

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE**

AMANDA CRISTINA ALVES SANTOS

**A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHAS NAS RELAÇÕES
HOMOAFETIVAS**

**João Monlevade
2017**

**AMANDA CRISTINA ALVES SANTOS
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE**

**A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES
HOMOAFETIVAS**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de João Monlevade,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Área de concentração: Direito
Constitucional

Prof.(a) Orientadora: Msc. Renata
Martins de Souza

**João Monlevade
2017**



FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS**, elaborado pela aluna **AMANDA CRISTINA ALVES SANTOS** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdades Doctum de João Monlevade, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

João Monlevade, ____ de _____ 2017

Renata Martins de Souza

Prof. Orientador

Nome Completo

Prof. Examinador 1

Nome Completo

Prof. Examinador 2

Dedico aos meus pais, Roberto e Rosimayre, razão da minha existência e responsáveis pela formação de quem eu sou, e a minha irmã Luana, pela cumplicidade e apoio de sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem a Sua presença eu não chegaria até aqui e, de forma especial, imensamente e de maneira única, aos meus pais, Roberto e Rosimayre, os quais sempre foram o meu porto seguro, exemplo de honestidade, de trabalho e, principalmente, de força para superar todos os obstáculos. Este mérito também é de vocês.

De maneira ímpar e sem igual, a minha irmã Luana, por todo apoio, incentivo e carinho a mim dedicado. Mostrou-se imprescindível nesta caminhada, foi minha maior companheira, se fez presente até mesmo à distância, dando forças para sempre seguir em frente.

Também, de forma especial, a minha família, pois mesmo que indiretamente sempre auxiliaram nesta árdua caminhada, fazendo-se presentes e constantemente acreditando em mim.

A Vara Criminal, em especial Dr. Rodrigo e sua assessora Luana, pelos ensinamentos jurídicos e profissionais diários, pelo excelente trabalho ministrado e por transmitir conhecimentos importantíssimos a mim.

A todos os amigos, os quais compreenderam a minha ausência e deram-me força para sempre continuar. Especialmente, ao João Luiz, pela atenção, puxões de orelha e pelos mais diversos ensinamentos compartilhados, e a Maria Fernanda, pela parceria e cumplicidade de sempre.

Por fim, a professora Renata Martins, minha orientadora, a qual se mostrou sempre disposta, transmitindo sua sabedoria e dando a atenção necessária no desenvolvimento do presente trabalho.

“Consagre ao Senhor tudo o que você faz,
e os seus planos serão bem-sucedidos.”
(Provérbios 16:3)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação Direta de Arguição de Preceito Fundamental
ART	Artigo
CCB	Código Civil Brasileiro
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPB	Código Penal Brasileiro
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LMP	Lei Maria da Penha
OEA	Organização dos Estados Americanos
PGR	Procuradoria Geral da República
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE ILUSTRAÇÕES, GRÁFICOS E TABELA

GRÁFICO 1 Taxa de homicídios ocorridos no Brasil	29
GRÁFICO 2 Taxa de homicídios ocorridos em residência no Brasil	30
GRÁFICO 3 Taxas de homicídios ocorridos nas grandes regiões do Brasil	31
GRÁFICO 4 Taxas de homicídios ocorridos em residência nas grandes regiões do Brasil	32

