



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

ADRIANO ALVES DA SILVA

VULNERABILIDADES

Brasília

2015

ADRIANO ALVES DA SILVA

VULNERABILIDADES

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Direito Penal e Controle Social Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. MSc. André Pires Gontijo

Brasília

2015

ADRIANO ALVES DA SILVA

VULNERABILIDADES

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Direito Penal e Controle Social Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. MSc. André Pires Gontijo

Brasília - DF, _____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

MSc. André Pires Gontijo
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

Vulnerabilidade é um tema aberto que pode retratar vários contextos de pessoas ou grupos que estejam sofrendo violações em seus direitos fundamentais. O objeto de pesquisa direciona o estudo da vulnerabilidade para a mulher vítima de violência doméstica ou familiar. Por meio da técnica bibliográfica, da Doutrina jurídica e da Jurisprudência, o estudo tratou de investigar se a Lei Maria da Penha pode ser direcionada à proteção do homem quando este estiver diante do mesmo contexto fático de uma mulher. Abordou também a ampliação do conceito de família por intermédio de uma norma infraconstitucional a qual reconheceu as relações homoafetivas como uma nova modalidade de família não mais pautada na diferenciação do gênero, mas sim na afetividade. Por fim, foram apresentadas divergências doutrinárias e jurisprudências a respeito da aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha aos homens quando eles figurarem como sujeito passivo nas relações domésticas.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Vulnerabilidade; Violência Doméstica; Relações Homoafetivas; Igualdade de gênero.

ABSTRACT

Vulnerability is an open issue that can portray various contexts of people or groups who are suffering violations of their fundamental rights. The research object directs the study of vulnerability for women victim of domestic or family violence. Through bibliographical technical, legal doctrine and jurisprudence, the study sought to investigate whether the Maria da Penha Law can be directed to the protection of man when it is on the same factual context of a woman. Also addressed the expansion of the concept of family through an infra standard which recognized homoafetivas relations as a new form of family no longer guided by the gender differentiation, but in affection. Finally, differences were presented doctrinal and case law regarding the application of urgent protective measures of Maria da Penha Law to men when they includes both as a taxable person in domestic relations.

Keywords: Human Rights; vulnerability; Domestic Violence; Homoafetivas relations; gender equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER NO SÉCULO XX	08
2 A LEI MARIA DA PENHA E A INCESSANTE BUSCA PELA IGUALDADE DE GÊNERO	17
2.1 A Lei Maria da Penha e os seus desafios	23
3 A LEI MARIA DA PENHA E AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS	26
3.1 O reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar em norma infraconstitucional	32
<i>3.1.1 Pela aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos homens</i>	33
<i>3.1.2 Pela inaplicabilidade da Lei Maria da Penha aos homens</i>	37
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho direciona-se ao campo do Direito Penal especificamente, mas também se utiliza de outros ramos do direito, como o Direito Civil, ao tratar da família e do Direito Constitucional ao referir-se ao princípio da dignidade humana e seus corolários, e tem como temática investigar se a Lei Maria da Penha pode ser aplicada somente a mulher vítima de violência doméstica ou familiar ou pode ser direcionada também ao homem que se encontre diante do mesmo contexto fático sob o argumento de que a referida Lei 11.340/06 deva ser direcionada a toda pessoa humana que se encontre em condição de vulnerabilidade independentemente do sexo masculino ou feminino.

O objeto do presente trabalho consiste no estudo da vulnerabilidade social sob a ótica da violação dos direitos humanos da mulher vítima de violência doméstica, e tem a finalidade ainda de verificar a possibilidade da aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha aos homens quando estes também forem vítimas de violência doméstica. Desse modo, o trabalho, pautado em pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e nos diplomas legais, foi dividido em três capítulos os quais abordarão os aspectos relevantes da Lei Maria da Penha.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, far-se-á uma breve contextualização histórica sobre a reconstrução dos Direitos Humanos e o direcionamento dos organismos Internacionais para a proteção das pessoas ou grupos com maior risco de vulnerabilidade. Ainda, nesse capítulo, limitar-se-á o estudo para a mulher vítima de violência de gênero e sua luta em busca de uma verdadeira igualdade material.

Nessa esteira, no segundo capítulo, será analisada a constitucionalidade da Lei 11.340/06 de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Ademais, será demonstrado também que não há ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que se trata de aplicação de uma política afirmativa de Estado em busca igualar uma relação marcada pela desigualdade entre os sexos.

Dentro do segundo capítulo, ainda, haverá a análise da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.424 e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 19-3/DF, ambas decididas pela Suprema Corte brasileira. A primeira, a Corte decidiu que as lesões culposas ou leves praticadas contra a mulher no ambiente doméstico ou familiar são suscetíveis de ação penal pública incondicionada. Na segunda, os Ministros, por unanimidade, declararam a constitucionalidade da respectiva Lei.

Por fim, no terceiro capítulo, demonstrar-se-á um novo conceito de família que era interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários previstos na Carta Política de 1988. Posteriormente, ficou caracterizada expressamente por uma norma infraconstitucional a possibilidade do surgimento de novos arranjos familiares, sendo o afeto a base para a constituição de uma nova modalidade de família não mais pautada no sexo ou na opção sexual de cada um.

Esse capítulo traz também divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas masculinas. Maria Berenice Dias e Luiz Flávio Gomes defendem a aplicação das medidas a todos que sejam vítimas de violência doméstica ou familiar independentemente do sexo, devendo o juízo aplicar a analogia *in bonam partem* em favor da vítima. Já para Iriny Lopes e Bianchini a Lei em comento deve cumprir a finalidade para a qual foi criada, aplicando-a somente a mulher, devendo o homem socorrer-se apenas da legislação comum.

Diante do exposto, o presente trabalho possui a finalidade de contribuir para o debate acerca da possibilidade de aplicar a Lei Maria da Penha a todas as pessoas que se encontrem em situação de vulnerabilidade ou restringir sua aplicação somente à mulher vítima de violência doméstica ou familiar. De todo modo, o objetivo é contribuir para a uniformização da jurisprudência a fim de evitar decisões que possam gerar insegurança jurídica as partes.

1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER NO SÉCULO XX

O ponto de partida para o surgimento de um novo olhar sobre os direitos humanos pode ser entendido a partir do encerramento da segunda guerra mundial. As milhares de mortes e as inúmeras violações aos direitos humanos que se sucederam ao longo dos conflitos mundiais marcaram essa época como período de desconstrução dos direitos humanos. Assim como, o pós-guerra também ficou conhecido como o renascimento, ou seja, a reconstrução desses direitos.

O surgimento das Nações Unidas (ONU) e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos deram início a um novo momento nas relações internacionais no mundo. Contudo, havia muito a ser feito. Precisava-se mudar paradigmas ultrapassados, criar mecanismos que fortalecessem as relações entre as nações que há tempos andavam estremecidas.

Nessa esteira, alguns passos começaram a ser dados pela recém-criada Nações Unidas, com a finalidade de criar um arcabouço jurídico internacional, a fim de restabelecer os direitos humanos. Assim, várias conferências foram realizadas na segunda metade do século XX. Alguns países acrescentaram em suas Cartas Constitucionais a proteção aos direitos humanos como ponto norteador essencial para o progresso da humanidade. A construção de uma legislação internacional que garantisse respeito aos direitos mais elementares dos seres humanos foi fundamental. Contudo, não surgiu da noite para o dia e muito menos foi objeto de consenso entre todas as nações.

Num primeiro momento, a preocupação era assegurar as garantias fundamentais nas cartas constitucionais dos países signatários. Posteriormente, observou-se que a inclusão de princípios relacionados à proteção dos direitos humanos nessas nações não era garantia de proteção efetiva às pessoas ou aos grupos que historicamente encontrava-se em situação de vulnerabilidade social. A abstração dos direitos e das garantias fundamentais nos textos constitucionais não foi suficiente para a concretização de políticas públicas que pudessem garantir uma efetiva igualdade de gênero.

