

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Conforme relatado, trata-se de Mandado de Injunção Coletivo, com pedido de liminar, impetrado pela Associação Brasileira de Famílias HomoTransAfetivas – ABRAFH, em face de omissão legislativa atribuída ao Congresso Nacional, relativamente à edição de legislação específica contra a violência doméstica ou intrafamiliar que proteja homens GBTI+, bem como legislação preventiva e supressiva do controle coercitivo contra homens GBTI+ e mulheres, em geral cishétero e LGBTI+.

1) Cabimento do Mandado de Injunção

O art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal prevê que se concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Trata-se de ação constitucional autoaplicável, de caráter civil e de procedimento especial, que visa a suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal, visando a afastar o que ARICÊ MOACYR AMARAL SANTOS aponta como a “*inércia da norma constitucional, decorrente da omissão normativa*” (*Mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 31), ou no dizer de CANOTILHO, buscando destruir o “*rochedo de bronze*” da incensurabilidade do silêncio legislativo (*As garantias do cidadão na justiça*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 367). Em outras palavras, como tive oportunidade de afirmar, o mandado de injunção visa ao combate à “*síndrome de inefetividade*” das normas constitucionais (*Direito constitucional*. 37. Ed. São Paulo: Atlas, 2021).

2) Estado de mora constitucional. Possibilidade constitucional de colmatação

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão somente daquelas que têm relação com as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter

impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade.

Assim, sempre é necessária a presença dos requisitos do mandado de injunção, que são (a) a falta de norma reguladora de uma previsão constitucional (omissão total ou parcial do Poder Público); e (b) a inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ressalte-se, portanto, que o cabimento do mandado de injunção pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, conforme decidido por esta CORTE:

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE. - O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional. Precedentes (MI 542, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Plenário, DJ de 28/6/2002).

Na presente hipótese, a impetrante pretende, por meio desta ação, que o Poder Judiciário declare a mora do Congresso Nacional na aprovação de legislação contra violência doméstica ou intrafamiliar que proteja homens em relações familiares com outros homens (GBTI+), determinando, assim, medidas de prevenção e punição das violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, bem como a criação de: a)

políticas públicas para acolhimento e assistência das vítimas; b) delegacias especializadas na proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade que abarquem homens em relações homoafetivas; c) medidas protetivas de urgência, *“atentas à homotransfobia estrutural e institucional que afeta homens GBTI+”*.

Além disso, pretende seja declarada mora do Congresso Nacional *“na aprovação de legislação preventiva e repressiva do controle coercitivo contra homens GBTI+”* e seja superada *“provisoriamente a situação de omissão inconstitucional mediante interpretação conforme a Constituição, enquanto técnica de controle de constitucionalidade: (v.3.1) aos dispositivos legais relativos às medidas protetivas da Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006 (...) até o advento de legislação específica objeto dos pedidos anteriores”*. Requer, ainda, que o crime do art. 129, § 9º, do CP, com pena agravada pelo contexto da violência doméstica ou intrafamiliar, *“abarque violências psicológicas/morais (não-físicas) e, especialmente, abarque o dever de concessão de medidas protetivas de urgência a vítimas de violência doméstica ou intrafamiliar abarcadas pelo suporte fático deste tipo penal”*.

Alega-se, portanto, a existência de omissão na legislação brasileira quanto ao âmbito de proteção das pessoas em relações familiares homoafetivas, quando as vítimas não sejam mulheres, já expressamente abarcadas pela Lei Maria da Penha.

Em relação ao controle coercitivo, cabe esclarecer que se trata de uma variação da violência doméstica, que não inclui necessariamente ataques físicos. Materializa-se por uma forma de controle psicológico, onde um dos parceiros exerce o controle sobre o outro por meio de manipulação ou outras formas de abuso psicológico.

No tocante ao requisito *“falta de norma reguladora de uma previsão constitucional”*, me parece inconteste a ausência de normas específicas que visem a proteger a comunidade GBTI+.

Entre os fundamentos da República Federativa do Brasil encontra-se a dignidade da pessoa humana, metaprincípio ou valor supremo que, segundo Jorge Miranda, *“envolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas”*. (A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa dos Sistema de Direitos Fundamentais, *in: Justitia*, São Paulo, nº 67 (201), jan./dez. 2010, p. 364).

Segundo o art. 3º da CF/88, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*

(inciso IV).

De acordo com os Princípios de Yogyakarta, editados sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos e, portanto, consagrados internacionalmente no âmbito de proteção dos direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero, *“toda pessoa tem o direito à vida. Ninguém deve ser arbitrariamente privado da vida, inclusive nas circunstâncias referidas à orientação sexual ou identidade de gênero”* (Princípio 4). Por sua vez, o Princípio 5 estabelece que *“toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito à segurança pessoal e proteção do Estado contra a violência ou dano corporal, infligido por funcionários governamentais ou qualquer indivíduo ou grupo”*.

Em relação a este último princípio, o documento internacional prevê que os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas policiais e outras medidas necessárias para prevenir e proteger as pessoas de todas as formas de violência e assédio relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero;

b) Tomar todas as medidas legislativas necessárias para impor penalidades criminais adequadas à violência, ameaças de violência, incitação à violência e assédio associado, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer pessoa ou grupo de pessoas em todas as esferas da vida, inclusive a familiar;

c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que a orientação sexual ou identidade de gênero da vítima não possa ser utilizada para justificar, desculpar ou atenuar essa violência;

d) Garantir que a perpetração dessas violências seja vigorosamente investigada e, quando provas adequadas forem encontradas, as pessoas responsáveis sejam processadas, julgadas e devidamente punidas, e que as vítimas tenham acesso a recursos jurídicos e medidas corretivas adequadas, incluindo indenização;

e) Realizar campanhas de conscientização dirigidas ao público em geral, assim como a perpetradores/ as reais ou potenciais de violência, para combater os preconceitos que são a base da violência relacionada à orientação sexual e identidade de gênero.”

