



## O ARTIGO 5º DA LEI FEDERAL Nº 11.340/2006: A INTERPRETAÇÃO, A APLICAÇÃO E O ALCANCE DO ARTIGO 5º DA LEI FEDERAL Nº 11.340/2006

### ARTIGO ORIGINAL

MACHADO, Luis Fernando Decoussau<sup>1</sup>, SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo<sup>2</sup>

MACHADO, Luis Fernando Decoussau. SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. **O artigo 5º da lei federal nº 11.340/2006: a interpretação, a aplicação e o alcance do artigo 5º da lei federal nº 11.340/2006.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 09, Ed.02, Vol. 01, pp. 75-100. Fevereiro de 2024. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/aplicacao-e-o-alcance>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/aplicacao-e-o-alcance

### RESUMO

O objetivo deste artigo é tratar de um dos temas mais tormentosos e controversos da Lei Federal nº 11.340/2006. A interpretação, aplicação e o alcance do artigo 5º da Lei Federal nº 11.340/2006. O tema é de fundamental importância porque o artigo 5º da Lei Federal nº 11.340/2006 define o que é a violência doméstica ou familiar contra a mulher, tanto em relação aos sujeitos ativo e passivo, como o seu campo de atuação, pelo menos para fins de aplicação da Lei e, portanto, define as situações que estarão abarcadas pela legislação específica. O artigo 5º da Lei Federal 11.340/2006 define em seu *caput* que a violência doméstica ou familiar será aquela praticada em face da mulher e baseada no gênero. Os conceitos de mulher e gênero, neste estudo e para fins didáticos, serão compreendidos como elementos subjetivos da norma jurídica. Além disso, o artigo 5º da Lei Federal nº 11.340/2006 dispõe que não basta que a violência seja praticada em face da mulher e em razão do gênero para a incidência da lei específica, mas também é preciso que a conduta ocorra em um determinado campo de abrangência, seja no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou decorrente de qualquer relação íntima de afeto. Neste estudo, e para fins didáticos, os conceitos de unidade doméstica, âmbito da família e relação íntima de afeto serão compreendidos como elementos objetivos da norma jurídica. A conjugação dos elementos subjetivos e objetivos previstos no artigo 5º, *caput* e incisos, da Lei Federal nº 11.340/2006 permitirá a adoção de um critério seguro e razoável para a limitação do alcance e aplicação da lei específica. O critério deve ser seguro e razoável porque a Lei 11.340/2006 é um microsistema de normas jurídicas mais gravosas, revestidas



de especificidades que exigem a sua correta incidência como forma de prevenir, punir e erradicar esta forma específica de violência, dando efetividade aos artigos 1º, III, 3º, 5º, III, e 226, § 8º, todos da Constituição Federal. A questão se torna relevante porque, reconhecida a constitucionalidade da Lei Federal nº 11.340/2006, nos termos das Ações Declaratória de Constitucionalidade nº 19 e Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, e, sendo certo que, no âmbito penal e processual penal há um tratamento mais gravoso para o autor da conduta envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher, a adoção de um critério seguro e legitimamente manipulável para a aplicação da referida lei se torna importante para evitar distorções que violem o princípio da igualdade e que, ao mesmo tempo, garanta a prevenção, punição e erradicação desta forma específica de violência. É evidente que não passará despercebido neste artigo, ainda que de forma sucinta, a necessidade de analisar o princípio da igualdade, porquanto esta é a base estrutural da Lei Federal 11.340/2006. Este é o terreno fértil dos debates acalorados. Firmada a base estrutural da Lei Federal 11.340/2006 será possível, nos limites impostos pela referida Lei, apontar critérios razoáveis que permitam nortear o intérprete na solução de casos concretos. Este é o objeto deste artigo. Adotar uma interpretação segura e razoável que possa conferir ao aplicador da norma jurídica, critérios de aplicação e, conseqüentemente, de efetividade da Lei Federal nº 11.340/2006, em obediência ao princípio da igualdade.

Palavras-chave: Violência doméstica ou familiar, Isonomia, Competência, Elemento subjetivo, Mulher.

## 1. INTRODUÇÃO

A interpretação da Lei Federal nº 11.340/2006 (Brasil, 2006) exige que o intérprete compreenda as razões pelas quais, atualmente, a norma jurídica confere tratamento distinto para as situações envolvendo a mulher em situação de violência, exorbitando, desta forma, os limites restritos da mera interpretação gramatical.

Nesse sentido, em tempos anteriores, a sociedade conferia determinados papéis para a mulher e para o homem de forma estratificada. Desde as formas mais primitivas de sociedade ao homem era conferida a responsabilidade pelo sustento do lar ao passo que a mulher era responsável pelos cuidados da prole, e diante destas responsabilidades, baseou-se na evolução da sociedade até os tempos modernos.

Todavia, com a evolução da sociedade, principalmente em decorrência dos lamentáveis episódios que resultaram nas duas guerras mundiais e, conseqüentemente, da falta de mão de obra masculina, a mulher passou a exercer papéis que não lhe eram conferidos pela sociedade. Conseqüentemente, os



movimentos feministas decorrentes desta nova composição da sociedade, lutam, cada vez mais, por direitos que conferissem maior igualdade diante desta nova realidade. Dentre estes direitos, podemos citar a previsão do sufrágio universal no Código Eleitoral Brasileiro em 1.932, a Lei 4.212/62, o chamado Estatuto da Mulher Casada, que conferiu direitos à mulher como a dispensa de autorização do marido para trabalhar ou mesmo o direito à herança (Brasil, 1932).

Foram mudanças necessárias que, ao longo dos anos, permitiram que a mulher exercesse, como já dito, papéis conferidos ao homem. No entanto, se à mulher esses direitos garantiram a sua dignidade, é certo que a tensão e a confusão entre estes papéis geraram um conflito maior no ambiente doméstico e familiar, além do encorajamento e provocação do Estado na resolução destes conflitos com a previsão constitucional, de tratados, convenções internacionais e normas infraconstitucionais para tanto.