O segundo passo em busca de uma efetiva proteção dos direitos humanos deu-se por meio de realização de Tratados e Convenções entre os Organismos Internacionais e os Estados partes. Os Estados das Américas, no exercício de suas soberanias e no âmbito das Organizações dos Estados Americanos, adotaram uma série de instrumentos que se converteram na base de um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos, conhecido como Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que teve a incumbência de criar dois órgãos responsáveis por velar por sua observância quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Essas comissões tiveram suas atribuições definidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos a qual foi subscrita pelos Estados-partes na cidade de San José, da Costa Rica em 1969 entrando em vigor apenas em 18 de julho de 1978.

Convenção Americana divide-se em duas partes: a primeira obriga os Estados a respeitar os direitos e as liberdades por ela reconhecidos, assim como adotar as disposições de direito interno que sejam necessárias para fazer efetivo o gozo desses direitos. A segunda parte da Convenção reconhece uma gama de direitos e liberdades que visam garantir uma ampla proteção aos direitos humanos:

Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; direito à vida; direito à integridade pessoal; proibição da escravidão e da servidão; direito à liberdade pessoal; princípio da legalidade e da retroatividade; direito à indenização; proteção da honra e da dignidade; liberdade de consciência e de religião; liberdade de pensamento e de expressão; direito de retificação ou de resposta; direito de reunião liberdade de associação; proteção à família; direito ao nome; direito das crianças; direito à nacionalidade; direito à propriedade privada; direito de circulação e de residência; direitos políticos; igualdade perante a lei; proteção judicial e desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹

A Comissão Interamericana tem como função principal promover a observância dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos nessa matéria. Ela tem competência com dimensões políticas e também quase judiciais, pois possui atribuições de receber as denúncias de

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <www.stf.jus.br/.../corteidhportuguesfinal>. Acesso em: 24 out. 2014.

particulares ou organizações relativas às violações de direitos humanos. Já a Corte Interamericana é um dos três Tribunais regionais de proteção dos Direitos Humanos conjuntamente com a Corte Europeia e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. É uma instituição autônoma, exerce função contenciosa e consultiva cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana.

A criação desses Organismos Internacionais foi resultado dos esforços da Organização dos Estados Americanos (OEA) que por intermédio de seus Estados-membros buscaram enfrentar as constantes violações aos Direitos Humanos que estavam disseminadas no continente. A partir da década de 90, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vem atuando de forma mais efetiva na análise de casos concretos de pessoas ou grupos que se encontrem ameaçados ou em grave risco de vulnerabilidade social.

Vulnerabilidade, de acordo com o dicionário, significa: “característica, particularidade ou estado que é vulnerável”. A palavra vulnerabilidade possui um sentido aberto que pode ser aplicada em vários contextos. Existem diversas formas de se retratar uma vulnerabilidade.

A Corte IDH tem observado que entre os países latino-americanos vários grupos ou pessoas estão sujeitos a todos os tipos de violações aos seus direitos básicos de seres humanos. Segundo a Corte, povos indígenas, crianças, idosos, mulheres, opositores de governos e migrantes dentre outros por pertencerem a minorias ou por não se encaixarem num padrão exigidos pelas majorias dominantes são vulneráveis e sujeitos a toda sorte de violações de seus direitos.

Dessa forma, entender a contextualização histórica é fundamental para compreender o estudo da vulnerabilidade social. No cenário internacional, a reordenação política ocorrida no pós-guerra e posteriormente à aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foram os precursores de um novo modelo de proteção desses direitos.

Para Piovesan e Ikawa:

Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.²

As discussões que ocorreram nas décadas seguintes ao pós-guerra foram fundamentais para o desenvolvimento desses direitos que foram sendo incorporado aos textos constitucionais dos Estados membros.

A primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada, contudo, pela tônica da proteção geral, que pune a lógica da intolerância pautada na destruição do 'outro', em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião.³

Buscou-se, num segundo momento, um aperfeiçoamento dos direitos fundamentais gerais, introduzindo no cenário Internacional sistemas especiais de proteção aos direitos humanos.

Conforme preceituam Piovesan e Ikawa:

Nesse sentido, firmam-se tanto nas Nações Unidas, quanto no sistema interamericano de direitos humanos, sistemas especiais de proteção aos direitos humanos, estruturados por convenções que explicitam as especificidades de certos sujeitos de direitos, como as crianças, os membros de minorias étnicas, as mulheres. Esses sistemas especiais, voltados à especificidade e à concretude dos sujeitos de direitos, passam a complementar os sistemas gerais, endereçados a toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade. Os sistemas gerais e especiais interagem em benefício dos indivíduos protegidos, tendo como valor fonte a dignidade da pessoa humana.⁴

Verifica-se que os sistemas de proteção especiais surgiram para complementar os sistemas gerais. Eles interagem com a finalidade de garantir direitos a determinadas pessoas e grupos que devido às suas vulnerabilidades necessitam de uma atenção especial dos Estados.

² PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. A violência doméstica contra a mulher e a proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (ESTADO). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos no cotidiano jurídico*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2004. p. 50.

³ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. A violência doméstica contra a mulher e a proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (ESTADO). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos no cotidiano jurídico*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2004. p. 49.

⁴ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. A violência doméstica contra a mulher e a proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (ESTADO). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos no cotidiano jurídico*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2004. p. 50.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem a competência de aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos vem, a cada dia, ampliando sua jurisprudência com a finalidade de proteger os direitos das minorias. Cada vez mais suas decisões buscam exortar os Estados membros a direcionarem suas ações para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais daqueles que historicamente vivem à margem do progresso e dos avanços sociais.

A recomendação da Corte aos Estados signatários é no sentido de que não basta garantir apenas os direitos das majorias, devem-se aprofundar as políticas públicas para garantir a concretização dos direitos das minorias que devido ao preconceito à discriminação e outras formas de riscos são mais suscetíveis a verem seus direitos desrespeitados pelo Estado.

A proteção especial deve ser garantida formal e materialmente nas Cartas Constitucionais dos Estados partes. A Corte defende a implementação de políticas positivas, ou seja, discriminações positivas com a finalidade de garantir os direitos das pessoas e dos grupos vulneráveis que historicamente sempre tiveram seus direitos negados.

Para Maria Berenice Dias:

O reconhecimento da existência de segmentos socialmente vulneráveis chamados hipossuficientes – impõe tratamento diferenciado por meio de ações afirmativas. A hipossuficiência não é identificada somente pelo viés econômico, a posição fragilizada de determinados indivíduos, fruto da discriminação e do preconceito, dá origem a categorias sociais que exigem tratamento especial.⁵

Percebe-se, então, que os direitos das minorias eram violados constantemente pelos Estados membros. Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, atenta a essa realidade, vem, nos últimos anos, aprimorando sua jurisprudência com decisões no sentido de condenar os Estados- partes que por ação

⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 38.

ou omissão cometam violações contra pessoas ou grupos vulneráveis desrespeitando os tratados e convenções que foram ratificados por essas nações.⁶

Maria Berenice Dias pontua que:

Esses são os vértices que sustentam o princípio da dignidade da pessoa humana e que guardam consonância com a Declaração dos Direitos do homem e do cidadão. Ambas buscam garantir que o ser humano seja livre, tratado com igualdade e de forma digna.⁷

A vulnerabilidade estende-se a toda espécie de violação aos direitos humanos de pessoas ou grupos que convivam num contexto de violação de seus direitos. Todavia, é preciso delimitar o campo de estudo para a vulnerabilidade de gênero em especial a mulher que historicamente sempre sofreu toda espécie de violação aos seus direitos fundamentais.

As atrocidades contra a mulher alcançam seu grau máximo principalmente em conflitos armados. As guerras sempre revelam o seu lado mais obscuro de desrespeitos aos direitos humanos das mulheres. Independentemente de suas idades, as violações vão desde mutilações, estupros, gravidez forçada, prostituição forçada dentre outras. Em tempos de paz, a ausência de conflitos declarados não é sinônimo de respeito aos seus direitos. As violações mudam apenas de contexto, pois dependendo do país e de sua cultura o desrespeito, as humilhações e as ameaças as suas integridades físicas continuam.

A proteção da mulher começou a figurar na agenda internacional por meio da Comissão sobre o *Status* das Mulheres, sob o comando do Conselho Econômico e Social da ONU. Devido ao trabalho realizado por esta comissão, a Assembleia Geral adotou a Declaração sobre Proteção de Mulheres e Crianças em Situação de Emergência e de Conflito Armado, em 1974.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 39.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 39.