O art. 226, § 8º, da CF/88 assegura, por fim, “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Na seara constitucional, como se vê, não há distinção entre os núcleos familiares, cuja proteção abarca qualquer tipo de família, independentemente de serem compostas por relações hétero ou homoafetivas.

No julgamento do MI 4733 esta CORTE assentou o cabimento do mandado de injunção para a discussão da temática da discriminação fundamentada na orientação sexual. Destacou-se no Voto do Min. Rel. EDSON FACHIN, no que tange ao objeto, a evidente “existência de direito subjetivo à legislação”, porquanto é dever estatal legislar acerca do disposto no art. 5º, XLI, da CRFB, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Assim, a causa de pedir teria assento na própria Constituição.

No presente caso, a norma pretendida visa a resguardar o direito à vida e à integridade física dos homens GBTI+, vítimas de violência doméstica. Em que pese a existência de outras normas que prevejam, de forma genérica, a responsabilização de agentes que comentam crimes de agressão ou outros ilícitos que atentem contra a vida e a integridade física de qualquer pessoa, a Lei Maria da Penha traz uma série de medidas protetivas que são reconhecidamente eficazes para resguardar a vida das vítimas de violência doméstica.

Conforme artigo publicado no site do IPEA, a respeito da efetividade da Lei Maria da Penha:

“Em termos mais gerais, uma inovação importante da LMP é que esta procurou tratar de forma integral o problema da violência doméstica, e não apenas da imputação de uma maior pena ao ofensor. Com efeito, a nova legislação ofereceu um conjunto de instrumentos para possibilitar a proteção e o acolhimento emergencial à vítima, isolando-a do agressor, ao mesmo tempo que criou mecanismos para garantir a assistência social da ofendida. Além disso, a lei previu os mecanismos para preservar os direitos patrimoniais e familiares da vítima; sugeriu arranjos para o aperfeiçoamento e efetividade do atendimento jurisdicional; e previu instâncias para tratamento do agressor. Como apontado por Martins, Cerqueira e Matos (2015), foram considerados onze serviços e medidas protetivas na legislação.” (Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha, Daniel Cerqueira, Mariana Matos, Ana Paula Antunes Martins e

Jony Pinto Júnior, março/2015, Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/107/avaliando-a-efetividade-da-lei-maria-da-penha>. Acesso em 29/02/2024).

Embora existam delegacias e varas criminais que possam atender as demandas relacionadas aos homens GBTs, não há, nos órgãos de segurança pública, atendimento de maneira particularizada acerca da violência intrafamiliar sofrida por este grupo, reconhecidamente vulnerável.

Além disso, o requisito da *“inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais”* pode ser demonstrada através nos números de mortes violentas da comunidade LGBTQIA+.

Destaca-se, no julgamento do MI 4733 e da ADO 26, o Voto do Min. LUIZ FUX, em relação ao crime de ódio homotransfóbico, cuja situação alarmante caracterizaria um estado de coisas inconstitucional:

“Trago, neste voto, um relatório do Ministério dos Direitos Humanos divulgado em 2018 em que se registrou um total - por isso eu falo em ‘estado de coisas inconstitucional’ - de 2.964 violações de direitos humanos sofridas por indivíduos que se diferenciam por sua opção sexual [sic] ou posicionamento quanto à identidade de gênero, consolidadas as ocorrências em 2016 no periódico ‘Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência’. Trago aqui um outro levantamento de 2017, com o Ministério de Direitos Humanos reiterando o número alarmante de denúncias por violação contra a comunidade LGBT, retratando não só as violências físicas, como também simbólicas”.

Em relação aos números de violência nas relações afetivas da comunidade LGBTQIA+, há poucos estudos a respeito. Sabe-se que durante a pandemia houve um grande aumento de denúncias de violência no âmbito doméstico, porquanto *“o isolamento se mostrou uma faca de dois gumes para muitas mulheres que já viviam em risco de vitimização e ainda mais para lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais, já que estar em casa se tornou um prato cheio para as violências causadas pela intolerância da própria família”* (<https://journal48.com/lgbtqia/violencia-domestica-entre-casais-homoafetivos/>).

Extraí-se, também, do Relatório de Pesquisa do CNJ a respeito da Discriminação e Violência contra a População LGBTQIA+, publicado em

“Os processos analisados envolveram número significativo de casos em que a pessoa agressora morava com a vítima: 14,7% dos casos e 14,2% das vítimas se tratava de violência doméstica. Das vítimas, 43,8% tiveram a atribuição de identidade como mulheres lésbicas, 37,5% como mulheres trans e 12,5% como homens gays. Esse tipo de violência, inclusive, aparece de formas variadas:

i) agressões que ocorriam por conta de intolerância de algum familiar (pai, mãe, irmão ou irmã intolerante à identidade de gênero ou orientação sexual da vítima) em meio às discussões familiares;

ii) torturas praticadas por familiares que não aceitavam a orientação sexual da vítima (filho(a) ou enteado(a));

iii) violência doméstica contra mulheres/homens transexuais que, inclusive, sofrem transfobia;

iv) casos de ex-companheiro(a) que não aceita a sexualidade revelada por ex-companheira(o) – em que foram identificados, inclusive, casos de feminicídios

v) violência praticada contra a mãe de pessoa LGBTQIA+ por companheiro que não aceita a orientação sexual ou identidade de gênero de enteado(a). Nesse último caso, os textos foram classificados como experiências de violências provenientes de uma cultura LGBTfóbica, não de LGBTfobia contra vítima LGBTQIA+, representando um total de 10% dos 102 casos identificados.