E diante da gravidade dos conflitos e da necessidade da intervenção estatal para a sua resolução, o artigo 226 da Constituição Federal prevê, expressamente, que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado que, para isso, nos termos do § 8º do referido artigo, assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos cônjuges que a integram, criando mecanismos para coibir, prevenir e erradicar a violência no âmbito de suas relações.

Sucedem que, malgrado a previsão expressa acima, a Lei 11.340/2006 (Brasil, 2006), popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, somente entrou em vigor no ano de 2006, como forma de dar concretude ao mandamento constitucional, aos tratados e convenções internacionais dos quais o Estado Brasileiro é signatário e, conseqüentemente, conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais.

É impossível tratar da Lei 11.340/2006 sem lembrar do caso emblemático envolvendo Maria da Penha Maia Fernandes. E isto porque Maria da Penha Maia Fernandes, vítima sistemática de violência doméstica perpetrada pelo seu ex-marido e de duas tentativas de homicídio que a deixaram em uma cadeira de rodas, somente viu o seu algoz responsabilizado pelas condutas depois de mais de 20 (vinte) anos. A omissão do Estado neste caso, todavia, não passou despercebida pelos órgãos



internacionais, de tal forma que o Estado Brasileiro foi condenado a reparar os danos da vítima Maria da Penha em \$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos), pavimentando, desta forma, o caminho para a elaboração da Lei 11.340/2006.

A Lei Federal nº 11.340/2006, neste contexto, tem como norte criar mecanismos para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica ou familiar contra a mulher, conforme prevê o seu artigo 1º:

Art. 1º. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica ou 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 de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (Brasil, 2006).

O artigo 5º, *caput* e incisos, da Lei Federal 11.340/2006, por sua vez, define o que é violência doméstica ou familiar e o seu campo de abrangência ao dispor que:

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

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

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

III – Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (Brasil, 2006).



Verte-se da leitura do artigo acima citado que não será qualquer espécie de violência contra a mulher que será abarcada pela Lei Federal 11.340/2006, mas, apenas e tão somente, aquela decorrente do gênero. Há aqui, dois conceitos imprescindíveis a serem analisados para a compreensão da matéria, os vocábulos “mulher” e “gênero”.

E não se trata de conceituação desnecessária, na medida em que, segundo a interpretação a ser adotada, o conceito de “mulher” poderá ser restrito ou ampliativo. A necessidade de delimitar seguramente o alcance da palavra “gênero” é igualmente importante para fins de correta interpretação da Lei Federal 11.340/2006, porquanto não será qualquer situação envolvendo o sujeito passivo mulher que possibilitará a aplicação da Lei específica, mas, apenas e tão somente, aquela decorrente do gênero. À conjugação dos conceitos “mulher” e “violência baseada no gênero” denomina-se elementos subjetivos de aplicação da Lei Federal 11.340/2006.

Além disso, e não menos importante, a violência contra a mulher baseada no gênero será restrita a determinado campo de abrangência que, para fins didáticos, será compreendido como elemento objetivo de aplicação da Lei Federal 11.340/2006. E para tanto, o artigo 5º prevê em seus incisos que somente haverá violência doméstica ou familiar contra a mulher quando os fatos ocorrerem em um determinado campo de abrangência, a saber, no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou decorrente de qualquer relação íntima de afeto (Brasil, 2006).

A Lei 11.340/2006, esclareça-se, é um microssistema revestido de diversas especificidades que não serão esmiuçadas neste artigo cujo objetivo, a rigor, é estabelecer critérios mínimos e seguros de aplicação da legislação aos casos concretos envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos estritos termos estabelecidos no artigo 5º, *caput* e incisos do referido diploma legal (Brasil, 2006).

Desta forma, neste artigo serão abordados temas como o alcance da Lei Federal 11.340/2006, especialmente no que tange à análise do artigo 5º e seus elementos subjetivos e objetivos como forma de adoção de um critério razoável para aplicação da lei específica e, conseqüentemente, conferir concretude aos artigos 1º, III, 3º, I e IV, 5º, *caput*, III, e 226, § 8º, da Constituição Federal.



A metodologia a ser utilizada neste artigo científico será a dedutiva, com a análise, inicialmente, do aspecto constitucional da Lei 11.340/2006 e, conseqüentemente, a interpretação, a aplicação e o alcance do artigo 5º da referida lei. Para tanto, a abordagem do trabalho terá como fundamento a análise doutrinária e jurisprudencial como forma de aclarar o tema e conferir um norte seguro para a interpretação do artigo 5º da Lei Federal nº 11.340/2006.

## **2. O ELEMENTO SUBJETIVO DA LEI 11.340/06**

O objeto deste capítulo é delimitar o elemento subjetivo da Lei Federal 11.340/2006. E para tanto, inicialmente, deve-se compreender como elemento subjetivo da Lei Federal 11.340/2006, a mulher vítima de violência baseada no gênero, nos termos do artigo 5º, *caput*, da Lei Federal 11.340/2006.

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: (...) (Brasil, 2006).

E da leitura do artigo acima transcrito, percebe-se que a violência doméstica ou familiar, pelo menos para fins legais, é aquela praticada contra a mulher, sendo qualquer ação ou omissão baseada no gênero e que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

E para tanto, inicialmente, deve-se compreender que os vocábulos “mulher” e “gênero” são conceitos fundamentais para a delimitação do elemento subjetivo previsto no artigo 5º, *caput*, da Lei Federal 11.340/2006. Não é, por si só, é verdade, suficiente para permitir o reconhecimento da violência qualificada pelo gênero para fins legais, mas um passo necessário para evitar a aplicação da lei para situações não pretendidas pelo legislador e que possam violar o princípio da igualdade, conforme será visto a seguir.



