mais compatível e adequado ao sistema ético-moral estabelecido pela comunidade de princípios pátria.

Denotando perfeitamente a ideia do progresso moral estabelecido por Dworkin (2012), o Ministro, em uma seção de seu voto, faz menção ao parecer favorável do Ministério Público Federal, onde são listados diversos enunciados jurisprudenciais acerca da aplicação da proteção fornecida pela Lei Maria da Penha em favor de mulheres transexuais, bem como realiza um apanhado jurisprudencial dos Tribunais dos Estados, onde as decisões seguem esta linha de entendimento. (BRASIL, 2022)

Desta forma, percebe-se a interpretação da norma sendo realizada assim como o romance em cadeia exposto pelo filósofo. Inclusive, interessante ressaltar que, fortalecendo tal conceito aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, não é a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal interpreta conceitos anteriormente vistos como biológicos, de maneira social: no caso Ellwanger, houve a interpretação sistemática e

teleológica da lei conforme o significado étnico-social da religião/etnia judaica para que, no fim do julgamento, fosse negado o *Habeas Corpus* ao paciente por ter cometido crime de racismo (BRASIL, 2003). Como dito anteriormente neste estudo, o Supremo Tribunal Federal interpretou que a homotransfobia também corresponde a conduta tipificada na Lei de Racismo (BRASIL, 2021). Assim, se percebe como desdobramento natural do progresso moral do ordenamento jurídico brasileiro, conforme a analogia do romance em cadeia proposta por Dworkin, que o Poder Judiciário brasileiro chegaria, inevitavelmente, ao ponto de *reconhecer* – e não conceder – o direito de concessão de medidas protetivas de urgência às mulheres transexuais, uma vez que o gênero mulher deve ser interpretado conforme sua acepção social, nos moldes consagrados pela Constituição de 1988 e a comunidade de princípios brasileira.

Então, como exposto no presente trabalho, de pouco em pouco, de decisão em decisão, os argumentos ético-morais de subordinação do gênero a imposições heteronormativas; da marginalização da diferença, do não-reconhecimento da existência da identidade do próximo, cada vez mais se mostram incompatíveis – moralmente inadequados – com o sistema jurídico pátrio, que por sua vez é constantemente construído e reconstruído por meio da prática interpretativa social, realizada por todos os integrantes desta comunidade de princípios, culminando em um ambiente jurídico cada vez mais inclusivo e respeitoso aos direitos fundamentais de todos, independentemente de sexo, raça, orientação sexual e identidade de gênero.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica no panorama jurídico brasileiro é alarmante. Conforme o demonstrado no presente trabalho, é um fenômeno que deve ser tratado de forma urgente sob o prisma do recrudescimento penal e, principalmente, conforme uma reforma cultural e educacional, notadamente ampliando-se os estudos de gênero e estabelecendo-se um ambiente de aprendizado que preza pela igualdade material de todos os cidadãos, independentemente de identidade de gênero e sexualidade.

Neste sentido, conforme descrito, uma análise interseccional da violência doméstica demonstra que as mulheres transexuais se encontram em um nível acentuado de vulnerabilidade, pois sofrem duplamente: pela imposição dos fardos da estrutura patriarcal de dominação masculina, e por terem sido historicamente invisibilizadas e marginalizadas, tanto no âmbito cultural e social, como também, assim como foi visto, pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a instauração de um Estado Social e Democrático de Direito, a comunidade jurídica brasileira vem lentamente se alterando, progredindo moralmente, interpretando-se as normas que regem a própria existência e condição do ser humano da pessoa transexual, outrora excludentes, conforme os princípios, direitos e garantias fundamentais.

Como foi demonstrado, a transfobia, em sua acepção social, não se limita apenas ao ódio e aversão às pessoas transexuais, mas também se propaga por meio de uma cultura, que possui reflexo no ordenamento jurídico, invisibilizando, marginalizando, oprimindo, e excluindo toda uma classe de pessoas, que rotineiramente não são abarcadas pelos direitos e garantias provenientes do sistema jurídico.

Com o passar do tempo, as práticas sociais, a construção moral e ética interpretativa, conforme os princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, denotaram, de modo absoluto, que a sociedade brasileira não é uma sociedade que aceita e abraça a transfobia, assim como fazia antigamente, mas sim a rechaça veementemente.