Em todos esses casos, há uma importante convergência: a intersecção das temáticas de gênero importa para que se possam pensar nas esferas de responsabilização dos agressores que busquem respostas estatais que transcendem o poder de punir do Estado e **adote, por exemplo, medidas protetivas para a proteção direcionada à vítima ‘sem apostar única e exclusivamente na punição penal do agressor’** (FERREIRA, 2019, p. 53). Não houve identificação de nenhum caso de LGBTfobia que teria motivado medida protetiva da vítima com relação à parte acusada, o que pode demonstrar uma dificuldade do Estado em apresentar esse direcionamento de respostas efetivas que transcendam o direito de punir.”

No referido relatório do CNJ (Tabela 4), foi apresentado um estudo detalhado das vítimas de violência entre as identidades LGBTQIA+. Dentre as pesquisas realizadas acerca dos crimes com maior ocorrência por perfil de vítima, verificou-se que o crime mais identificado contra travestis e gays foi o homicídio (80% e 42,5%, respectivamente), enquanto, no caso de lésbicas, identificou-se mais a lesão corporal (36%) e a injúria (32%). Mulheres trans apareceram, em maior número, como vítimas de crimes de ameaça (42,9%).

Conforme alerta publicado em artigo pelos psicólogos Silmaria Bandeira do Nascimento, Pollyanna Nathércia de Vasconcelos Rodrigues, Sandra Elisa de Assis Freire e Fauston Negreiros:

“faz-se necessário desnaturalizar as formas de agressão enquanto um fenômeno heteronormativo e atentar-se às novas configurações de relacionamentos. Moreira (2017) levanta uma discussão pertinente sobre a invisibilidade de registros e discussões atravessadas sobre a violência entre os casais homossexuais, ressaltando que a invisibilidade entre os homossexuais masculinos é maior que entre as lésbicas, tendo em vista que o biologismo automaticamente as enquadra no mecanismo de proteção da lei Maria da Penha ou mesmo podem ser atendidas em Delegacias especializadas.” (Violência entre casais homoafetivos: uma revisão sistemática. In: Revista Sociedade em Debate (Pelotas), v. 28, n. 3 (2022), p. 136, set/dez. ISSN: 2317-0204)

Por fim, o entendimento que prevalece na jurisprudência desta CORTE é no sentido de que a tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional sobre a matéria não afasta o reconhecimento da omissão inconstitucional. No julgamento da ADI 3.682, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Pleno, DJe 05/09/2007, afirmou-se que *“apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência”*.

Quanto ao Projeto de Lei 8.034/2014, de autoria da Deputada Federal Jandira Feghali, que amplia a proteção de que trata a Lei 11.340/2006 às pessoas transexuais e transgêneros, destaca-se que a apresentação do texto ocorreu em 28/10/2014, teve parecer favorável da Relatora, Deputada Maria do Rosário, da Comissão de Direitos Humanos e

Minorias (CDHM) em 05/09/2017 e encontra-se pendente de deliberação.

Já o PL 2.653/2019, que dispõe sobre a proteção de pessoas em situação de violência baseada na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características biológicas ou sexuais, apresentado em 07/05/2019, foi encaminhado pela Mesa Diretora às comissões designadas a apreciar a matéria e, ante a existência de mais de 3 (três) comissões de mérito, foi determinada a criação de Comissão Especial para analisar a matéria, ainda sem deliberação das respectivas comissões.

A comparação entre o consenso nacional e internacional sobre as medidas necessárias para a efetiva proteção contra violência doméstica nas relações homoafetivas da população GBTI+ e a legislação nacional demonstra a existência de significativa omissão constitucional do Poder Legislativo em efetivar a devida proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade GBTI+, cujos projetos de lei não obtiveram deliberação finalizada.

Não me parece, portanto, existir qualquer dúvida da existência de omissão, caracterizadora do estado de mora constitucional.

3) A função da jurisdição constitucional na proteção de grupos vulneráveis

A complexidade da presente hipótese para colmatação do estado de mora constitucional reside, principalmente, na absoluta necessidade de compatibilização da atuação do *Poder Legislativo* (que representa o princípio democrático da maioria) com o exercício da *Justiça constitucional* (que representa a garantia do Estado de Direito) em defesa dos direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente (Michel TROPER. *Justice Constitutionnelle et démocratie. Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 31; Christian STARCK. *La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.73; KONRAD HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 376).

A premissa fundamental do Estado Constitucional é a existência de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois, enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de Direito consagra a supremacia das normas constitucionais, editadas pelo poder constituinte originário, o

respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria (LAWRENCE BAUM. *A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 12-13; JEAN RIVERO. A modo de síntese. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 666 ss; François Luchaire. *Le conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1980. p. 19 ss; PIERRE BOM. La légitimité du conseil constitutionnel français. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 143 SS; Joseph M. BESSETTE. Democracia deliberativa: o princípio da maioria no governo republicano. In: Vários autores. *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 305 ss; Robert A., GOLDWIN, William SCHAMBRA. A. (Orgs.). *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 305; Augusto CERRI. *Corso di giustizia costituzionale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1997. p. 17).

O exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à Constituição Federal, havendo, na evolução das Democracias modernas, a imprescindível necessidade de proteger a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em especial das minorias, pois, como recorda JORGE MIRANDA:

“[...] o irrestrito domínio da maioria poderia vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos, tal como o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modulação” (Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 95).

O fundamento básico da legitimidade material de atuação desta SUPREMA CORTE, nos moldes do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal, está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado, por ação ou omissão, a consagração dos direitos e liberdades fundamentais e dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado contemporâneo, pois, nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexistente, como ensinado por NORBERTO BOBBIO:

“[...] sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar” (*Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993. p. 117).

O exercício da jurisdição constitucional por esta SUPREMA CORTE, portanto, tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembleia Nacional Constituinte, em especial, a defesa dos direitos e garantias fundamentais de todos, de maneira igualitária e sem quaisquer discriminações entre grupos majoritários e minoritários, pois, conforme importante advertência feita por WALTER BERNS, ao comentar os princípios fundadores da Constituição norte-americana:

“[...] a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa ser uma política preocupada com direitos. Consequentemente, a regra da maioria, só é legítima se na prática a maioria respeita os direitos da minoria” (*A Constituição assegura esses direitos? In: Vários autores. A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 285).

A limitação constitucional à atuação majoritária visa a impedir a instalação de uma tirania da maioria sobre as minorias políticas, por meio do estabelecimento de direitos fundamentais a todos os cidadãos e também da tutela jurisdicional desses direitos, caso sejam violados. Nesse sentido, Alexis de Tocqueville adverte que "*o poder concedido aos tribunais para julgar a inconstitucionalidade das leis ainda é uma das barreiras mais poderosas que já foram levantadas contra a tirania das assembleias políticas*" (TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*, t. 1, partie 2, ch. 7. Paris: Éditions Flammarion, 1981. p.172).

Nessa conjuntura, reconhece-se "*a necessidade de uma democracia constitucional, caracterizada pela existência de um catálogo de direitos fundamentais associada à ideia de supremacia da Constituição e ao exercício de controle de constitucionalidade por órgão jurisdicional*" (CARVALHO FILHO, José S. *Jurisprudência Constitucional e População LGBTQI+*: O Supremo Tribunal Federal como Agente de Efetivação de Direitos Fundamentais de

Minorias no Brasil. In: Efetivação dos Direitos Sociais por Meio de Intervenção Judicial. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 137-152. SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. **Proportionality balancing and global constitutionalism**. Columbia Journal of Transnational Law. V. 47, n. 1, 2008, p. 71-164).

Fixadas essas premissas sobre a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional na proteção de direitos de grupos vulneráveis e minorias políticas, é possível analisar o caso em apreço.

4) A jurisprudência do STF sobre os direitos da população LGBTQIA+

Nos últimos anos, a população LGBTQIA+ tem enxergado este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como espaço adequado para uma litigância estratégica na luta por direitos civis para esse grupo vulnerável. Em consequência, demandas como direito ao casamento homoafetivo, a criminalização da homofobia e da transfobia, e o reconhecimento de inconstitucionalidade da proibição normativa de doação de sangue por homens que têm relação sexual com outros homens foram apresentadas à CORTE.

Ao julgar essas demandas, este TRIBUNAL reconheceu sua legitimidade constitucional para atuar na tutela jurisdicional de direitos de grupos vulneráveis e julgou procedentes os pedidos, para reconhecer a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos, assentando o reconhecimento constitucional das uniões homoafetivas (ADI 4.277, Rel. Min. AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, DJe de 14/10/2011); para reconhecer que a omissão legislativa inconstitucional sobre o tema conduz ao enquadramento da homofobia e da transfobia como crimes de racismo, em sua concepção sociológica (ADO 26, Rel. Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, DJe de 6/10/2020); e para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que impediam a doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais, por considerá-los, genericamente, como integrantes de um grupo de risco, sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente poderiam expor a pessoa a uma maior probabilidade de contágio de infecções sexualmente transmissíveis (ADI 5.543, Rel. Min. EDSON FACHIN, TRIBUNAL PLENO, DJe DE 26/8/2020).

Importante destacar, também, a ADI 4.275, na qual admitida a

alteração do nome e sexo de pessoas transexuais no registro civil, independente de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes (ADI 4.275, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Redator do acórdão Min. EDSON FACHIN, TRIBUNAL PLENO, DJe de 07/03/2019).

Registro, ainda, que este TRIBUNAL tem sistematicamente declarado a inconstitucionalidade de legislações municipais e estaduais que proíbem o ensino de educação sexual e de gênero em escolas públicas, como meio para promoção de respeito ao pluralismo e à diversidade cultural. Anoto, ilustrativamente, nesse sentido a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 460, Rel. Min. LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 13/8/2020; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 467, Rel. Min. GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe de 7/7/2020; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.580, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, DJe de 27/11/2020; e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 457, de minha relatoria.