## 2.1 OS SUJEITOS DA LEI 11.340/2006

O artigo 5º, *caput*, da Lei Federal 11.340/2006 prevê que, 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. Nesse sentido, não será qualquer espécie de violência contra a mulher a ser prevenida, coibida ou erradicada, mas somente aquela específica que for motivada pelo gênero.

Os conceitos de sexo e de gênero não se confundem pois,

(...) enquanto sexo está ligado à condição biológica do homem e da mulher, gênero é uma construção social, que identifica papéis sociais de natureza cultural, e que levam à aquisição da masculinidade e da feminilidade (Dias, 2013, p. 44).

E justamente por se tratar de uma construção cultural e não biológica é que a intervenção do Estado se revela necessária para criar mecanismos com o escopo de evitar, punir e erradicar esta espécie de violência.

Todavia, desde a entrada em vigor, a Lei Federal 11.340/2006 foi objeto de vários questionamentos acerca da sua constitucionalidade. Sem razão, contudo. A violência doméstica ou familiar é uma espécie de conduta, seja ativa ou passiva, que tem como um dos elementos essenciais, o sujeito passivo mulher e a motivação para o gênero. E nada há de novo nesta postura legislativa, porquanto a legislação pátria prevê outras formas de violência específicas sem que daí advenha qualquer questionamento acerca da sua constitucionalidade. Nesse sentido, temos a violência em face do idoso, em face da criança e do adolescente, apenas para reforçar este posicionamento.

Ainda assim, a Lei Federal 11.340/2006 foi objeto de questionamentos acerca da sua constitucionalidade pois, se não há limitação para o sujeito ativo da conduta, podendo, até mesmo, ser outra mulher, a discussão ganha maiores controvérsias quanto ao sujeito passivo, afinal a Lei Federal 11.340/2006 somente é aplicável às mulheres.

Sucedendo que a proteção especial conferida às mulheres em situação de violência não se trata de discriminação intolerável em violação expressa ao princípio da igualdade



aos homens, mas sim, ao reverso, reforça e atribui efetividade ao princípio da igualdade ao prever mecanismos para prevenir, coibir e erradicar a violência contra a mulher baseada no gênero.

E neste contexto, o Brasil, em suas relações internacionais, há tempos, diga-se, é signatário de tratados e convenções internacionais que objetivam, justamente, a proteção da mulher em situação de violência ou familiar e que foram internalizados no nosso ordenamento jurídico com força de lei, sem que houvesse qualquer oposição a este respeito, como por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

E para reforçar este entendimento, a proteção especial conferida à mulher em situação doméstica ou familiar não só encontra amparo no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, como deriva do princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com os artigos 3º, 5º, III e 226, § 8º da referida Constituição Federal (Canotilho, 2003).

Não se desconhece, todavia, que o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal prevê, expressamente, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ao passo que o inciso I do referido artigo aponta que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Todavia, não se pode confundir os conceitos de isonomia formal e material, sob pena de incorreta compreensão do tema.

A igualdade formal prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal limita-se à igualdade na aplicação da lei e é atrelada aos ideais liberais burgueses, no sentido de que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. É voltada à aplicação do direito, como bem observado por Canotilho, citando Anschütz, “as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas” (Canotilho, 2003, 426).

E nesse sentido, Robert Alexy ressalta que esse dever é simples. “Ele exige que toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a nenhum caso que não o seja, o que nada mais significa dizer que as normas



devem ser cumpridas” (Alexy, 2015, p. 394). E isto quer dizer que “a igualdade perante a lei significa, num momento logicamente posterior ao da feitura da norma jurídica (texto diploma), que ela deve ser aplicada uniformemente, conforme o que preceitua; tem a ver com o modo de aplicação da norma” (Rothenburg, 2008, p. 364).

Sucede que a igualdade na aplicação da lei, por si só, sem que houvesse uma análise acerca de quem seriam os iguais e os desiguais do conteúdo da norma jurídica, ao reverso de concretizar a igualdade, fomentaria mais desigualdades, porquanto não adiantaria que a lei fosse aplicada indistintamente, se as pessoas se encontram em situações distintas em diversos planos de sua existência.

O ser humano, embora igual em sua essência e dotado de razão, possui diferenças sociais, culturais, físicas e econômicas que o tornam distinto e único, sendo que tais fatores, quando razoáveis e relevantes, devem ser levados em consideração na elaboração da norma jurídica. Daí porque Canotilho, citando Castanheira Alves, assevera que “a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia de bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador, relativamente ao conteúdo da lei” (Canotilho, 2003, p. 427).

Assim, foi preciso que o Estado não só adotasse uma igualdade em sentido formal, no sentido de que a lei fosse aplicada a todos indistintamente, como o seu conteúdo fosse orientado por critérios de justiça material para que, enfim, possibilitasse o alcance da igualdade no plano jurídico-fático. O destinatário passou a ser o responsável pela criação das normas jurídicas, orientado pela busca de uma justiça material, social, distributiva e pelo respeito às diferenças. Torna-se imperiosa a busca da igualdade na lei.

Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador, tanto o que faz a lei ordinária nos Estados-membros e na órbita federal como aquele que no círculo das autonomias estaduais emenda a Constituição ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada. Na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor, como assinalou Leibholz, de uma igualdade “perante a lei”, mas de



uma igualdade “feita” pela lei, uma igualdade “através” da lei (Bonavides, 2010, p. 376).

O direito à igualdade passou não só a implicar na isonomia perante a lei, como também na isonomia na lei, com a promoção do bem comum e o reconhecimento das peculiaridades e das diferenças que enriquecem o ser humano e o tornam único. A justiça, conceito que orienta a igualdade, deixou de ser apenas o tratamento igualitário formal do ser humano, tal como preconizava o Estado Liberal, para ter o caráter material, social, distributivo e o respeito e o reconhecimento de identidades, inerentes a um Estado Social.