Neste sentido, a construção de tal ideal jurídico se deu de forma completamente alheia à concepção positivista do direito, em que se observa o direito apenas como um apanhado de regras cuja validade se condiciona à sua esfera formal. A construção se deu por base da existência de princípios e diretrizes políticas, que, por sua vez, nortearam a interpretação de normas já existentes, para elas serem condizentes com a comunidade de princípios brasileira, cujo progresso moral interpretativo culminou na rejeição da marginalização de pessoas transexuais.

Assim, cada vez mais, expressa-se a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro de conferir às pessoas transexuais a condição de igualdade de respeito e de consideração, no sentido que tais pessoas devem ser tratadas igualmente, sem distinção, com outros cidadãos, bem como possibilitar que estas pessoas sejam livres para construir seus projetos éticos de busca pela felicidade, para poderem ter uma vida boa e viverem bem.

No caso das mulheres, principalmente as transexuais, a violência doméstica e familiar se mostra como um empecilho direto a tal projeto de busca pela felicidade e por uma vida boa, razão pela qual é a obrigação de um Estado Democrático e Social de Direito de fornecer todas as medidas institucionais e legislativas no sentido de proteger tal grupo hipervulnerável.

Conforme exposto no presente trabalho, o advento da Constituição Federal de 1988 instituiu um conjunto de princípios norteadores da legislação e da instituição de políticas públicas. No entanto, somente a positivação Constitucional de princípios norteadores não foi o suficiente para que a questão de gênero fosse plenamente apreciada pela comunidade jurídica brasileira. Tal comunidade não dependeu apenas de sua instituição pelo poder constituinte de 1988, sendo histórica e culturalmente construída, por meio da prática interpretativa social do direito, proposta por Ronald Dworkin que, por sua vez, culminou no sistema ético-moral jurídico brasileiro que reputa inaceitáveis os argumentos morais de condicionamento do gênero à realidade meramente biológica.

Neste sentido, o progresso moral alcançado pela comunidade de princípios brasileira tem como culminação o julgamento do recurso especial 1977124 pelo Superior

Tribunal de Justiça, que desconstruiu a ideia de que apenas pode ser considerada mulher aquela que possui a condição biológica do sexo feminino, uma vez que este é o resultado da constante construção interpretativa do sistema jurídico pátrio, norteado pela linha principiológica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, em defesa dos direitos fundamentais, da igual consideração dos indivíduos, e o respeito à dignidade humana e a liberdade das pessoas viverem de acordo com seus próprios projetos éticos.

Portanto, a evolução histórico-social dos direitos de pessoas transexuais, tendo como importante decisão o julgamento do recurso especial 1977124, pode ser perfeitamente compreendida conforme a teoria de Ronald Dworkin do direito como integridade e prática social interpretativa, construída por todas as partes nele envolvidas, onde o sistema ético-moral, no que diz respeito à questão de gênero, não se baseia em uma pretensão de objetividade exata, onde a experiência humana é imutável, e qualquer diferença é patologizada. Isso diz respeito apenas a uma ideologia socialmente construída e culturalmente imposta, arcaica e retrógrada, travestida de ciência. O sistema ético-moral da comunidade de princípios brasileira é interpretativa e socialmente construído e, por meio de muitas lutas e de reivindicações sociais, não se tem dúvida que o norte de sua bússola aponta para o progresso e a defesa dos direitos humanos de todos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Laurêncio de Freitas; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. Linguagem (não) estigmatizante em julgados no Judiciário Brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 752-780, jun. 2022. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/53792. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/53792>. Acesso em: 19 fev. 2022.

ARRUZZA, Cinzia. Considerações sobre gênero: reabrindo o debate sobre patriarcado e/ou capitalismo. **Revista Outubro**, ed. 23, 1/2015. Disponível em: [http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2015/06/2015\\_1\\_04\\_Cinzia-Arruza.pdf](http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2015/06/2015_1_04_Cinzia-Arruza.pdf). Acesso em: 28 fev. 2022.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Trad. Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BERCHT, Verônica. As raças não existem. Laboratório de Demografia e Estudos Populacionais. **Revista Princípios** – Laboratório de Demografia e Estudos Populacionais – Universidade Federal de Juiz de Fora, 02 ago. 2012. Disponível em: <https://www.ufjf.br/ladem/2012/02/08/as-racas-nao-existem-artigo-de-veronica-bercht/>. Acesso em: 28 fev. 2022.