Anoto, por oportuno, que nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental em que questionadas legislações municipais que proíbem o uso de linguagem neutra no âmbito dos municípios, tenho me manifestado não somente pela inconstitucionalidade formal, diante da usurpação de competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, quanto material, tendo em vista que a linguagem neutra visa a comunicação sem a demarcação de gênero, relacionando-se com um movimento destinado à promoção da igualdade, a partir do uso não discriminatório da linguagem e que, *per se*, não significa a criação de novas estruturas linguísticas (ADPF 1.155 MC-Ref, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, TRIBUNAL PLENO, DJe de 26/07/2024).

5) O eixo axiológico da igualdade

Conforme fiz registrar em sede doutrinária (Direito Constitucional. Barueri: Atlas, 2022), a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as

discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (COMPARATO, Fábio Konder. Direito Público: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59).

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequiparações

proibidas e permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1, p. 79).

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular (STF, TRIBUNAL PLENO, Mandado de Injunção 58, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Rel. p/Acórdão Min. CELSO DE MELLO, DJ de 19/04/1991).

O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (uniformização na interpretação da legislação federal). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais.

Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.

Sobre o princípio da igualdade, indispensável recordarmos a lição de San Tiago Dantas:

“Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase

sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário” (DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Revista Forense, v. 116, p. 357-367, Rio de Janeiro, 1948).

6) Incidência da Lei Maria da Penha às relações homoafetivas a partir da identidade social de gênero

A violência contra a mulher, como se sabe, é histórica. Uma análise do Brasil desde os tempos de colônia nos mostra a conformação de um discurso não apenas moral da sociedade, mas também de todo um arcabouço jurídico complacente com a violência contra as mulheres, pensada como mera propriedade do homem.

Mesmo com o passar dos anos, a mulher continuou sendo tratada, social e institucionalmente, em papel de inferioridade em relação ao homem e um constante perigo instintivo que necessitava ser sempre vigiado. Essa realidade só começou a ser verdadeiramente transformada com a redemocratização do Brasil, a partir da Constituição de 1988 e da incorporação de 80% das pautas apresentadas por movimentos feministas pelos Constituintes (CECÍLIA MACDOWELL SANTOS. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. Oficina do CES n.º 301, 2008, p. 7), mediante grande mobilidade da sociedade civil, com garantia de verdadeira igualdade formal e material para as mulheres e uma ampliação da cidadania feminina no plano jurídico nacional.

Nossa Constituição Republicana de 1988 reforçou a garantia universal do princípio da igualdade, assegurando que *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”* (art. 5º, I), sendo a mulher titular de todos os direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da vida (art. 5º, *caput*), e de todos os demais garantidos pela Constituição, na mesma medida que o homem; além de prever que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades*

fundamentais” (art. 5º, XLI); e que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, §8º).

Tornou-se obrigatória a ampliação do debate público e o aumento da preocupação social com o problema da violência e da desigualdade da mulher, de que decorreu a adoção de medidas políticas e legais, como a promulgação da Lei da Maria da Penha e a aprovação da qualificadora de feminicídio no crime de homicídio, a consolidação das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher, a criação de secretarias especializadas na proteção dos direitos da mulher e a adoção dos Planos Nacionais de Política para as Mulheres e do Pacto Nacional de Enfrentamento da Violência contra as Mulheres.

Nesse contexto, o objeto da Lei Maria da Penha é a proteção da mulher contra a agressão cometida no âmbito familiar, da unidade doméstica ou de qualquer relação íntima de afeto, de modo a alçar a violência de gênero ao patamar jurídico-normativo.

A edição da lei foi uma resposta normativa à violência física ou psicológica contra a mulher, reproduzida na sociedade a partir da hierarquização das relações sociais de gênero, cuja dominação ou subalternidade é exercida mediante um poder de fato.

A própria lei trouxe um novo conceito de família, explicitando especificamente a incidência da norma protetiva nas relações homoafetivas com pessoas do sexo feminino, tendo em vista que o objetivo da norma foi coibir, prevenir e estipular a punição adequada para qualquer forma de violência doméstica contra a mulher, conforme se depreende dos arts. 2º e 5º:

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

[...]

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

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

Além disso, a lei não limitou o sujeito ativo das infrações penais cometidas contra a mulher mediante violência doméstica, podendo ser qualquer pessoa vinculada à vítima, tanto um homem como outra mulher.

Nessa linha, cito julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - RELAÇÕES HOMOAFETIVAS - OFENDIDA MULHER - GÊNERO INDEPENDENTE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL - COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA.

1- A Lei 11.340/06 destina-se a proteger a mulher de violência doméstica, não importa sua opção sexual, nem que envolva relações homoafetivas e a agressora seja outra mulher.

2- O artigo 5º da Lei estabelece como âmbito de incidência a proteção da mulher na unidade doméstica, abrangendo os indivíduos que nela convivem ou qualquer relação de afeto, vínculo familiar, mesmo que não mais coabitem independente da orientação sexual. A lei não é limitada pelo gênero do agressor, sua finalidade é sempre proteger a mulher, independente de opção sexual (parágrafo único do artigo 5º).

3- Competente a Vara de Violência Doméstica exercida na Comarca pela Vara de Família. CONFLITO PROCEDENTE (Conflito de Jurisdição 70036742047, Terceira Câmara Criminal, Rel. IVAN LEOMAR BRUXEL, Julgado em 22/07/2010).

No mesmo sentido, também se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. VULNERABILIDADE DEMONSTRADA PELA RELAÇÃO DE AFETO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIALIZADO NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

1. De acordo com o art. 5º da Lei nº 11.340/2006, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é competente para processar e julgar infrações penais cuja motivação seja a opressão à mulher, podendo figurar como sujeito ativo tanto homens quanto mulheres.