A este respeito, ressalta Flávia Piovesan:

(...) a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios; b) a igualdade material correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); c) igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada por critérios como gênero, orientação sexual, idade, raça e etnia) (Piovesan, 2007).

Todavia, é forçoso enfatizar que não será qualquer conteúdo da norma jurídica que permitirá a restrição à igualdade, sob pena de verdadeira violação ao princípio. A respeito do tema, não se pode esquecer das valiosas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello a fim de se evitar tratamentos jurídicos distintos que agravem o princípio da igualdade e fomentem discriminações intoleráveis.

Nesse sentido, as discriminações serão toleráveis e compatíveis com a Constituição desde que, cumulativamente, preencham os seguintes critérios: a) verificar o fator de discriminação; b) verificar se há uma correlação lógica entre o fator de discriminação e o tratamento jurídico distinto; c) correlação entre o tratamento jurídico distinto e os valores constitucionais.

Só a conjunção dos três aspectos é que permite análise correta do problema. Isto é: a hostilidade ao preceito isonômico pode residir em quaisquer deles. Não basta, pois, reconhecer-se que uma regra de direito é ajustada ao princípio da igualdade no que pertine ao primeiro aspecto. Cumpre que o seja, também, com relação ao segundo e ao terceiro. É claro que a ofensa a



requisitos do primeiro é suficiente para desqualificá-la. O mesmo, eventualmente, sucederá por desatenção a exigências dos demais, porém quer-se deixar bem explícita a necessidade de que a norma jurídica observe cumulativamente aos reclamos provenientes de todos os aspectos mencionados para ser inobjetável em face do princípio isonômico (Mello, 2012, p. 22).

Neste contexto, questão foi objeto de análise na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, oportunidade em que se reconheceu, com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, que as discriminações contidas na Lei Federal 11.340/2006 encontram respaldo nos artigos 1º, III, 3º, 5º, III, e 226, § 8º, da Constituição Federal.

Assim, o *discrimen* utilizado pela lei é válido, e busca apenas tratar desigualmente pessoas em situação de desigualdade em condições específicas, com fundamento nos artigos 1º, III, 3º, 5º, III, e 226, § 8º, da Constituição Federal, sendo, por estes motivos, inviável a aplicação da lei para casos envolvendo vítima do sexo masculino.

Feitas as considerações acima, e afastada a possibilidade de aplicação da Lei Federal 11.340/2006 para situações envolvendo vítima do sexo masculino, a discussão ganha maiores contornos quando se busca a melhor interpretação do vocábulo mulher, sobretudo diante da questão do transexual, ou seja, aquela pessoa que rejeita a sua identidade genética, identifica-se com o sexo oposto e submete-se a procedimentos cirúrgicos e estéticos para a adequação da realidade física com a condição psicológica.

O Conselho Federal de Medicina dispõe acerca dos requisitos necessários para o diagnóstico do transexual na Resolução nº 1.652/2002. E nesse sentido, será considerado transexual o indivíduo que tenha desconforto com o sexo anatômico natural; que expresse o desejo de eliminar os genitais, de perda das características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; ausência de outros transtornos mentais ou anomalias de base orgânica (CFM, 2002).

Definido o que é o transexual, existem duas correntes de interpretação para a aplicação da Lei Federal 11.340/2006. A primeira corrente, definida como mais



conservadora, entende que o transexual, a rigor, não é uma mulher, mas apenas passa a ter o órgão genital em conformidade com o sexo oposto e, portanto, não poderia gozar da proteção específica da Lei. Ocorre que, para a segunda corrente, dita mais moderna, se a pessoa modificar as suas características sexuais, cirurgicamente e de forma irreversível, a ela devem ser conferidas as normas jurídicas protetivas da Lei, tal como qualquer mulher (Cunha e Pinto, 2012, p. 34).

Nestes termos, Maria Berenice Dias (Dias, 2013, p. 61-2) defende que o conceito de mulher trazido pela Lei Federal nº 11.340/2006 engloba os transgêneros, travestis e as lésbicas, porquanto devem ser reconhecidos em sua perspectiva de gênero, escopo da norma jurídica protetiva.

Com efeito, a autora acima citada defende que se deve interpretar o vocábulo “mulher”, pelo menos para fins da Lei 11.340/2006, de forma extensiva, segundo a exegese do artigo 4º do mesmo diploma legal, conjugado com os artigos 1º, III e 3, IV, da Constituição Federal.

No mesmo sentido o Enunciado 46 aprovado no IX Fonavid,

A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5º, da Lei 11.340/2006 (Brasil, 2006).

No entanto, nada obstante os respeitáveis entendimentos acima, não se compreende que a Lei Federal 11.340/2006 tenha este alcance normativo. É que, malgrado o artigo 4º da Lei Federal 11.340/2006 determina que na interpretação desta Lei serão considerados os fins sociais a que ela se destina, especialmente as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, não se pode olvidar que a Lei Federal 11.340/2006 é um conjunto de normas jurídicas restritivas de direito e que, portanto, devem ser interpretadas restritivamente. Nesse sentido, são normas jurídicas que, a rigor, restringem o direito à liberdade e conferem tratamento mais gravoso para as situações envolvendo a violência doméstica ou familiar contra a mulher. Isto é o que se depreende de institutos como as medidas protetivas de



urgência, prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, apenas para citar alguns casos.

Ainda assim, não se defende neste estudo que o transexual não possa, de forma alguma, ser protegido pela Lei Federal 11.340/2006. Com efeito, o transexual poderá invocar a Lei Federal 11.340/2006 desde que seja mulher na acepção jurídica do termo, isto é, desde que seja juridicamente reconhecido como mulher. O indivíduo mulher será assim reconhecido desde que ostente esta condição no seu assento de nascimento ou desde que retificado judicialmente ou extrajudicialmente nos termos do Provimento 16/18 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, independentemente de qualquer ato cirúrgico (Brasil, 2018).