BENEVIDES, Bruna G. **Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**. Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BERNARDES, Antônio Henrique. Quanto às categorias e os conceitos. **Revista Formação (Online)**, v. 2, n. 18, 2012. DOI: 10.33081/formacao.v2i18.602. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/formacao/article/view/602>. Acesso em: 19 maio. 2022.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Criação e implementação do Banco Nacional de Medidas Protetivas de Urgência BNMPU**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/BNMPU.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022.

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/assets/downloads/lei-11340-2006-lei-maria-da-penha.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm). Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm). Acesso em: 19 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm). Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.419.421 – GO (2013/0355585-8).** Recorrente: C A S. Recorrida: Yedda Seronni. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33743165&tipo=91&nreg=201303555858&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140407&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 19 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.977.124-SP.** Mulher Trans. Vítima de Violência Doméstica. Aplicação da Lei N. 11.340/2006, Lei Maria da Penha. Critério exclusivamente biológico. Afastamento. Distinção entre sexo e gênero. Identidade. Violência no ambiente doméstico. Relação de poder e modus operandi. Alcance teleológico da Lei. Medidas Protetivas. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: L A da S F. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. 6ª Turma. Julgado em 05 de abril de 2022. Data da publicação 22 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-aplicavel-protoger.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 – Distrito Federal.** Ação Penal – Violência doméstica contra a mulher – Lesão Corporal – Natureza. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 9 de fevereiro 2012, Tribunal Pleno, DJe, n. 35, divulgado em 16/02/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3897992>. Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275** – Distrito Federal. Direito Constitucional e Registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro Civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe, 14/10/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injunção 4733**. Relatoria Ministro Celso de Mello. Julgamento em 13 de junho de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 03 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424**. Relatoria Ministro Moreira Alves. Julgamento em 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052> >. Acesso em: 05/01/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527 Distrito Federal**. Relatoria Ministro Roberto Barroso. 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314765393&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 33, n. 65, p. 155–188, 2012. DOI: 10.5007/2177-7055.2012v33n65p155. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n65p155>. Acesso em: 19 maio 2022.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CAMPOS, Danielly Thays; CHAI, Cássius Guimarães; Sousa, Mônica Teresa Costa. Saúde dos transexuais na sociedade heteronormativa: judicialização de políticas contra o (des)conhecimento da identidade gênero. In: ALVES, Verena Holanda de Mendonça; NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes (orgs.). **Direitos Humanos em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI**. Organização dos Estados Americanos, 2005/2006. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20oea%20cji%20%20.def.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. Vol. 3.

CARDOSO DE JESUS, Thiago Allisson; CHAVES DE SOUSA, Lucas Rafael; CARVALHO, Isadora Lage. A Pandemia da violência doméstica contra a mulher no Maranhão: uma análise sobre a atuação intersetorial da Casa da Mulher Brasileira em meio à COVID-19. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 03, n. 65, p. 430-452, abr.-jun., 2021.

CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito, racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASIQUE, Letícia Casique; FUREGATO, Antônia Regine Ferreira. Violência contra mulheres: Reflexões Teóricas. **Revista Latino-americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v.14, n. 6, nov.-dez. 2006.

CASTRO, Cristina Veloso de. **As garantias constitucionais das pessoas transexuais**. Birigui: Editora Boreal, 2016.

CERQUEIRA, Daniel et. al. **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021.

Disponível em:

<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

CHAI, Cássius Guimarães. Violência de Gênero, Determinantes Sociais e Direito. In: CALDAS, José Manuel Peixoto; TOPA, Joana Bessa; RODRÍGUEZ-CASTRO, Yolanda (orgs.). **Violência de Gênero e seus determinantes sociais – Teorias e Prática**. Lisboa: Editora Letras Ímpares, 2021.

CHAI, Cássius Guimarães; SANTOS, Jéssica Pereira dos; CHAVES, Denisson Gonçalves. Violência institucional contra a mulher: o Poder Judiciário, de pretensão protetora a efetivo agressor. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 2, p. 640–665, 2018. DOI: 10.5902/1981369429538. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538>. Acesso em: 19 maio. 2022.

CHO, Sumi; CRENSHAW, Kimberlé Williams; MCCALL, Leslie. Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis. **Signs – Journal of Women in Culture and Society**, Chicago, vol. 38, n. 4, p. 785-910, 2013. The University of Chicago Press. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/10.1086/669608>. Acesso em: 12 fev. 2022.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. **Opinião Consultiva n. 24/2017** – Solicitado pela República da Costa Rica. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1º da convenção americana sobre direitos humanos). Julgado em 24 de novembro de 2017. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 01 mar. 2022.

COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. In: COURA Alexandre de Castro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (orgs.). **Direito, Política e Constituição: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: CRV, 2014.

COURA, Alexandre de Castro; LACERDA, Aloyr Dias. A exigência de coerência e integridade nas decisões judiciais segundo Ronald Dworkin: uma análise a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do habeas corpus 152.752-PR em favor do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. **Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco** – RIOS, Paulo Afonso, v. 14, n. 28, p. 71-96, dez. 2020. Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/internas/conteudo/resumo.php?id=564>. Acesso em: 25 fev. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DUTRA, Elder Gomes. A ética e a moral em Ronald Dworkin: Um breve estudo do que se entende por bem viver e ter uma vida boa. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, vol. 12, n. 2, jul./dez., 2018. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/download/152/190>. Acesso em: 23 fev. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martin Fontes, 2003

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justiça Para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

ENGEL, Cintia Liara. **A violência contra a mulher**. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. 2016. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215\\_tema\\_d\\_a\\_violencia\\_contra\\_mulher.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violencia_contra_mulher.pdf). Acesso em: 10 fev. 2022.

FEIO, Thiago Alves. **A moral segundo Ronald Dworkin: uma visão descomplicada a partir de outros autores**. jul. 2018. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/326209383\\_A\\_MORAL\\_SEGUNDO\\_RONALD\\_DWORKIN\\_UMA\\_VISAO\\_DESCOMPLICADA\\_A\\_PARTIR\\_DE\\_OUTROS\\_AUTORES](https://www.researchgate.net/publication/326209383_A_MORAL_SEGUNDO_RONALD_DWORKIN_UMA_VISAO_DESCOMPLICADA_A_PARTIR_DE_OUTROS_AUTORES). Acesso em: 20 fev. 2022.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões Inconstitucionais e seus instrumentos de controle**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. 49. ed. São Paulo: Global, 2003.

Freitas, Ricardo. Violência doméstica contra a mulher na sociedade brasileira: controvérsias em torno das estratégias de controle da criminalidade familiar no Brasil. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 5, n. 9, p. 272–325, 2020. DOI: 10.24861/2526-5180.v5i9.137. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/137>. Acesso em: 19 maio. 2022.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo | Fapesp, 2001.

HOGEMANN, Edna Raquel; BOLDT, Marilha. A perspectiva da interseccionalidade na análise de casos de gênero no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 22, n. 3, p. 13–48, 2022. DOI: 10.18759/rdgf.v22i3.1983. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1983>. Acesso em: 19 maio. 2023.

JENESS, Valerie; Maxson, Cheryl L.; MATSUDA, Kristy N. SUMNER, Jennifer Macy. Violence in california correctional Facilities: an empirical examination of sexual assault. **UCIrvine – Center for Evidence-Based Corrections**, Califórnia, vol. 2, issue 2, jun. 2007. Disponível em: <https://cpb-us-e2.wpmucdn.com/sites.uci.edu/dist/0/1149/files/2013/06/BulletinVol2Issue2.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2022.

LINDOSO, Klécia Patrícia de Melo; CHAI, Cássius Guimarães; CALDAS, José Manuel Peixoto. Despatologização e reconhecimento da cidadania trans nos cenários jurídicos brasileiro e maranhense: análise do conteúdo da jurisprudência sobre retificação do registro civil das pessoas naturais. In: VARGAS, Annabelle de Fátima Modesto; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de; CAMPOS, Mauro Macedo (orgs.). **Tendências e controvérsias nas pesquisas em ciências sociais e saúde**. Campos do Goytacazes: Brasil Multicultural, 2020.

MACHADO, Marta R. de Assis; GUARANHA, Olívia Landi C. Dogmática jurídica encarnada: a disputa interpretativa em torno das medidas protetivas de urgência e suas consequências para a vida das mulheres. **Revista Direito GV**, [online] 2020, v. 16, n. 3, p. e1972, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201972>. Epub 11 dez. 2020. Acesso em: 18 fev. 2022.

MANSO, Almudena García. Violencia contra la mujer: un problema global en el desarrollo de la ciudadanía igualitaria. In: CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; MESQUITA, Valena Jacob Chaves (orgs.). **Direito, trabalho e desconhecimento: desafios contra os retrocessos em direitos humanos**. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.