2. No caso em tela, a violência decorreu de relação homoafetiva pretérita entre mulheres, estando caracterizada a situação de vulnerabilidade por conta da relação de afeto. [...]

3. Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido. (RSE 0204416-91.2014.8.04.0020. Rel. CARLA MARIA SANTOS DOS REIS, Primeira Câmara Criminal, Julgado em 27/07/2015).

No tocante aos casais homossexuais, em que a vítima de violência doméstica é a travesti ou a transexual, embora ainda não haja entendimento sedimentado, a jurisprudência brasileira caminha no sentido da aplicação da Lei Maria da Penha nesses casos. Neste sentido, destaca-se a decisão da Sexta Turma do STJ, no REsp 1.977.124, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI, DJe de 22/04/2024:

RECURSO ESPECIAL. 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. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A aplicação da Lei Maria da Penha não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

2. É descabida a preponderância, tal qual se deu no acórdão impugnado, de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, cujo arcabouço protetivo se volta a julgar autores de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres. Efetivamente, conquanto o acórdão recorrido reconheça diversos direitos relativos à própria existência de pessoas trans, limita à condição de mulher biológica o direito à proteção conferida pela Lei Maria da Penha.

3. A vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida tão somente à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são

complexas e o Direito não se deve alicerçar em argumentos simplistas e reducionistas.

4. Para alicerçar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha à espécie, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher.

5. A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres. Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado. Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher é.

6. Na espécie, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei n. 11.340/2006, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente - especializado - para processar e julgar a ação penal.

7. As condutas descritas nos autos são tipicamente influenciadas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha. O modus operandi das agressões - segurar pelos pulsos, causando lesões visíveis, arremessar diversas vezes contra a parede, tentar agredir com pedaço de pau e perseguir a vítima - são elementos próprios da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino. Isso significa que o modo de agir do agressor revela o caráter especialíssimo do delito e a necessidade de imposição de medidas protetivas.

8. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 e cassar o acórdão de origem para determinar a imposição das medidas protetivas requeridas pela vítima L. E. S. F. contra o ora recorrido. (STJ, REsp 1.977.124/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 05/04/2022, DJe de 22/4/2022.)

Na mesma direção, cito julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

Competência do Juizado especializado - vítima mulher transgênero - desnecessidade de alteração do registro civil

"(...) 1. Não se confundem identidade de gênero, orientação sexual e sexo biológico. A orientação sexual de um indivíduo diz respeito a como realiza seus afetos, em especial no aspecto sexual, podendo ser, entre outros, heterossexual, homossexual, assexual, bissexual etc. Já o sexo biológico diferencia macho e fêmea, levando em conta a genitália, os órgãos reprodutores, cromossomos etc. do indivíduo. Por seu turno, a identidade de gênero é um conceito psicossocial, ou seja, considera tanto a própria identificação da pessoa de si mesma como a forma como ela é percebida em seu meio.

2. A autoidentificação da vítima como mulher é condição suficiente para sua inserção no gênero protegido pela Lei n. 11.340/2006, especialmente porque não é feita distinção entre mulheres cisgênero e mulheres transgênero, referindo-se o artigo 5º apenas genericamente ao termo mais abrangente 'mulher', bem como utilizando, propositadamente, o termo 'gênero' ao esclarecer a violência doméstica e familiar contra a mulher ('configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial').

3. Não há que falar em analogia 'in malan partem' na aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transgênero, uma vez que não se trata de 'mulher por analogia', mas simplesmente de mulher, que dessa forma se identifica, ainda que possua características biológicas masculinas.

4. Uma vez que a ofendida se identifica como mulher e, por isso, performa com base na expectativa social para o gênero feminino, dessa maneira sendo percebida inclusive perante seu círculo social e pelo suposto agressor, a alteração de seus registros civis representa apenas mais um mecanismo para a expressão e exercício pleno do gênero mulher com o qual se identifica, não podendo ser um empecilho para o exercício de direitos e garantias que lhes são legal e constitucionalmente previstos.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo

suscitado (2º Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Ceilândia/DF). (TJDFT, CC 07020317720228079000, Rel. SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, Câmara Criminal, data de julgamento: 08/02/2023, publicado no PJe: 28/02/2023).

Conflito negativo de competência. Violência doméstica e familiar. Homologação de auto de prisão em flagrante. Agressões praticadas pelo companheiro contra pessoa civilmente identificada como sendo do sexo masculino. Vítima submetida à cirurgia de adequação de sexo por ser hermafrodita. Adoção do sexo feminino. Presença de órgãos reprodutores femininos que lhe conferem a condição de mulher. Retificação do registro civil já requerida judicialmente. Possibilidade de aplicação, no caso concreto, da lei n. 11.340/06. Competência do juízo suscitante. Conflito improcedente. (TJSC, Conf. Jurisd. 2009.006461-6, 3ª Vara Criminal, Rel. Des. ROBERTO LUCAS PACHECO, julgado em 29/06/2009).