Compreende-se, aqui, que se trata de critério objetivo, seguro e conveniente para aplacar a insegurança jurídica acerca do tema, impedindo, desta forma, a aplicação de norma jurídica mais gravosa ao sabor do julgador e garantindo o princípio da realidade que deve nortear os registros públicos.

Neste sentido, Cunha e Pinto apontam que,

“se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em uma mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive penal” (Cunha e Pinto, 2012, p. 122).

Diante do que foi exposto, malgrado respeitando entendimentos em sentido diverso, compreende-se que por se tratar de norma jurídica mais gravosa, pelos menos para fins penais e processuais penais, a interpretação deverá ser restritiva, de tal forma que o conceito de mulher, para fins legais, será a pessoa que assim for reconhecido em seu assento de nascimento, sem prejuízo de averbação posterior.

## **2.2 A VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO**

Ultrapassada a questão envolvendo a interpretação do vocábulo “mulher” para fins da Lei Federal 11.340/2006, é o momento de definir o conceito de “violência baseada



no gênero” para, enfim, revelar o alcance do elemento subjetivo previsto no artigo 5º da Lei Federal 11.340/2006.

Compreende-se por violência qualquer ação ou omissão que tenha por finalidade obrigar a pessoa a fazer, deixar de fazer ou permitir que se faça algo contra a sua vontade. E de acordo com o objeto da violência, ela poderá ser contra crianças/adolescentes, idosos, deficientes, ou em decorrência do gênero que, especificamente, será visto a seguir.

“Gênero” é uma palavra polissêmica e pode indicar, de acordo com o contexto, um grupo de seres que se assemelham por seus caracteres essenciais, reunião de corpos orgânicos que constituem a espécie, raça, família, sorte, qualidade, casta, modo, maneira, objeto, coisa, entre outras distinções.

No entanto, o sentido a ser adotado para a palavra “gênero” neste artigo será aquele proveniente da sociologia e da antropologia, porquanto se trata daquele admitido pelo legislador por ocasião da edição da Lei Federal 11.340/2006.

Neste sentido,

(...) a sociologia, a antropologia e outras ciências humanas lançaram mão da categoria gênero para demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre mulheres e homens que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram polos de dominação e submissão (Teles e Melo, 2002, p. 14-5)

Neste contexto, gênero, para fins legais, “aborda as diferenças socioculturais existentes entre os sexos masculino e feminino, que se traduzem em desigualdades econômicas e políticas, colocando as mulheres em posição inferior à dos homens nas diferentes áreas da vida humana” (Telles e Melo, 2002, p. 16).

Portanto, deve-se esclarecer que as palavras sexo e gênero não se confundem. O sexo está ligado à condição biológica do homem e da mulher, gênero é uma construção social, que identifica papéis sociais de natureza cultural, e que levam a aquisição da masculinidade e da feminilidade (Dias, 2013, p. 44).



Desta forma, percebe-se que não será qualquer tipo de violência contra a mulher que será compreendida pela Lei Federal 11.340/2006, mas, apenas e tão somente, aquela que resguarde nexo causal com os papéis culturalmente atribuídos pela sociedade ao homem e à mulher.

E nem poderia ser diferente pois, se se trata de diferença cultural e não natural, é dever do Estado adotar as medidas proporcionalmente necessárias e adequadas a fim de corrigir esta desigualdade e, portanto, conferir a máxima efetividade ao princípio da igualdade, tal como o fez com a Lei Federal 11.340/2006.

No entanto, não se deve esquecer que é preciso muita cautela na interpretação da Lei Federal 11.340/2006, mormente acerca do alcance da violência baseada no gênero, sob pena criar distorções que apenas serão fontes de discórdia e discriminações em oposição ao princípio da igualdade.

Com efeito, se há presunção de violência baseada no gênero nas situações envolvendo vínculo afetivo, nas demais é preciso analisar cautelosamente o caso concreto para verificar o enquadramento nas normas protetivas da Lei Federal nº 11.340/2006.

A este respeito:

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA** – Ação de divórcio cumulada com partilha de bens, regulamentação de guarda e fixação de alimentos distribuída ao Juízo da 3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Itaquera, que declina a competência - Redistribuição dos autos ao Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do referido Foro – Impossibilidade – Exclusão da competência da Vara Especializada nos casos em que há pretensão à partilha de bens - Inteligência do artigo 14-A, § 2º da Lei 11.340/06 - Ademais, pedidos de fixação de alimentos e regulamentação de guarda que não guardam relação com a violência doméstica – Precedentes desta C. Câmara Especial - Competência do Juízo Suscitado (3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Itaquera). (TJSP; Conflito de competência cível 0008332-87.2022.8.26.0000; Relator (a): Ana Luiza Villa Nova; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional VII - Itaquera - Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 19/08/2022; Data de Registro: 19/08/2022) (São Paulo, 2022).



**APELAÇÃO.** Lesão corporal em contexto de violência doméstica. Pleito de absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. O conjunto probatório coligido demonstrou que o réu, na residência onde morava com sua esposa, movido por ciúmes, empurrou a vítima, arremessou um rodo contra ela e ainda a ameaçou de morte. Depoimentos firmes e coerentes prestados pela vítima, corroborados pela testemunha e por laudo pericial. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Penas devidamente fixadas. Regime inicial aberto mantido. Recurso parcialmente provido apenas para afastar a fixação de valor indenizatório mínimo na espécie, diante da ausência de pedido expresso na exordial acusatória. (TJSP; Apelação Criminal 1500373-41.2020.8.26.0491; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Rancharia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 23/11/2023; Data de Registro: 23/11/2023) (São Paulo, 2023).