NICHOLSON, Linda. Interpreting Gender. **Signs – Journal of Women in Culture and Society**, Chicago, vol. 20, n. 1, p. 79-105, 1994. The University of Chicago

Press. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3174928>. Acesso em: 27 fev. 2022.

OMMATI, José Emílio Medauar; COURA, Alexandre de Castro. Problemas das fontes do Direito à luz da ideia de direito como integridade de Ronald Dworkin. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 21, n. 3, p. 311–336, 2020. DOI: 10.18759/rdgf.v21i3.1814. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1814>. Acesso em: 19 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos – OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório anual 2000 – Relatório nº 54/01**. Caso 12.051. Maria da Penha Fernandes - Brasil. 04 de Abril de 2001. Disponível em: [https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/OEA\\_CIDH\\_relatorio54\\_2001\\_casoMariadaPenha.pdf](https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/OEA_CIDH_relatorio54_2001_casoMariadaPenha.pdf). Acesso em: 15 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas – ONU. **Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as mulheres**. Resolução da Assembleia 48/104. 20 dez.1993. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>. Acesso em: 20 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 18 fev 2022.

PAIVA, Caio; HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Boa Esperança: Editora CEI, 2020.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha. Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, vol. 10, n. 2, maio-ago., p. 216-232, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650004.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes da corte europeia e interamericana de direitos humanos. **Revista Acadêmica – Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, vol. 11, n. 1, p. 59-87, 2019. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PORTO, Madge; COSTA, Francisco Pereira. Lei Maria da Penha: as representações do judiciário sobre a violência contra as mulheres. **Revista de Estudo de Psicologia**, Campinas, v. 27, n. 4, p. 479-489, dez. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/BP37PqLXRmSJPkBJpZJWpsf/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 18 fev. 2022.

RIOS, Roger Raupp. Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos Direitos Sexuais no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52 n. 207, jul./set., 2015.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **Nacional-socialismo e antigarrantismo penal (1933-1945)**. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Lo Blach Teoria, 2019.

SABADELL, Ana Lúcia; PAIVA, Lívia de Meira Lima. Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 153, p. 173-206, mar. 2019. DTR/2019/23904. Disponível em: [https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Di%C3%A1logos\\_entre\\_feminismo\\_e\\_criminologia\\_cr%C3%A1tica.pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Di%C3%A1logos_entre_feminismo_e_criminologia_cr%C3%A1tica.pdf). Acesso em: 18 fev. 2022.

SAMPAIO, Mylla Maria Sousa; GOMES, Juliana Ester Martins; CHAI, Cássius Guimarães; CALDAS, José Manuel Peixoto. Impactos da Covid-19 em Casos de Violência Doméstica: Um estudo de caso. In: VELOSO, Heloísa Helena Pinho; CALDAS, José Manuel Peixoto (orgs.). **Medicina Social: Direito, Saúde & Cidadania**. Teresina: Piauí Gráfica e Editora, 2021.

SAMPAIO, L. L. P.; COELHO, M. T. A. D. A transexualidade na atualidade: discurso científico, político e histórias de vida. In: **Anais do III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades**. Salvador: UNEB, 2013.

SCHNEIDER, Eliete Vanessa; BEDIN, Gilmar Antônio. A proteção internacional dos direitos humanos e o sistema interamericano. **Revista Brasileira de Direito**, IMED, v. 8, n. 1, jan./jun. p. 69-90, 2012. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n1p69-90>. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/278>. Acesso em: 16 fev. 2022.

SCOTT, Joan. **Gender and the politics of history**. 1st ed. Nova Iorque: Columbia University Press, 1988.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH JÚNIOR, Gilberto. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 3, p. 47-66, 2019. DOI: 10.18759/rdgf.v20i3.1795. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1795>. Acesso em: 19 maio 2023.

WASELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Curadoria Enap. 2015. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp->

content/uploads/2016/04/MapaViolencia\_2015\_mulheres.pdf. Acesso em: 10 fev. 2022.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi.; MEZZARI, Luís Gustavo. Eficácia ou simbolismo? Uma análise das medidas protetivas de urgência no rito da Lei Maria da Penha. **Direito e Desenvolvimento**, v. 12, n. 1, p. 180-201, 29 jul. 2021. <https://doi.org/10.26843/direitoedesenvolvimento.v12i1.1392>. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1392>. Acesso em: 10 fev. 2022.

WHAT to know about deadnaming. **Medical News Today**. 2021. Disponível em: <https://www.medicalnewstoday.com/articles/deadnaming>. Acesso em: 28 fev. 2022.