Essa declaração afirmou a necessidade de se garantir proteção especial para as mulheres e crianças em períodos de conflitos e reconheceu a importância do papel da mulher na sociedade, na família e na educação das crianças⁸. Logo depois a ONU declarou o período de 1976 até 1985 como a década da mulher e definiu oficialmente o ano de 1975 como o dia internacional da mulher.

Dessa forma, com a finalidade de dar prosseguimento aos trabalhos apresentados pela comissão, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1979, por meio da Resolução 34/108, adotou a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, comumente conhecida pela sigla Cedaw. Esse foi o primeiro dispositivo de Direito Internacional que versava especificamente sobre a proteção da mulher e proclamou a igualdade de todos os seres humanos em direitos e dignidade, sem qualquer tipo de distinção, conclamando os Estados a instituírem medidas efetivas para uma legítima proteção dos direitos das mulheres.⁹

Posteriormente, foi realizada em Viena a Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos no ano de 1993.¹⁰

A Declaração de Viena reiterou a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência entre os direitos humanos e afirmou que os direitos humanos das mulheres são inalienáveis, indivisíveis e parte integrante dos direitos humanos universais¹¹.

Ressaltou ainda que transgressões dos direitos humanos das mulheres em períodos de conflitos são essencialmente violações dos princípios basilares do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário e que essas

⁸ UNIVERSITY OF THE MINNESOTA. *Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict*. 1974. Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/instreet/e3dpwcea.htm>>. Acesso em: 15 out. 2014.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* 1979. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>>. Acesso em: 23 set. 2014.

¹⁰ A Primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos realizou-se em Teerã, em 1968, e reafirmou os princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem, estabelecendo sua obrigatoriedade em relação aos membros da comunidade internacional. A questão feminina ainda não figurava de maneira expressiva na agenda internacional, mas foi importante para uma incipiente análise dos direitos humanos e os conflitos armados.

¹¹ OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Vienna Declaration and Programme of Action*. 1993. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

agressões, com homicídios, estupros, escravidão sexual e gravidez forçada, exigem a tomada de medidas eficazes para impedir sua perpetuação.¹²

A Declaração de Viena e o Programa de Ação constituíram um marco para o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres e influenciaram a inclusão desse direito no cenário internacional. Assim, em dezembro do mesmo ano, a Assembleia Geral da ONU adotou a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, por meio da Resolução 48/104.¹³

A Declaração exortou os Estados membros a melhorarem suas legislações internas, de modo a instituir sanções penais, civis, administrativas, entre outras, para assegurar que as vítimas da violência possam ter conhecimento de seus direitos e a possibilidade de acesso à justiça, para punição e compensação pelos danos sofridos de forma célere e pontual, adotando políticas públicas preventivas e repressivas no combate a qualquer tipo de violência que a mulher possa ser vítima.¹⁴

Diante desse novo olhar da Corte Interamericana de Direitos Humanos aos sucessivos casos de desrespeitos aos direitos de pessoas ou grupos vulneráveis O legislador ordinário buscou elencar na Carta da República a proteção aos direitos das pessoas ou grupos com maior risco social, espalhando pelo texto da Constituição Federal de 1988 diversas normas que visam à proteção dos cidadãos mais vulneráveis.

A partir da década de 90 deu-se início a um processo de especialização das legislações internas que resultou na criação de alguns estatutos como: o da criança e do adolescente, do idoso, do índio, da igualdade racial e o código de defesa do consumidor. Contudo, no campo da proteção da mulher vítima de violência doméstica,

¹² OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Vienna Declaration and Programme of Action*. 1993. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

¹³ OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Vienna Declaration and Programme of Action*. 1993. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração sobre a eliminação da violência contra as mulheres*. 1993. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_7.htm>. Acesso em: 14 jan. 2015.

o Brasil demorou em criar uma legislação que resgatasse a dignidade da mulher vítima de violência doméstica.

Diante disso, é primordial que o estudo da vulnerabilidade seja direcionado à mulher vítima de violência doméstica sem deixar de verificar também o novo conceito de família, trazido pela Lei Maria da Penha e os posicionamentos divergentes da Doutrina e da Jurisprudência a respeito da aplicação das medidas protetivas de urgência nas relações homoafetivas masculinas.

2 A LEI MARIA DA PENHA E A INCESSANTE BUSCA PELA IGUALDADE DE GÊNERO

Conforme abordado anteriormente, o impulso para o desenvolvimento dos direitos humanos iniciou-se no pós-guerra. Nesse período, o positivismo entra em declínio, surgindo uma nova fase do direito no cenário internacional. A ética aproxima-se do direito e o pós-positivismo entra em cena. É nesse cenário que os direitos humanos são reconstruídos e com eles a internacionalização do direito da mulher. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é o ponto de partida para a reconstrução dos direitos humanos.

Para entender a desigualdade de gênero nos dias atuais é importante voltar à história a fim de descobrir como se desenvolveu o patriarcado na sociedade brasileira. “[...] era um sistema de autoridade e dominação, estruturado nas relações sociais entre homens e mulheres e se sustentando ainda na contemporaneidade”.¹⁵

Historicamente as sociedades ocidentais reproduziram um sistema organizado na figura do homem-pai que detinha o poder sobre a vida e a morte de toda a sua família. Esse sistema patriarcal não funciona mais como séculos atrás, mas ainda hoje permanece vivo nas relações intrafamiliares.¹⁶

O controle pode ser exercido de diferentes maneiras: a respeito das vestimentas, das amizades, dos gastos pessoais, prescrevendo certas práticas sexuais, atitudes e comportamentos, acentuando as hierarquias e as práticas de dominação entre os gêneros.¹⁷

¹⁵ BANDEIRA, Lourdes; THURLER, Ana Liési. A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). *Violência Doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2010. p. 160.

¹⁶ BANDEIRA, Lourdes; THURLER, Ana Liési. A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). *Violência Doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2010.p. 161.

¹⁷ BANDEIRA, Lourdes; THURLER, Ana Liési. A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). *Violência Doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2010.p. 161.

Esse senso de dominação fincou raízes em nossa cultura de forma que a violência doméstica praticada contra a mulher era invisível e tolerada pela sociedade. O resquício de uma sociedade patriarcal ainda permanece vivo nos dias atuais, não faz distinção de classes sociais e está espalhado por todas as regiões do país. Num encontro realizado em Brasília no calor das discussões surgiram alguns exemplos:

Muitas mulheres declararam-se impedidas de cortarem seus cabelos ou de pintarem suas unhas de vermelho por exigência de seus maridos/companheiros; outras não poderiam ir à academia de ginástica se lá houvesse a presença de homens o que ocasionou a abertura de academias, exclusivamente para mulheres da cidade.¹⁸

O sentimento de domínio do homem em relação à mulher ainda é muito forte nas sociedades ocidentais. Todavia, com a reconstrução dos direitos humanos, os debates para acabar com todas as formas de violência contra a mulher ganhou força. Vários movimentos feministas espalhados pelo mundo se uniram a fim de pressionar as autoridades internacionais para desenvolver legislações que garantissem a proteção dos direitos fundamentais de toda mulher.

A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as mulheres (CEDAW) a qual foi ratificada plenamente pelo Brasil somente no ano de 1994, ano em que a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) adotou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), ratificada pelo Brasil em 1995.

Verifica-se, então, uma crescente evolução legislativa no cenário internacional de proteção aos Direitos Humanos. No Brasil, a Carta Federal trouxe alguns dispositivos que dão proteção especial à mulher. Também conhecidas como políticas afirmativas que visam dar tratamento “desigual aos desiguais na medida e na proporção de suas desigualdades”. Não havendo nenhuma afronta ao que prescreve o

¹⁸ BANDEIRA, Lourdes; THURLER, Ana Liési. A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). *Violência Doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2010.p. 162.

(art. 5º I CF), “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.¹⁹

Para Shelma Lombardi:

A questão tem pertinência ao conceito de isonomia, mais do que ao de igualdade. Cuida-se de assegurar tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais, enquanto existente a desigualdade. A Lei tem por finalidade corrigir a desigualdade histórica de gênero, até e enquanto permanecerem os vezos culturais que justificam a violência perpetrada, como forma de discriminação.²⁰

Do mesmo modo, a Constituição da República também previu proteção às famílias contra qualquer tipo de violência em suas relações (art. 226, § 8º), “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”.²¹

Percebe-se, assim, que o constituinte originário concedeu ao legislador derivado os mecanismos necessários para que esse editasse norma infraconstitucional que garantisse proteção efetiva a mulher vítima de violência doméstica. Entretanto, o que se viu foi uma morosidade sem fundamento para que o país cumprisse os compromissos Internacionais assumidos e ratificados por ele.