Entretanto, no que diz respeito aos homens em relações homoafetivas, os Tribunais ainda não compartilham desse entendimento, tendo o STJ se manifestado no sentido de que *“não cabe ampliação interpretativa das formas de violência, dos sujeitos protegidos e das penas - mesmo cautelares - incidentes, por afetarem ao fundamental princípio da legalidade”*. Cito a ementa do julgado:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI 11.340/06. LEI MARIA DA PENHA. NÃO PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL. CARÁTER PENAL. LEGALIDADE. DESCABIDAS PROTEÇÕES AMPLIADORAS NÃO ABRANGIDAS TAXATIVAMENTE NA LEI. CAUTELAR QUE NÃO PODE SER ETERNIZADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Embora a Lei Maria da Penha possua incidência no âmbito cível e criminal, ao tratar da violência doméstica e familiar configuradora de crimes acaba por diretamente afetar penas: quando impede pena pecuniária (art. 17) e quando afasta as benesses da Lei nº 9.099/95 (art. 41), assim tornando certo o conteúdo de norma penal e a incidência do princípio da legalidade estrita.

2. Assim é que foi definida a inicial competência das varas

criminais (art. 33), o processamento em casos violência doméstica com comunicação à Autoridade Policial e encaminhamento ao juiz (claramente criminal), que poderá fixar medidas protetivas (da vítima, filhos e de bens) e regularmente processar por crime.

3. A intervenção do juiz cível, usando de cautelares previstas ou não na Lei Maria da Penha previstas, se dá por seu poder geral de cautela, ínsito à jurisdição, mas exclusivamente em feitos de sua competência.

4. O relevantíssimo interesse de proteção a toda relação afetiva (mesmo homoafetiva, mesmo em violências que não envolvam o binômio agressor homem e vítima mulher), de valorização do gênero como autocompreensão na sociedade, de evitação a toda forma de violência e de mais forte intervenção estatal em favor do vulnerável, exige ampliações pela via da alteração legislativa.

5. Em feitos criminais de violência doméstica e familiar, não cabe ampliação interpretativa das formas de violência, dos sujeitos protegidos e das penas - mesmo cautelares - incidentes, por afetarem ao fundamental princípio da legalidade.

6. Em direito penal, os interesses sociais somente podem gerar apenamento por prévia alteração legal. É ao legislador e não ao juiz que cabe a ampliação de hipóteses incriminadoras ou alteração de penas.

7. As medidas protetivas são corretamente nominadas de urgentes por sua incidência imediata, mesmo sem contraditório, na proteção da mulher.

8. Se em feito cível a cessação da eficácia de tutela cautelar antecedente dá-se em trinta dias (art. 309 CP), no processo penal a falta da definição do prazo não permite de todo modo a eternização da restrição a direitos individuais - então aferida a cautelar por sua necessidade e adequação, em casuística ponderação.

9. Na espécie, o cautelar impedimento de aproximação e contato com variadas pessoas já perdura há quatro anos e nenhum processo posterior foi ajuizado, cível ou criminal, a demonstrar clara violação da proporcionalidade e da legalidade.

10. Recurso especial improvido, para manter a revogação da medida protetiva indevidamente eternizada.

(REsp n. 1.623.144/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/08/2017, DJe de 29/8/2017.)

Quanto ao alcance da Lei Maria da Penha, conforme se depreende dos julgados acima, entendo que, independentemente da orientação sexual da mulher, a proteção especial da lei vale tanto para as mulheres vítimas de violência doméstica quanto para lésbicas, travestis e transexuais com **identidade social feminina** que mantêm relação de afeto em ambiente familiar, ou seja, a expressão “mulher” contida na lei vale tanto para o sexo feminino quanto para o gênero feminino, já que a conformação física externa é apenas uma mas não a única das características definidoras do gênero.

Seguindo essa compreensão de que a estrutura social se formou a partir de categorizações de gênero, a desembargadora aposentada do TJRS Maria Berenice Dias, em sede doutrinária, faz alusão à **ideia sociológica de gênero** para estender a aplicação da Lei Maria da Penha às relações homoafetivas entre pessoas do sexo biológico masculino:

Pelo que se depreende de seu texto, não há dúvida de que a Lei Maria da Penha aplica-se a todas as relações de violência de gênero, sempre que presentes um dos contextos nela mencionados (domiciliar, familiar em uma relação íntima de afeto), **mesmo que o sexo biológico da vítima seja masculino, desde que, esteja em uma situação que desempenhe o papel social atribuído (e cobrado das) às mulheres (dominação, subjugação)**. (DIAS, Maria Berenice. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 426)

Assim, considerando que a Lei Maria da Penha foi editada para proteger a mulher contra violência doméstica, a partir da compreensão de subordinação cultural da mulher na sociedade, é possível estender a incidência da norma aos casais homoafetivos do sexo masculino, se estiverem presentes fatores contextuais que insiram o homem vítima da violência na posição de subalternidade dentro da relação.

Isso porque a identidade de gênero, ainda que social, é um dos aspectos da personalidade e nela estão inseridos o direito à identidade, à intimidade, à privacidade, à liberdade, e ao tratamento isonômico, todos protegidos pelo valor maior da dignidade da pessoa humana. Há, portanto, uma responsabilidade do Estado em garantir a proteção, no campo doméstico, a todos os tipos de entidades familiares.

Além disso, essa proteção aos casais homoafetivos do sexo

masculino, bem como às mulheres transexuais ou travestis ganha especial relevo, tendo em vista que, não obstante os avanços legais e institucionais, verifica-se, ainda, a subsistência de um discurso e uma prática que tentam reduzir a mulher – e as pessoas que se identificam socialmente com o gênero feminino ou de alguma forma ocupam esse papel social – e naturalizar preconceitos de gênero existentes até os dias atuais, perpetuando uma crença estruturalmente machista, de herança histórica.

De fato, pesquisas realizadas tanto no âmbito nacional quanto internacional demonstram a existência de número significativo de vítimas de violência doméstica entre casais homoafetivos do sexo masculino.