No primeiro caso, reconheceu-se que, embora a vítima fosse mulher, o motivo da violência não decorreu do gênero, mas sim de questões patrimoniais que em nada se relacionavam com os papéis culturais atribuídos pela sociedade aos homens e às mulheres. No segundo caso, todavia, trata-se de hipótese clássica de violência baseada no gênero, pois o réu, motivado por sentimentos de posse e de ciúmes, praticou o crime. Esta é a violência que a Lei 11.340/2006 busca prevenir, punir e erradicar.

Sucedendo que, mesmo presente o elemento subjetivo, isto, por si só, não é suficiente para a aplicação da legislação específica ao caso concreto, porquanto os fatos devem ocorrer em um determinado campo de abrangência, neste artigo, tratado como elemento objetivo, a ser especificado a seguir.

### **3. O ELEMENTO OBJETIVO DA LEI 11.340/2006**

Ultrapassada a questão envolvendo o elemento subjetivo previsto no artigo 5º, *caput*, da Lei Federal 11.340/2006, a saber, a violência praticada contra a mulher baseada no gênero, este elemento, por si só, não permite a aplicação da Lei Federal 11.340/2006. Com efeito, é preciso que os fatos ocorram em um determinado campo de abrangência, afinal se trata de violência doméstica ou familiar. Este é o elemento objetivo e está previsto nos incisos I, II e III do artigo 5º da Lei Federal 11.340/2006.



Neste sentido,

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

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

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

III – Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

(...) (Brasil, 2006).

Os elementos objetivos previstos no artigo 5º, I, II e III, serão analisados detalhadamente a seguir.

### **3.1 A UNIDADE DOMÉSTICA**

O primeiro requisito objetivo para a aplicação da Lei Federal 11.340/2006 é a “unidade doméstica” previsto no artigo 5º, I, da referida lei. É o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. É a chamada violência doméstica.

A unidade doméstica é o local onde há o convívio permanente de pessoas, em típico ambiente familiar (Nucci, 2010, p. 1263), prescindindo, todavia, do efetivo vínculo familiar, mas convivendo como se família fossem (Nucci, 2010, p. 1263). É preciso, neste contexto, que haja liberdade ambulatorial e permanente das pessoas nos cômodos do local em típico ambiente familiar.

Deste modo, ao reverso, conclui-se que os fatos ocorridos em locais protegidos pela inviolabilidade de domicílio, vide pensões, quartos de hotel ou unidades condominiais, inviabilizam a aplicação da Lei Federal nº 11.340/2006.



### 3.2 O ÂMBITO DA FAMÍLIA

O conceito de “âmbito da família”, por sua vez, está previsto no inciso II do artigo 5º da Lei 11.340/2006 e, segundo disposição legal, é a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. É a chamada violência familiar.

E nesse sentido, compreende-se por violência doméstica ou familiar contra a mulher no âmbito da família aquela praticada entre “pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa” (adoção) (Cunha e Pinto, 2012, p. 51). Este é o melhor entendimento do tema, conforme o Enunciado 02 do FONAVID (2009).

**ENUNCIADO 2:** Inexistindo coabitação ou vínculo de afeto entre o autor de violência e ofendida, deve ser observado o limite de parentesco estabelecido pelos arts. 1.591 a 1.595 do Código Civil, quando a invocação da proteção conferida pela Lei nº 11.340-06 decorrer exclusivamente das relações de parentesco.

Todavia, há a possibilidade de aplicação da Lei Federal 11.340/2006 na hipótese do “aparentado”. Muito embora existam fundadas críticas acerca desta hipótese legal, mormente diante de eventual violação ao princípio da legalidade e da interpretação restritiva que deve nortear o direito penal (Nucci, 2010, 1263-64), esta questão encontrará respaldo constitucional se, e somente se, houver bilateralidade, ou seja, se a realidade for aceita pelos sujeitos ativo e passivo, mas sempre limitada ao contido nos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil.

A este respeito,

(...) esta expressão “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados”, é necessário buscar na lei civil a definição dos vínculos de parentesco (CC, arts. 1.591, 1.592 e 1.593). Essa expressão legal alcança igualmente a filiação socioafetiva, uma vez que o estado de filho afetivo faz com que as pessoas sintam-se aparentadas. Nesse conceito, cabe incluir também a infeliz expressão “filho de criação”, nada mais do que aquele que é criado, tratado e amado como filho, sem haver vínculo da adoção (Dias, 2013, p. 48).



Portanto, compreende-se por “aparentado”, pelos menos para fins de aplicação da Lei Federal nº 11.340/2006, o vínculo não transitório e bilateral entre o sujeito ativo e passivo, sob pena de violação do princípio da legalidade e da segurança jurídica.

### **3.3 A RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO**

O conceito de relação “íntima de afeto”, finalmente, decorre do inciso III do artigo 5º da Lei Federal nº 11.340/2006 e abarca qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Este é o requisito mais problemático e que causa maiores controvérsias porque a Lei Federal nº 11.340/2006 conceitua a violência doméstica ou familiar contra a mulher, podendo-se compreender os referidos conceitos da conjugação do artigo 5º, *caput*, e incisos I e II da referida lei. Todavia, a Lei Federal nº 11.340/2006 também prevê um terceiro campo de abrangência que possibilita a aplicação da norma, que é a violência decorrente de qualquer relação íntima de afeto.

As leis são presumidamente constitucionais, devendo-se, no caso de duas ou mais interpretações acerca do tema, privilegiar aquela que preserve a sua constitucionalidade. E justamente, a fim de preservar a vontade majoritária, sem olvidar a preservação dos direitos da minoria, é que se buscará, aqui, realizar a interpretação do que seria “qualquer relação íntima de afeto”.

Compreende-se por relação íntima de afeto, “o relacionamento estreito entre duas pessoas, fundamentado em amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação e prescinde para a sua configuração da coabitação” (Nucci, 2010, p. 1264).