Não por outro motivo, o Brasil foi condenado internacionalmente pela negligência e pela omissão em não combater esse tipo de violência. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos analisou, pela primeira vez, um caso de violência doméstica, responsabilizou o país e o exortou a criar uma legislação que efetivamente garantisse a proteção à mulher vítima de violência doméstica. Essa condenação deu-se após a análise do caso da Biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes chegar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Penha era casada com o professor universitário Marco Antônio Heredita Viveros o qual por duas vezes tentou matá-la. A

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

²⁰ KATO, Shelma Lombardi De. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 266-296, mar./abr., 2008.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

primeira com um tiro nas costas que a deixou paraplégica aos 38 anos de idade. A segunda tentativa por afogamento e eletrocutada.

A demora em investigar e os excessos de recursos na justiça brasileira quase levaram esses crimes a prescreverem. A responsabilização do Brasil no cenário internacional acelerou a condenação de Viveros a cumprir dois anos de prisão no ano de 2002, devendo o país ainda conceder uma indenização simbólica a Maria da Penha Maia Fernandes.

Esses acontecimentos impulsionaram o desenvolvimento de uma legislação. Movimentos feministas apresentaram um anteprojeto de lei definindo as formas de enfrentamento das violências domésticas e familiar no país à bancada feminina no Congresso Nacional e à Secretaria Especial de Políticas para as mulheres.

Desse modo, diante das pressões internas e externas, o Brasil resolveu editar no dia 07 de agosto de 2006, a Lei que ficou conhecida como 'Lei Maria da Penha', em homenagem a mulher símbolo da luta contra a violência doméstica e familiar. A sua criação foi um grande avanço para a proteção das mulheres vítimas desse tipo de violência.

Contudo, deve-se ressaltar que poucas leis no Brasil passaram por um teste de prova como a Lei 11.340/06. Após ter sido sancionada pelo então presidente Luis Inácio Lula da Silva, ela enfrentou críticas de vários segmentos da sociedade. Muitos operadores do direito alegaram sua inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da igualdade, (art. 5º, I da CF). Alegaram ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF). Vários tribunais estavam aplicando-a sem a observância do que preceituava a lei, gerando, assim, insegurança jurídica devido às decisões desuniformes do judiciário brasileiro.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se pronunciar a respeito da inconstitucionalidade da respectiva lei. A Ação Direta de Inconstitucionalidade objeto de análise foi a ADIN 4.424/DF. "Os Ministros, ao analisá-la, deram interpretação Conforme a Constituição aos artigos 12, I e 16 ambos da Lei

11.340/06 para assentar a natureza incondicionada da ação penal nos casos de lesão corporal pouco importando a extensão desta”.²²

No mesmo dia, a Suprema Corte também analisou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF, declarando constitucionais os artigos 1º, 33 e 41 da respectiva Lei. Para os Ministros, “o tratamento diferenciado entre os gêneros devido às peculiaridades físicas, moral e a cultura brasileira está em harmonia com o § 8º do artigo 226 da CF”.²³

Entenderam também que a criação de juzizados especiais de violência doméstica e familiar não implica em usurpação de competência dos estados membros a respeito de organização judiciária e por fim eles afastaram a aplicação da Lei 9.099/95, lei dos juzizados especiais cíveis e criminais, para os casos de violência doméstica contra a mulher.²⁴

O relator da ADI 4.424, Marco Aurélio Mello citado por Dias pontua que:

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da perseguição penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana.²⁵

Nesse mesmo sentido, os Ministros entenderam pela inaplicabilidade da lei dos juzizados especiais aos crimes de lesão corporal leve ou culposa quando ficar configurada que a violência se deu no âmbito doméstico. A Lei 9.099/95 exerce o papel de reduzir o grande número de processo nas Varas Cíveis e Criminais pelo país afora. A criação dos juzizados especiais foi na intenção de conceder maior celeridade às

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro aplica decisão da ADI 4424 e mantém ação penal contra acusado de agressão doméstica*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=247715>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF declara constitucionalidade de dispositivos da Lei Maria da Penha*. Brasília. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3016738/adc-19-stf-declara-a-constitucionalidade-de-dispositivos-da-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF declara constitucionalidade de dispositivos da Lei Maria da Penha*. Brasília. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3016738/adc-19-stf-declara-a-constitucionalidade-de-dispositivos-da-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 126.

demandas da sociedade por meio de procedimentos como: a oralidade, a informalidade e a economia processual. Além das medidas despenalizadoras como a conciliação e a composição civil, possibilitando ainda o Ministério Público a realizar transação penal ou suspensão condicional do processo.

Todavia, a norma em comento não teve a mesma eficácia na proteção da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, pois a violência doméstica possui um viés histórico, patriarcal e sócio cultural. A violência contra as mulheres é violência de gênero. Ela apanha pelo simples fato de ser mulher. A invisibilidade desse tipo de violência por muito tempo ficou à margem de uma atitude enérgica por parte do Estado.

Para Karoline Viana e Luciana Andrade:

Ao homem sempre coube o espaço público. A mulher foi confinada nos limites da família e do lar, o que ensejou a formação de dois mundos: um de dominação, externo, produtor; outro de submissão, interno e reprodutor. Ambos os universos, ativo e passivo, criam pólos de dominação e submissão. A essa diferença estão associados papéis ideais atribuídos a cada um: ele provendo a família e ela cuidando do lar, cada um desempenhando a sua função.²⁶

Observa-se, assim, que a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha sob o argumento de ofensa ao princípio da igualdade demonstra desconhecimento de fatores sócios culturais que sempre negaram à mulher a dignidade de pessoa humana. Alegam que a Lei criou desigualdade na entidade familiar como se a igualdade constitucional existisse no âmbito da família.

Como bem afirma a Min. Eliana Calmon: “Se levarmos em conta, em termos absolutos, o princípio da igualdade formal, todas as ações afirmativas padeceriam de inconstitucionalidade”.²⁷

Esse também é o entendimento de Dias, que afirma que:

Nenhum questionamento desta ordem foi suscitado com relação aos Estatutos da Infância e da Adolescência, do Idoso e da Igualdade Racial. Todos

²⁶ VIANA; ANDRADE, 1997, Apud DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19.

²⁷ CALMON, Eliana. Lei Maria da Penha. In: *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: doutrina: edição comemorativa, 20 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, Via Lettera, 2009. p. 61-70

microssistemas que amparam determinados segmentos sociais, resguardando direitos de quem se encontra em situação de vulnerabilidade social.²⁸

Desta forma, não obstante as críticas recebidas, a Lei 11.340/06 foi considerada constitucional pela Suprema Corte brasileira. Ademais, constatou-se que a sua aplicação não fere o princípio da isonomia, apenas trata a mulher vítima de violência doméstica de forma desigual ao homem para que esta possa exercer em plenitude um direito fundamental básico de todo cidadão qual seja: viver uma vida livre de violência.

2.1 A Lei Maria da Penha e os seus desafios

A promoção do debate acerca da violência praticada contra a mulher nas suas relações domésticas foi fundamental. Esse crime historicamente reservava-se ao campo privado e conseqüentemente a invisibilidade social. Além de possuir inconcebível adágio: “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”.

Hoje já se mete a colher graças às pressões externas e internas as quais fizeram o Estado brasileiro criar uma legislação de cunho preventivo e repressivo que se bem aplicada pelos operadores do direito poderá fortalecer o combate à violência de gênero. Pode-se dizer que o principal problema não é mais normatizar direitos humanos, mais sim garantir que eles não sejam violados.

Pesquisa realizada pelo Senado Federal em março de 2013 demonstra que, apesar de 99% das mulheres brasileiras já terem ouvido falar na lei Maria da Penha, 700 (setecentas) mil mulheres ainda sofrem agressões no Brasil. “Mulheres de todas as idades, níveis de renda e escolaridade, credo ou raça sabem da existência da Lei criada para coibir a violência doméstica e familiar”.²⁹

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 126

²⁹ BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Brasília, 2013. p. 2. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2014.