O Conselho Nacional de Justiça, em pesquisa sobre a Discriminação e Violência contra a População LGBTQIA+, identificou essa realidade, a partir dos seguintes dados:

“4.2.1. QUANDO O LAR TAMBÉM AGRIDE: VÍTIMAS DE LGBTFOBIA EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

Os processos analisados envolveram número significativo de casos em que a pessoa agressora morava com a vítima: 14,7% dos casos e 14,2% das vítimas se tratava de violência doméstica. Das vítimas, 43,8% tiveram a atribuição de identidade como mulheres lésbicas, 37,5% como mulheres trans e **12,5% como homens gays**. Esse tipo de violência, inclusive, aparece de formas variadas:

i) agressões que ocorriam por conta de intolerância de algum familiar (pai, mãe, irmão ou irmã intolerante à identidade de gênero ou orientação sexual da vítima) em meio às discussões familiares;

ii) torturas praticadas por familiares que não aceitavam a orientação sexual da vítima (filho(a) ou enteado(a));

iii) violência doméstica contra mulheres/homens transexuais que, inclusive, sofrem transfobia;

iv) casos de ex-companheiro(a) que não aceita a sexualidade revelada por ex-companheira(o) – em que foram identificados, inclusive, casos de feminicídios;

v) violência praticada contra a mãe de pessoa LGBTQIA+ por companheiro que não aceita a orientação sexual ou identidade de gênero de enteado(a). Nesse último caso, os textos foram classificados como

experiências de violências provenientes de uma cultura LGBTfóbica, não de LGBTfobia contra vítima LGBTQIA+, representando um total de 10% dos 102 casos identificados.

Em todos esses casos, há uma importante convergência: a intersecção das temáticas de gênero importa para que se possam pensar nas esferas de responsabilização dos agressores que busquem respostas estatais que transcendem o poder de punir do Estado e adote, por exemplo, medidas protetivas para a proteção direcionada à vítima “sem apostar única e exclusivamente na punição penal do agressor”. (FERREIRA, 2019, p. 53). Não houve identificação de nenhum caso de LGBTfobia que teria motivado medida protetiva da vítima com relação à parte acusada, o que pode demonstrar uma dificuldade do Estado em apresentar esse direcionamento de respostas efetivas que transcendam o direito de punir.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Discriminação e violência contra a população LGBTQIA+: Relatório da Pesquisa/Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Brasília: CNJ, 2022).

Da mesma forma, conforme extraído de artigo publicado na Folha de São Paulo, a NCAVP – National Coalition of AntiViolence Programs, um programa dos Estados Unidos que documenta “violência doméstica entre casais gays registrou 3.327 casos em 1997. A área coberta representa 20% do território americano, o que significa que o total de casos naquele país passaria dos 16 mil. Esses seriam só os casos registrados em delegacias e pelas ONGs, um número infinitamente menor que o real. Segundo dados do NCAVP, os estudos de prevalência nos EUA mostram que entre 25% e 33% dos membros da comunidade gay relatam ter sofrido algum abuso por parte de seus parceiros. O número, segundo a instituição, seria comparável ao da violência doméstica ocorrida entre casais heterossexuais naquele país” (BIANCARELLI, Aureliano. Violência entre casal gay é tema de manual. In: Folha Online, 03.11.2002. Disponível em: . Acesso: 19.07.2024).

Há, entretanto, uma dificuldade em compor os dados, diante do fato de que nem sempre as agressões são denunciadas exatamente pelo temor de expor a orientação sexual e pela vergonha de terem sido agredidos por outro homem.

Sem negligenciar a subnotificação, essa realidade é atestada por

tantos casos ainda frequentes de violência de gênero que continuam atingindo números espantosos.

Não pode o Estado permanecer omissivo perante essa naturalização da violência contra o gênero feminino, sob pena de ofensa ao princípio da vedação da proteção insuficiente e do descumprimento ao compromisso adotado pelo Brasil de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º, da CF).

Desta feita, no caso sob exame, avulta que a não incidência da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos masculinos e às mulheres travestis ou transexuais nas relações intrafamiliares pode gerar uma lacuna na proteção e punição contra a violência doméstica, já que esses acontecimentos, como vimos, permeiam a sociedade de forma atroz.

7) Dispositivo

Considerando que a garantia de segurança aos cidadãos é uma das bases do Estado e que, portanto, impõe ao Estado a obrigação de proteger os bens e liberdades dos cidadãos frente às agressões dos outros cidadãos, bem como a necessidade de adoção de medidas de proteção ou de prevenção para se combater as condutas de violência perpetradas no âmbito familiar, tem-se que **o direito fundamental à segurança, expressamente previsto no caput do art. 5º da CF/88, justifica a impetração de mandado de injunção por associação coletiva de defesa dos direitos da população LGBTQ+ ou mesmo por pessoa LGBTQ+ individualmente considerada, sob o fundamento de que a ausência de norma que estenda a proteção da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos masculinos e às mulheres transexuais e travestis tem inviabilizado a fruição de referido direito fundamental por este grupo social, considerada especialmente a proibição de proteção deficiente oriunda do princípio da proporcionalidade.**

Diante do exposto, CONCEDO A ORDEM para reconhecer a mora legislativa e determinar a incidência da norma protetiva da Lei Maria da Penha aos casais homoafetivos do sexo masculino e às mulheres travestis ou transexuais nas relações intrafamiliares.

É o voto.