Percebe-se que o intuito do legislador foi abarcar aquelas situações envolvendo, por exemplo, ex-namorados que jamais residiram no mesmo local. São hipóteses em que não há a presença dos requisitos unidade doméstica e nem tampouco do âmbito familiar, mas que são pródigas em revelar uma das facetas em que a mulher é ceifada dos seus direitos fundamentais. São situações em que o sujeito ativo não se conforma com o término do relacionamento e busca retomar a relação desejada. Nestes casos, há a possibilidade de a parte exorbitar o mero desejo de retomada do relacionamento,



natural e esperado, para praticar perseguições, ameaças, agressões físicas ou mesmo o homicídio. Justamente nestas hipóteses é que será aplicável a Lei Federal 11.340/2006.

E segundo dispõe a Súmula 600 do Superior Tribunal de Justiça (2017):

Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima.

Além disso, dispõe o Enunciado 01 do FONAVID (2009) que:

Para incidência da Lei Maria da Penha, não importa o período de relacionamento entre vítima e agressor(a), nem o tempo decorrido desde o seu rompimento, bastando que reste comprovado que a violência decorreu da relação de afeto.

Ainda assim, é necessário que o comportamento do sujeito ativo tenha nexo causal com o relacionamento íntimo para a aplicação da Lei, sob pena de agravo ao princípio da isonomia.

Nesse sentido,

(...) a lei não poderia ser mais didática. Primeiro **define** o que seja violência doméstica (artigo 5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois estabelece seu **campo de abrangência**. A violência passa a ser doméstica quando praticada: (a) no âmbito da unidade doméstica; (b) no âmbito da família; (c) em qualquer relação íntima de afeto, independentemente da orientação sexual da vítima (Brasil, 2006).

Este é o entendimento adotado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos termos da Súmula 114.

Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a



violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor (Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Portanto, conclui-se que somente preenchidos os elementos subjetivos e objetivos previstos no artigo 5º, *caput* e incisos I, II e III é que estaremos diante da hipótese da violência doméstica ou familiar nos termos da Lei 11.340/2006.

#### **4. O ARTIGO 40 – A DA LEI 11.340/2006**

Diante de tudo o que foi apresentado neste artigo, pode, ou melhor, deve causar estranheza a edição da Lei 14.550/2023 que introduziu o artigo 40-A à Lei 11.340/2006.

O artigo 40-A da Lei Federal 11.340/2006 dispõe que “Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no seu artigo 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida” (Brasil, 2006).

E nesse sentido, verifica-se do artigo acima citado que o legislador, aparentemente, prevê que a violência contra a mulher é presumidamente de gênero, de tal maneira que a lei, nestes termos, abarcaria qualquer forma de violência praticada contra a mulher.

Todavia, ainda assim, compreende-se que a introdução da norma jurídica acima em nada modificou a necessidade de se averiguar a existência de uma relação de vulnerabilidade de gênero para a atuação estatal, porquanto se trata de norma jurídica inconstitucional por violação ao princípio da igualdade.

E nem poderia ser diferente, porquanto as discriminações positivas necessitam de correlação entre o elemento discriminador, o tratamento jurídico distinto e os valores constitucionais, sendo necessário, neste cenário, a intervenção estatal para a correção das distorções. É dizer que o tratamento jurídico distinto é excepcional, mormente em se tratando de relações entre homens e mulheres, conforme dicção expressa do artigo 5, I, da Constituição Federal.



No entanto, não aparenta ser a melhor técnica constitucional obliterar a necessidade da violência baseada no gênero, elemento estrutural da Lei Federal 11.340/2006 e dos Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário, simplesmente porque há discordância dos posicionamentos adotados pelo Poder Judiciário, conforme se depreende da exposição de motivos da Lei.

Neste sentido,

Todavia, desconsiderando o contexto machista em que vivemos, o STJ sedimentou o entendimento equivocado de que os juízes deverão analisar no caso concreto se a violência contra a mulher foi ou não uma 'violência baseada no gênero para justificar a aplicação da Lei Maria da Penha (exposição de motivos da Lei) (Brasil, 2006).

Com a devida vênia, a interpretação do caso concreto para a configuração da violência baseada no gênero, ao reverso de constituir uma negativa de direitos, é uma forma de se evitar a existência de tratamentos jurídicos distintos injustificáveis, eivados de inconstitucionalidade e que somente trariam descrédito à importante norma jurídica.

Deste modo, é necessário enfatizar que o tratamento jurídico distinto à mulher somente é admissível nas hipóteses em que há vulnerabilidade de gênero, porquanto é nestas situações em que o Estado deve atuar para corrigir as distorções no caso concreto. A Lei 11.340/2006 é, a rigor, uma ação afirmativa que visa corrigir as distorções de gênero e, por isso, não se revela adequado conferir tratamento desigual às mulheres somente em razão deste fato, sob pena de excesso de proteção violador da igualdade.

Diante deste contexto, defende-se que o artigo 40-A da Lei Federal 11.340/2006 é inconstitucional por violar o princípio da igualdade, de tal forma que permanecem híidas as disposições contidas no artigo 5º da Lei Federal 11.340/2006.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo o que foi exposto neste artigo, verifica-se que a Lei 11.340/2006 é um microssistema que tem por objetivo prevenir, punir e erradicar a violência doméstica ou familiar contra a mulher. Trata-se, a rigor, de dar efetividade aos artigos 1, III, 3º,



5º, III, e 226, § 8º, todos da Constituição Federal, sobretudo depois do emblemático caso envolvendo a Maria da Penha Maia Fernandes, ocasião em que o Estado Brasileiro foi condenado a ressarcir-la em \$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos) em razão da inefetividade no cumprimento dos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição Federal e nos Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo País. Em razão disso, a Lei Federal 11.340/2006 entrou em vigor no dia 07 de agosto de 2006.