Estima-se que mais de 13 milhões e 500 mil mulheres já sofreram algum tipo de agressão. Destas 31% ainda convivem com o agressor e 14% delas continuam sofrendo algum tipo de violência. Esses dados colocam o país em 7º num ranking de 84 países como um dos que mais matam mulheres vítimas da violência doméstica.³⁰

Não bastassem esses números alarmantes, 63% das mulheres acreditam que a violência aumentou após a edição da Lei 11.340/06. No entanto, 66% sentem se mais protegidas principalmente entre as mulheres mais jovens e as que possuem nível superior. Isso demonstra que a Lei Maria da Penha é conhecida. Contudo, ainda não garante à mulher proteção efetiva contra as agressões físicas, psicológicas, morais e patrimoniais.³¹

Romper com estereótipos e valores culturais patriarcais não é tarefa das mais fáceis, mas é possível verificar que nos últimos oito anos da criação da Lei 11.340/06, há uma mudança cultural em curso. Essas transformações vão paulatinamente se espalhando no seio social e uma nova cultura de respeito e valorização da mulher está em andamento.

Mas, para que esse processo acelere é necessário que haja uma ampla integração dos diversos profissionais responsáveis a fim de dar concretude à Lei, conforme preceitua Shelma Lombardi Kato:

Agentes policiais, profissionais da saúde, da educação e da assistência social, bem com advogados, Defensores Públicos, Promotores de Justiça e magistrados, dentre outros, são incumbidos de dar efetividade à Lei, nas respectivas áreas, cada qual com o seu relevante papel. Logo, a capacitação destes é imprescindível, por isso que se cuida de questão de difícil trato, onde a desinformação e os preconceitos costumam atuar, frustrando os objetivos da Lei.³²

³⁰ BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Brasília, 2013. p. 2. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2014.

³¹ BRASIL. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Brasília, 2013. p. 2. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2014.

³² KATO, Shelma Lombardi De. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 266-296, mar./abr., 2008.

As políticas públicas devem pautar-se primeiramente na capacitação de todos os profissionais envolvidos. As delegacias devem estar preparadas para atender as mulheres que chegam desoladas buscando atenção e respeito. O atendimento deve ser eficaz, as medidas protetivas de urgência, uma vez concedidas, devem buscar restabelecer a normalidade da vida da mulher vítima de violência doméstica o mais rápido possível. É nessa busca para dar plena efetividade à Lei que deve ser direcionado o estudo agora para a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha às relações homoafetivas masculinas.

3 A LEI MARIA DA PENHA E AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

As relações homossexuais, conhecidas como relações homoafetivas existem desde os primórdios da humanidade. A homossexualidade foi objeto de vários estudos ao longo dos tempos. “Já foi vista como uma forma de pecado, como doença, como critério neutro de diferenciação e como construção social”.³³

Era considerado pecado, por não se encaixar na doutrina cristã, por não ser possível a reprodução, visto que, a única forma de obedecer às ordens de Deus, era pelo casamento entre pessoas de sexos opostos.

Trataram-na também como doença, era reduzida a um ser resultante de uma degeneração na formação pré-natal, possuindo uma inconsistência entre o sexo anatômico e o desejo sexual graças a um conflito entre os elementos sexual masculino e feminino.³⁴

Nos dias atuais, os tempos mudaram, os costumes são outros. A evolução social possibilitou uma crescente aceitação de outras formas de família, rompendo assim com paradigmas ultrapassados. Em tempos pretéritos, relacionamentos de pessoas do mesmo sexo os levariam a morte ou seriam amaldiçoados pela igreja pelo resto de suas vidas.

Para Maria Berenice Dias:

Com a evolução dos Costumes, as mudanças dos valores, dos conceitos de moral e pudor, o tema referente à opção sexual deixou de ser ‘assunto proibido’ e hoje é enfrentado abertamente [...]. Ainda que a sociedade se considere heterossexual 10% dela é formada de homossexuais. As culturas ocidentais contemporânea estigmatizam aquelas que não têm preferência sexual dentro de determinados padrões de estrita moralidade, relegando-os à marginalidade.³⁵

³³ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³⁴ BAHIA, Claudio Jose Amaral. *Proteção constitucional à homossexualidade*. Leme: Mizuno, 2006.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

A sociedade ocidental, por muitos séculos, teve como tabu tratar da opção sexual das pessoas. Enfrentar os padrões da época e assumir as condições de homossexual era algo inimaginável até a primeira metade do século XX. Alguns fatores contribuíram para que essas mudanças ocorressem:

[...] o declínio do patriarcalismo, impulsionado pela revolução feminista, o desenvolvimento do saber científico adicionado ao fenômeno da globalização, e a redistribuição sexual no campo trabalhista, possibilitaram uma significativa alteração na própria concepção de família.³⁶

Atualmente a grande maioria da sociedade brasileira continua heterossexual, mas, a cada dia, as relações homoafetivas vêm sendo tolerada, alterando posicionamentos retrógrados e alcançando importantes conquistas no campo do direito.

Todavia, deve-se compreender que até o advento da Carta da República de 1988, o conceito de família era bastante limitado, uma vez que o código de 1916 considerava família apenas os relacionamentos oriundos do casamento, pois seguia um “modelo nuclear, heterossexual, monógamo e patriarcal, controlado pela imagem paterna que personificava sua honradez”.³⁷

O vínculo familiar deveria ser mantido a todo custo, pois era considerado mais importante do que as relações de afeto e a busca pela felicidade. A preocupação do Estado, a época do Código Civil de 1916, pautava-se na preservação do patrimônio em detrimento do bem estar das pessoas envolvidas.³⁸ Não por outro motivo proibia-se o divórcio e punia-se severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial.

A ampliação do conceito de família foi possível com a elevação da dignidade humana (art.1º III CF) ao patamar de principio norteador de todo o ordenamento jurídico. Assim, o casamento não mais exercia um monopólio jurídico

³⁶ CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. Fundação Cultural de Campos. *Uniões homoafetivas: uma nova concepção da família na perspectiva de direito civil-constitucional*. 2007. 102 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Centro Universitário Fluminense, Rio de Janeiro, 2007.

³⁷ CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. Fundação Cultural de Campos. *Uniões homoafetivas: uma nova concepção da família na perspectiva de direito civil-constitucional*. 2007. 102 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Centro Universitário Fluminense, Rio de Janeiro, 2007.

³⁸ O Código Civil de 1916 e, posteriormente, também a Lei do Divórcio atribuíam ao cônjuge culpado pela separação judicial as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

para a constituição de família. A Carta Federal de 88 acrescentou outros artigos quais sejam: União Estável (art. 226 parágrafo 3º) e a Família Monoparental, constituídas por qualquer dos pais e seus dependentes. (art. 226 parágrafo 4º) o que possibilitou outros arranjos familiares não mais pautados apenas nas formalidades matrimoniais, mas principalmente no afeto entre os pretendentes.³⁹

Desse modo, a afetividade passa a ser o único requisito exigido para que novos agrupamentos familiares sejam criados, ultrapassando inclusive o que preceitua a norma jurídica. O princípio da dignidade humana em conjunto com outros princípios da constituição federal dão suporte fático e jurídico para que novos modelos de famílias sejam criados independentemente do sexo ou da opção sexual de cada um, exigindo apenas a afetividade familiar.

Para Jacinta Gomes Fernandes:

O afeto passa a ser mais valorizado nas relações familiares, perdurando por toda a Convivência do grupo. Está-se diante de uma nova realidade, geradora de valores outros, tais como a afetividade, o companheirismo, o convívio familiar, a contribuição de todos para o sustento do lar, que vai exigir do legislador uma adequação melhor das leis às novas regras de conduta, que passam a se transformar de forma célere no seio da sociedade, em virtude do desenvolvimento socioeconômico por que passa o mundo.⁴⁰

A nova Carta Constitucional inovou ao proteger outras entidades familiares. O legislador buscou aproximar-se dos novos conceitos de família. Contudo, apesar do requisito elementar para a constituição de uma família ser o afeto, não houve previsão expressa na Constituição Federal para as Uniões Homoafetivas.

Essas relações são consideradas apenas pela Doutrina e pela Jurisprudência que até pouco tempo interpretavam essas relações como sociedade de fato e não como uma entidade familiar. Os casais homoafetivos tinham que se sujeitarem, ao término de uma relação, as regras de uma sociedade, ou seja, teriam suas causas tratadas nas Varas Cíveis fundamentadas pela Súmula 380 do Supremo

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

⁴⁰ FERNANDES, Jacinta Gomes. *União Homoafetiva como Entidade Familiar*: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_famil/uniao_homoafetiva_como_entidade_familiar.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.

Tribunal Federal. Hoje graças à evolução jurisprudencial e doutrinária essa situação inverteu-se sendo as Varas de Família responsáveis pela análise das causas dessa nova entidade familiar.

Muito embora, haja a consolidação deste conceito moderno sobre a família. No plano infraconstitucional, não existia previsão alguma para a sua aplicação o que, muitas vezes, causava insegurança aos magistrados na análise dos casos principalmente nas lides envolvendo uniões homoafetivas, optando eles pelo não reconhecimento de outro tipo de entidade familiar que não estivesse expresso na Constituição Federal.

O Judiciário, diante dos casos concretos, começou a interpretar as relações homoafetivas à luz de vários princípios constitucionais. O princípio da dignidade humana (art.1º, III) em conjunto com o (art.3º, IV) o qual trata de um dos objetivos da República Federativa do Brasil qual seja: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado por muitos operadores do direito como o princípio central de todo o ordenamento jurídico. Ele em conjunto com o princípio da igualdade, liberdade, não discriminação afetividade e solidariedade dão embasamento jurídico para estender os mandamentos da União Estável (art. 226 § 3º da CRFB) para as relações homoafetivas.⁴¹

Percebe-se, então, que os princípios constitucionais acima elencados já seriam suficientes para conceder proteção aos novos modelos de família que não estão previstos expressamente na Constituição Federal de 1988 (CRFB/88).⁴²

Dessa forma, uma interpretação sistemática da Carta Federal demonstra que o rol previsto no (art. 226 § 3º 4º) é exemplificativo, ou seja, de inclusão, possibilitando, assim, novos arranjos familiares independentemente de sexo ou opção sexual. Deve-se ressaltar também que nem sempre o direito positivado terá respostas a todos os

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

⁴² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

conflitos inerentes a uma vida em sociedade. Não é a sociedade que tem que acompanhar o direito, mas sim esse que deve estar atento às transformações as quais aquela vem passando. Desse modo, quando não houver norma expressa, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seus artigos 4º e 5º pontua: “quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”⁴³ e “na aplicação da Lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”.⁴⁴

Desse modo, a analogia é aplicada quando o juiz diante de um caso concreto verifica que possui a obrigação de dizer o direito, mas percebe que para aquele caso em específico não há Lei. Todavia, ele aplica analogicamente outra norma para casos semelhantes, evitando, assim, o engessamento das relações sociais.

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal julgou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em 2011 (ADPF nº 132 RJ) em conjunto com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.277-DF) com a finalidade de conceder interpretação conforme a Constituição ao (art.1.723 CC).

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional

⁴³ BRASIL. *Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

⁴⁴ BRASIL. *Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. [...] INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. **Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme a Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.** (Grifo nosso)⁴⁵

A Interpretação conforme a constituição visou modificar o entendimento discriminatório do art. 1.723 do CC, estendendo o direito à constituição de família aos casais homoafetivos. Não mais havendo espaço para preconceitos infundados, inverte-se, assim, a concepção de família tradicional: homem e mulher, com capacidade reprodutiva e por meio do casamento para uma concepção modernista: baseada no afeto, na vontade de estar com o outro/a com direitos e obrigações, com a finalidade de constituir família, seja por reprodução assistida, seja pelos métodos tradicionais, almejando sempre a busca pela felicidade.

Destarte, chama-se a atenção da ausência, até pouco tempo atrás, de uma norma infraconstitucional que tratasse das relações homoafetivas. Sabe-se das dificuldades em aprovar matérias que envolvam minorias no Congresso Nacional ainda mais se o tema envolver assuntos ligados à religião. Entretanto, apesar da demora, o

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277 DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 20 jan. 2015

legislador começa a dar sinais de que está atento às mudanças da doutrina e da jurisprudência no campo da proteção das relações homoafetivas.

A mudança de paradigma deu-se com a sanção em 07 de Agosto de 2006 da Lei 11.340/06 (conhecida como Lei Maria Da Penha), que, apesar de ter como finalidade primordial a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, acabou trazendo importante inovação no ordenamento jurídico nacional, no seu artigo 5º, II e parágrafo único.

3.1 O reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar em norma infraconstitucional

A Lei 11.340/06 conhecida como 'Lei Maria da Penha' foi a primeira legislação a reconhecer expressamente as relações homoafetivas como entidade familiar. O art. 5º, II trouxe importante inovação ao ordenamento jurídico, pois afirmou que família é formada por uma comunidade de indivíduos, ou seja, ampliou o entendimento para novos modelos de família que não sejam apenas as formas tradicionais. "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".⁴⁶

Esses novos arranjos familiares vão ao encontro dos entendimentos majoritários da doutrina e da jurisprudência que já vinham nos últimos 10 (dez) anos construindo um posicionamento de vanguarda nas decisões que tratavam de direitos de casais homossexuais.

⁴⁶ SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha*. São Paulo, 2006.
Disponível em: <www.tjsp.jus.br/Download/LeiMariaDaPenha/conceito.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2014.

O parágrafo único do referido artigo também corrobora para estender o conceito de família, conforme preceitua: “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.⁴⁷

Desse modo, observa-se que o conceito de família ultrapassou os limites previstos na Carta Constitucional (casamento, união estável e família monoparental) para abrigar um novo modelo que abrange qualquer agrupamento que por vontade livre e consciente independente de orientação sexual queiram firmar compromisso de forma duradoura, com o objetivo de constituir família, observando os deveres de lealdade respeito e mútua assistência.

Daí se extrai a importância da Lei Maria da Penha ter sido a primeira norma infraconstitucional a ampliar o conceito de família, demonstrando que não há mais espaço para retrocessos e preconceitos. A constituição de uma família deve ocorrer pela livre manifestação de pessoas e não por imposição legal.

3.1.1 Pela aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos homens

Parte da doutrina defende que as medidas protetivas de urgência sejam aplicadas também nas relações homoafetivas masculinas quando ficarem caracterizado as mesmas circunstâncias fáticas das mulheres vítimas de violência doméstica e intrafamiliar. Segundo esses doutrinadores, não há nenhum óbice que a Lei 11.340/06 seja aplicada por analogia às relações homoafetivas masculinas. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III CRFB) e seus corolários quais sejam: a igualdade, liberdade, proporcionalidade e da não discriminação dão embasamento jurídico a aplicação da analogia *in bonam partem* em favor da vítima.

Para Gomes:

As medidas protetivas desta lei poderiam ser aplicadas analogicamente em favor de outras pessoas? Desde que se constate alguma analogia fática, sim. Por exemplo: violência doméstica contra o homem. Nesse caso, constatada que

⁴⁷ SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha*. São Paulo, 2006.

Disponível em: <www.tjsp.jus.br/Download/LeiMariaDaPenha/conceito.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2014.

a violência está sendo utilizada pela mulher como uma forma de imposição, não há dúvida que todas as medidas protetivas da Lei 11.340/2006 podem favorecer o homem, impondo-se a analogia *in bonam partem* (TJMG, Apel. Crim. 1.0672.07.249317-0, rel. Judimar Biber, j. 06.11.07). Nesse mesmo sentido, decisão do juiz Mário R. Kono de Oliveira (Cuiabá-MT), que sublinhou: o homem que, em lugar de usar violência, busca a tutela judicial para sua situação de ameaça ou de violência praticada por mulher, merece atenção do Poder Judiciário.⁴⁸

Nesse mesmo sentido, o autor busca dar uma conceituação ampla para a referida Lei:

Diante de tudo quanto foi exposto, parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicadas em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc.) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito.⁴⁹

A analogia possui previsão no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). É um método de integração de lacunas da Lei. Tem-se a analogia quando ocorre uma comparação entre casos diferentes, mas com um problema parecido objetivando a mesma resposta. Para a doutrina penalista, existem dois tipos de analogia: a analogia *in bonam partem* e a analogia *in malam partem*.