Ocorre que a Lei 11.340/2006 é um microssistema dotado de normas jurídicas mais gravosas e que prevê como sujeito passivo qualquer pessoa e como sujeito passivo a mulher. Diante disso, ocorreram discussões acerca da constitucionalidade da Lei, mormente diante do princípio da isonomia, de tal forma que restou reconhecida a compatibilidade com a Constituição Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 19 e Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424 pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei Federal 11.340/2006 tem como fundamento o princípio da isonomia material, de forma que não há agravo ao princípio da igualdade porquanto as mulheres são reiteradamente vítimas de violência doméstica ou familiar em razão do gênero. Diante disso, havendo relação entre o *discrímen* e o tratamento jurídico distinto e compatibilidade com os valores constitucionais, nada impede que o legislador trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.

Afastada a questão da constitucionalidade da Lei 11.340/2006, verifica-se que o artigo 5º da referida lei define o que é violência doméstica ou familiar contra a mulher. Inicialmente, o artigo 5º da Lei Federal 11.340/2006 determina que a violência doméstica ou familiar contra a mulher deve ser motivada pelo gênero. Neste artigo, os termos “mulher” e “motivação de gênero” foram compreendidos como elementos subjetivos ao passo que os termos “unidade doméstica”, “âmbito da família” e “qualquer relação íntima de afeto”, previstos nos incisos do referido artigo, foram compreendidos como elementos objetivos. Nesse sentido, não basta que a conduta



seja praticada contra a mulher, mas ela deve ser motivada pelo gênero e ocorrer em um determinado campo de abrangência.

Ainda assim, compreende-se neste artigo que “mulher” será apenas a pessoa que ostentar esta condição reconhecida juridicamente, seja no registro de nascimento ou em eventual retificação. Nada impede que o transexual seja sujeito passivo da conduta, desde que seja juridicamente reconhecido como mulher. O gênero, por sua vez, não se confunde com sexo. Este é uma condição biológica ao passo que aquele é a construção social que identifica os papéis do homem e da mulher na sociedade. A violência contra a mulher deve ter como causa o gênero para a aplicação da Lei Federal 11.340/2006.

Além disso, os fatos devem ocorrer em um determinado campo de abrangência, denominado elemento objetivo. É dizer que os fatos devem ocorrer na unidade doméstica – violência doméstica -, no âmbito da família – violência familiar – ou em qualquer relação íntima de afeto. A unidade doméstica é o espaço de convívio permanente de pessoas em típico ambiente familiar, com o livre trânsito pelos cômodos do imóvel. O âmbito da família, por sua vez, é a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, observadas as regras contidas nos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil. Os aparentados são aqueles que reconhecem bilateralmente esta relação. A relação íntima de afeto, finalmente, é uma relação estreita fundada na amizade, afeto ou amor e não necessita da coabitação para a sua configuração.

Desta forma, preenchidos os elementos subjetivos e objetivos da Lei Federal 11.340/2006 haverá hipótese de violência doméstica ou familiar contra a mulher para os fins legais e sem que haja violação intolerável ao princípio da igualdade.

Trata-se, como se vê, de raciocínio que possibilita a aplicação da lei específica e mais gravosa para determinadas hipóteses a serem protegidas nos termos dos artigos 1º, III, 3º, 5º, *caput* e III e 226, § 8º, da Constituição Federal e que devem nortear a interpretação constitucional.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2015, Ed Malheiros. 2ª Ed São Paulo.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Malheiros. 25ª Ed. 2010.

BRASIL. **Lei Nº 11.340, DE 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 7 de agosto de 2006.

BRASIL. Legislação Informatizada - **Decreto Nº 21.076**, de 24 de fevereiro de 1932. Diário Oficial da União - Seção 1 - 26/2/1932.

BRASIL. **Provimento CG Nº 16/2018** - Dispõe sobre a averbação da alteração de prenome e sexo diretamente no Registro Civil das Pessoas Naturais, nas hipóteses previstas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF, do Eg. Supremo Tribunal Federal. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed Almedina. 7ª Ed. 2003.

CFM - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.652/2002**, dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização e revoga a Resolução 1.482/1997. 2002. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm). Acesso em: jun. 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo**. Ed. RT, 4ª Ed. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Ed. RT, 3ª Ed. 2013.

FONAVID. **Enunciados FONAVID**. Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Rio de Janeiro, NOV/2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. Ed Malheiros. 3ª Ed. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. Ed. RT, 5ª Ed. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2007.



ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **NEJ**, Vol. 13, n. 2, p. 77-92 / jul-dez 2008.

SÃO PAULO (Estado). TJSP; Conflito de competência cível 0008332-87.2022.8.26.0000; Relator (a): Ana Luiza Villa Nova; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional VII - Itaquera - Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 19/08/2022; Data de Registro: 19/08/2022.

SÃO PAULO (Estado). TJSP; Apelação Criminal 1500373-41.2020.8.26.0491; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Rancharia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 23/11/2023; Data de Registro: 23/11/2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Diário da Justiça Eletrônico. **Súmula 600**. Edição nº 2328 - Brasília, Disponibilização: Sexta-feira, 24 de Novembro de 2017 Publicação: Segunda-feira, 27 de Novembro de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 114 do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Aprovada pelo Colendo Órgão Especial, nos termos do artigo 188, §§ 3º e 4º do Regimento Interno e Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 12 de agosto de 2013.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é a Violência contra a Mulher**. Ed. Brasiliense. 1ª Ed. 2002.

Material recebido: 17 de novembro de 2023.

Material aprovado pelos pares: 13 de dezembro de 2023.

Material editado aprovado pelos autores: 05 de fevereiro de 2024.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Constitucional – PUCSP; Mestre em Direito Constitucional – PUCSP; Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. ORCID: 0009-0005-8053-9675.

<sup>2</sup> Orientador. ORCID: 0000-0002-0231-2476.