No direito penal, somente é permitida a analogia *in bonam partem* para beneficiar o réu. Por outro lado, é pacífica na doutrina e na jurisprudência a vedação da analogia *in malam partem* pelo fato dela ir de encontro ao princípio da Legalidade do Direito Penal. O art. 1º do Código Penal é claro ao afirmar: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.⁵⁰ Significa dizer que o

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas*. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas*. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁵⁰ BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

intérprete não poderá aplicar a analogia *in malam partem* para abrigar uma hipótese não prevista pelo legislador a fim de prejudicar o réu.

Para Iara Boldrini Sandes, não se pode ampliar o conteúdo dos tipos penais incriminadores. Contudo, é possível que as medidas protetivas de urgência sejam aplicadas nas relações homossexuais masculinas, pois:

[...] tais medidas não têm caráter efetivamente penal, mas sim civil com abrangência no direito de família e no direito administrativo, setores esses que admitem uma interpretação extensiva ou até mesmo uma criação analógica com mais facilidade do que no Direito Penal.⁵¹

Para Dias:

O conceito legal de família trazido pela Lei Maria da Penha insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas. Quer as relações de um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres ou constituídas entre dois homens. todas configuram entidade familiar.⁵²

Cunha assevera que:

[...] desde que observada no homem vítima de violência doméstica, familiar ou afetiva a condição de vulnerabilidade, o juízo, utilizando-se do poder geral de cautela, pode aplicar em favor deste as medidas protetivas de urgência da norma em comento.⁵³

Algumas decisões dos Tribunais são no sentido da aplicação da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas masculinas quando a violência for originada no âmbito doméstico. Os magistrados que possuem esse entendimento fundamentam no princípio da isonomia e na aplicação da analogia *in bonam partem*.

A juíza Aline Luciane Quinto do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso concedeu medidas protetivas a um rapaz que foi agredido por seu companheiro na cidade de Primavera do Leste. A decisão foi proferida com a finalidade de obrigar o

⁵¹ SANDES, Iara Boldrini. Lei Maria da Penha em favor do homem. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 229, dez. 2011 p. 3.

⁵² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 57.

⁵³ CUNHA, Rogério Sanches. *Aplicação da Lei Maria da Penha para homens*. 2011. Disponível em: <atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2011/09/2011/aplicação-da-lei-maria-da-penha-para-homens/>. Acesso em: 24 mar. 2015.

agressor a manter distância mínima de 200 metros, não podendo manter contato com a vítima por qualquer meio de comunicação.

Para a magistrada, “as medidas protetivas devem ser aplicadas a toda pessoa que seja vítima de violência doméstica, familiar não havendo o que se falar em vedação de analogia prevista no direito penal”.⁵⁴

No mesmo sentido, o Desembargador Dorival Renato Pavam do TJMS, em 16/09/2011, concedeu pedido de liminar em agravo de instrumento para que a esposa não se aproximasse do marido devido às várias agressões que ela ocasionou na vítima. Sem desconsiderar o fato de que a referida Lei é destinada à proteção da mulher diante dos altos índices de violência doméstica em que na grande maioria dos casos é ela a vítima. “há que se aplicar o princípio da isonomia nas situações em que as agressões partem da esposa para com o marido”.⁵⁵

Em outro julgado, o Juiz Mário Roberto Kono de Oliveira do Juizado Especial Unificado de Cuiabá nos autos nº 1074/2008 proferiu decisão no mesmo sentido das acima mencionadas. O autor da ação afirmou está sendo vítima de violência física, psicológica e financeira por parte de sua ex- mulher, diante do que fora apresentado, o magistrado determinou que a agressora ficasse a uma distância não inferior de 500 metros da vítima não podendo manter contato com ele por qualquer meio de comunicação, e que o seu descumprimento caracterizaria crime de desobediência, podendo ser decretada prisão preventiva.⁵⁶

Segundo o magistrado:

Foi necessária à aplicação dessas medidas por não existir Lei similar que proteja o homem quando vítima, pois no caso foram vários documentos no

⁵⁴ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Juíza usa Lei Maria da Penha para proteger homossexual*. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/Noticias/35222>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

⁵⁵ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Liminar proíbe mulher de se aproximar de ex-marido*. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/noticias/materia.php?cod=20132>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

⁵⁶ JUSBRASIL. *Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. Disponível em: <<http://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protetger-homem>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

processo como registro de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, nota fiscal de conserto de veículo danificado por ela e diversos e-mails difamatórios e intimidatórios enviados.⁵⁷

Percebe-se, então, o quanto é polêmico e atual o tema abordado. Aqueles que defendem a ampliação do entendimento baseiam-se em primeiro lugar no princípio norteador da Constituição Federal qual seja: o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III) em conjunto com outros princípios: (isonomia, liberdade, não-discriminação).

Ademais, pontuam que a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família abrindo a possibilidade de sua aplicação às relações homoafetivas, tornando-se, assim, a primeira legislação infraconstitucional a garantir expressamente uma nova modalidade de família não mais baseada na capacidade reprodutiva, mas sim na afetividade entre seus integrantes em busca da tão almejada felicidade.

3.1.2 Pela inaplicabilidade da Lei Maria da Penha aos homens

Em sentido diametralmente oposto, uma parcela da doutrina e da jurisprudência posiciona-se pela aplicação literal do texto da Lei. Apesar de ampliar o conceito de família, a Lei Maria da Penha foi criada com uma finalidade precípua qual seja: combater a violência doméstica e a violência intrafamiliar. Já em seu artigo 2º afirmou que toda mulher independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, goza de direitos inerentes à pessoa humana.⁵⁸

Iara Boldrini traz algumas correntes contrárias ao seu posicionamento:, mesmo defendendo a aplicação das medidas protetivas de urgência a todos independentemente de serem casais heterossexuais ou homossexuais:

[...] uma primeira corrente defende que, por tratar-se de crime de gênero cujos fins principais estão voltados para a proteção da mulher vítima de violência, no

⁵⁷ JUSBRASIL. *Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. Disponível em: <<http://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protoger-homem>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

⁵⁸ SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha*. São Paulo, 2006. Disponível em: <www.tjsp.jus.br/Download/LeiMariaDaPenha/conceito.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2014.

pólo ativo pode figurar apenas o homem, e quando muito, a mulher que, na forma do parágrafo único do art. 5º da Lei, mantenha uma relação homoafetiva com a vítima. Já a segunda corrente, que é defendida por Souza, juntamente com Gomes e Bianchini, entende que será mais coerente incluir-se como sujeito ativo tanto o homem quanto a mulher. Com isso se dará menos ensejo a possíveis arguições de inconstitucionalidade, pois passa a tratar igualmente homens e mulheres, quando visto sob a ótica do pólo ativo, resguardando a primazia à mulher apenas enquanto vítima. Essa corrente defende que a ênfase principal da Lei não está na questão de gênero do agressor, que tanto pode ser homem como mulher.⁵⁹

Desse modo, a respectiva Lei inovou na proteção de qualquer mulher pouco importando sua orientação sexual admitindo assim sua aplicação também nas relações homoafetivas femininas, sendo o afeto o ponto norteador dessas relações.

Para Dias,⁶⁰ a mulher está sob abrigo da Lei, sem distinguir sua orientação sexual, assegura proteção tanto as lésbicas como às travestis, às transexuais e às transgêneros de identidade feminina que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio.

Esse também é o posicionamento da Jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul que confirma o entendimento da prestigiada autora:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – RELAÇÕES HOMOAFETIVAS – OFENDIDA MULHER – GÊNERO INDEPENDÊ 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. (grifo nosso)⁶¹

⁵⁹ SANDES, Iara Boldrini. Lei Maria da Penha em favor do homem. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 229, dez. 2011 p. 3.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 54.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 54

Não foi diferente o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), em relação à inaplicabilidade da Lei Maria da Penha nas relações homossexuais masculinas *in verbis*:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VARA CRIMINAL E JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. VÍTIMA DO GÊNERO MASCULINO. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA.

A mens legis da Lei nº 11.340/06 foi coibir e reprimir toda ação ou omissão contra o gênero mulher capaz de causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual e psicológico. 2- A criação das Varas de Violência 1- Doméstica e Familiar contra a Mulher objetiva facilitar a aplicação das medidas de assistência e proteção da Lei 11.340/2006, que protege exclusivamente a vítima de sexo feminino, **não abrangendo as agressões contra pessoas do sexo masculino, mesmo quando originadas no ambiente doméstico ou familiar.** (grifo nosso) ⁶²

Nesse mesmo sentido, em abril de 2010, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posicionou-se de forma contrária à aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha em benefício do gênero masculino: “o homem não está desamparado de abusos praticados pela mulher. No entanto, há outros institutos que garantem seus direitos, que não as medidas da Lei Maria da Penha”. ⁶³

A Deputada Federal, Iriny Lopes, ex- ministra da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, posicionou-se no sentido de não aplicar a Lei 11.340/06 aos homens, pois segundo ela a criação dessa legislação não teve o intuito de proteger o homem em nenhuma hipótese:

A lei é clara, trata de gênero. Não importa se é casada, namorada, irmã, filha. E não sou contra a aplicação para homens, mas nesses casos tem a legislação comum. A Lei Maria da Penha é para ser aplicada para proteger mulheres agredidas. Os homens são amparados pela legislação, o próprio Código penal dá proteção a esses homens. Não é adequada a utilização para homens. O

⁶² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Conflito de Competência. CCP nº 20070020030790. Câmara Criminal. Relator: George Lopes Leite. Brasília, 2 de julho de 2007. Disponível em: <<http://tjdf19.tjd&.jus.br/cgi-bin/tjcg1?Docnum=1&pgatu=1&l=20&id=61637,73528,31383&mgwlpn=servidor1&nxtpgm=jrhtm03&opt=&origem=inter>>. Acesso em: 26.03.2015

⁶³ ROMAIS, Célio. *Tribunal confirma que Lei Maria da Penha não pode beneficiar homem*. 2010 Disponível em: <www.portelaonline.com.br/site/noticia.php?>. Acesso em: 20 mar. 2015.

homem quando é agredido é por outra motivação que não o fato de ser homem. A mulher é agredida pelo fato de ela ser mulher.⁶⁴

Aqueles que defendem a aplicação da Lei Maria da Penha somente a mulher vítima de violência de gênero. Buscam amparo na finalidade da norma e num sistema patriarcal que valorizava o homem em detrimento da mulher. Essa era tratada como objeto, submissa ao homem a quem era reconhecido o pátrio poder. Esses valores distorcidos atravessaram séculos, fincando raízes em todo o mundo. Nos dias atuais, observam-se ainda divisões de tarefas em razão do sexo.

O preconceito e a discriminação estão por todas as partes no que tange à mulher. Alegam que os avanços culturais, políticos e sociais não surgiram da noite para o dia. Muitas lutas foram perdidas outras tantas vencidas para que se pudesse chegar até aqui. Vários grupos feministas saíram às ruas, pressionaram autoridades dentro e fora do país para que pudessem ver seus direitos fundamentais respeitados.

Hoje a Constituição Federal consagra vários microssistemas que buscam proteger os direitos das minorias. Todos aqueles que sejam considerados vulneráveis devem receber especial atenção estatal.

Diante disso, não poderia ser de outra forma em relação à mulher vítima de violência doméstica. Percebe-se, assim, que por traz da edição da referida norma existe todo um contexto histórico que respalda e fundamenta o direcionamento da Lei Maria da Penha apenas a mulher.

Observam-se, assim, posicionamentos favoráveis e contrários à aplicação da referida norma aos homens vítimas de violência doméstica. Não restam dúvidas que existem bons fundamentos tanto por um lado quanto para o outro. Contudo, deve-se ressaltar que o objetivo do presente trabalho não visa esgotar o assunto busca apenas suscitar o debate a respeito de um tema polêmico e atual.

⁶⁴ OLIVEIRA, Mariana. *Aplicar Maria da Penha para proteger homem "não é adequado", diz ministra*. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/03/aplicar-maria-da-penha-para-proteger-homem-nao-e-adequado-diz-ministra.html>> Acesso em: 20 mar. 2015

CONCLUSÃO

A Lei 11.340/06 trouxe grandes inovações ao ordenamento jurídico. A ampliação do conceito de família incluindo as relações homoafetivas como uma nova modalidade de família talvez seja o ponto central dessa norma infraconstitucional. As medidas protetivas de urgência também surgem para dar maior efetividade às políticas públicas do Estado. A Lei Maria da Penha é uma legislação especial com respaldo constitucional e tem como característica ser uma política afirmativa, estando em plena conformidade com o Princípio da Isonomia.

Nesse sentido, a finalidade da Lei sempre foi conceder proteção à mulher que historicamente jamais conquistou verdadeira igualdade de gênero. Ademais, a mulher é agredida pelo simples fato de ser mulher enquanto o homem é agredido por outra motivação que não o fato de ser homem.

Não bastasse a finalidade precípua da norma em proteger a mulher, a maior parte das medidas protetivas de urgência possuem natureza penal o que inviabiliza a aplicação por configurar analogia (in malam partem) que é vedado no Direito Penal em obediência ao Princípio da Reserva Legal ou do Princípio da Legalidade

É fato que a dinâmica social exige que o direito acompanhe sua evolução, como também é verdade que as leis não conseguem acompanhar as diversas situações que a vida em sociedade impõe. Todavia, em tempos de Ativismo Judicial a toda prova, a proteção aos direitos de liberdade do réu deve funcionar como regra limite.

A própria legislação comum pode socorrer o homem que venha a ser vítima de violência doméstica, seja numa relação homoafetiva, seja numa relação heterossexual. Nos crimes de lesão corporal leve ou culposa ou ainda no crime de ameaça contra o homem, os juízes podem utilizar seu poder geral de cautela e as medidas cautelares previstas na legislação comum para a tutela do homem quando vítima desse tipo de violência. Os juizados especiais cíveis e criminais já possuem as

medidas despenalizadoras que podem ser utilizadas para a proteção de vítimas de violência doméstica que não se enquadrem como vulneráveis pela norma.

Diante do exposto, o homem comum que sofre violência doméstica não é considerado vulnerável. Quando sofre violência doméstica é por razões outras que não o fato dele ser homem. Ele também não se encontra desamparado da tutela estatal, devendo assim a referida Lei especial cumprir única e exclusivamente a finalidade para a qual foi criada.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Claudio Jose Amaral. *Proteção constitucional à homossexualidade*. Leme: Mizuno, 2006.

BANDEIRA, Lourdes; THURLER, Ana Liési. A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). *Violência Doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Senado Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Brasília, 2013. p. 2. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ministro aplica decisão da ADI 4424 e mantém ação penal contra acusado de agressão doméstica*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=247715>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF declara constitucionalidade de dispositivos da Lei Maria da Penha*. Brasília. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3016738/adc-19-stf-declara-a-constitucionalidade-de-dispositivos-da-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <www.stf.jus.br/.../corteidhportuguesfinal>. Acesso em: 24 out. 2014.

CALMON, Eliana. Lei Maria da Penha. In: *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: doutrina: edição comemorativa, 20 anos*. Brasília: Via Lettera, 2009.

CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. Fundação Cultural de Campos. *Uniões homoafetivas: uma nova concepção da família na perspectiva de direito civil-constitucional*. 2007. 102 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito. Centro Universitário Fluminense, Rio de Janeiro, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Jacinta Gomes. *União Homoafetiva como Entidade Familiar: reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_famil/uniao_homoafetiva_como_entidade_familiar.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.

KATO, Shelma Lombardi De. Lei Maria da Penha: uma lei constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 266-296, mar./abr., 2008.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Vienna Declaration and Programme of Action*. Viena. 1993. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* 1979. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>>. Acesso em: 23 set. 2014.

_____. *Declaração sobre a eliminação da violência contra as mulheres*. 1993. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_7.htm>. Acesso em: 14 jan. 2015.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. A violência doméstica contra a mulher e a proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (ESTADO). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos no cotidiano jurídico*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2004.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha*. São Paulo, 2006. Disponível em: <www.tjsp.jus.br/Download/LeiMariaDaPenha/conceito.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2014.

UNIVERSITY OF THE MINNESOTA. *Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict*. 1974. Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/instree/e3dpwcea.htm>>. Acesso em: 15 out. 2014.