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como intento analisar a aplicação da Lei nº. 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, às vítimas de violência doméstica e familiar em uma relação homoafetiva, especificamente quando o núcleo familiar é composto por duas pessoas do sexo masculino. Para tanto, serão abordados alguns princípios garantidos na Constituição da República, bem como as novidades que a Lei Maria da Penha introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando, ainda, a evolução do conceito de família e o reconhecimento da união homoafetiva pelos Tribunais, e por fim, asseverar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha às vítimas do mesmo sexo, em especial nos casos de relação homoafetiva estabelecida entre o gênero masculino. O método procedimental utilizado é o explicativo, que tem como objetivo identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos, tipo que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão e o porquê das coisas, pautando-se em disposições constitucionais e legais pertinentes ao tema, pesquisando doutrinas, jurisprudências, artigos de internet, revista científicas e outras fontes. Trata-se de um assunto relevante e atual, vez que gera uma discussão entre a garantia da tutela da mulher, especificamente, levando-se em consideração sua vulnerabilidade em relação ao homem, o que limita o alcance e a aplicabilidade da Lei Maria da Penha em uniões homoafetivas estabelecidas entre homens, e a proteção dos direitos constitucionais relevantes destes, tais como o da igualdade, afetividade e da dignidade da pessoa humana, o que assegura, de fato, a existência do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência. União homoafetiva. Aplicabilidade. Afetividade. Igualdade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course has as an attempt to analyze the application of Law no. 11,340 of 2006, known as the Maria da Penha Law, to victims of domestic and family violence in a homoaffective relationship, specifically when the family nucleus is composed of two males. To this end, certain principles guaranteed in the Constitution of the Republic will be addressed, as well as the novelties introduced by the Maria da Penha Law in the Brazilian legal system, also showing the evolution of the concept of family and the recognition of homoaffective union by the Courts, to assert the possibility of applying the Maria da Penha Law to victims of the same sex, especially in the cases of a homaffective relation established between the masculine gender. The procedural method used is the explanatory one, whose purpose is to identify the factors that determine or contribute to the occurrence of phenomena, a type that deepens the knowledge of reality, because it explains the reason and why of things, being based on dispositions constitutional and legal issues relevant to the subject, researching doctrines, jurisprudence, internet articles, scientific journals and other sources. It is a relevant and current issue, since it generates a discussion between the guarantee of the woman's guardianship, specifically, taking in consideration of their vulnerability to men, which limits the scope and applicability of the Maria da Penha Law in homoafetive unions established among men, and the protection of their relevant constitutional rights, such as equality, affectivity and dignity of the person which, in fact, ensures the existence of the Democratic Rule of Law.

Keywords: Maria da Penha Law. Violence. Homoafetive union. Applicability. Affectivity. Equality. Dignity of human person.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	BREVE HISTÓRICO DA LEI N.º 11.343 DE 2006 - MARIA DA PENHA.....	13
2.1	Finalidade da Lei Maria da Penha.....	17
3	DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	20
3.1	Distinção entre igualdade material e formal.....	21
3.2	Da validade da Lei Maria da Penha.....	24
3.3	Da efetividade da Lei Maria da Penha na atualidade.....	27
3.4	Das ações afirmativas.....	34
4	DA POSSIBILIDADE DA PROTEÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AOS HOMENS.....	36
4.1	Da evolução do conceito de família.....	36
4.2	Aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos homens em relações homoafetivas.....	39
4.3	Da proteção aos homoafetivos.....	43
4.4	Da proteção aos transexuais.....	47
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
	REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a possibilidade de interpretação extensiva das normas prescritas na Lei Maria da Penha, de forma a possibilitar sua incidência em todas as situações de violência doméstica e familiar, especialmente nas relações homoafetivas constituída por duas pessoas do sexo masculino, enaltecendo princípios basilares, como a dignidade da pessoa humana, sendo este o bem jurídico tutelado pelo Estado, que tem como dever a garantia e proteção dos direitos de todos, bem como ressaltar que ambos os gêneros possuem vulnerabilidade quando se trata de quaisquer violência no âmbito doméstico e familiar.

Faz-se pertinente salientar que a Lei Maria da Penha foi edificada com o objetivo de proteger, assegurar e conferir garantia aos direitos das mulheres vítimas de qualquer tipo de violência, no âmbito familiar. Trata-se, na realidade, de uma medida compensatória, vez que foi instituída para equilibrar o tratamento discriminatório dispensado as mulheres ao longo dos anos, buscando estabelecer a igualdade entre os sexos, abolindo, desta forma, o conceito de submissão da mulher ao homem e vivificando o respeito as diferenças dos gêneros.

Nesta senda, vale frisar que há no atual cenário social e jurídico, o afastamento do modelo convencional de família, tornando-se amplo o conceito de tal entidade, que engloba diversas estruturas familiares formadas por convívio entre pessoas que tem como origem o vínculo de afeto, caracterizadas, ainda, pelo convívio estável instituído por laços amorosos, os quais edificam um lar, onde, independentemente dos sexos dos pares que a compõem, suscita direitos individuais que merecem respaldo e tutela jurídica. Logo, reconhecida as uniões homoafetivas como entidades familiares, diante da omissão do legislador em tutelar de igual forma os direitos destes, deve-se atribuir a legislação uma interpretação constitucional de cunho mais aberto e progressista, se projetando a possibilidade de proteção da Lei Maria da Penha no âmbito das relações homoafetivas, quando estas forem estabelecidas entre o gênero masculino.

Assim, não obstante a Lei Maria da Penha ser, na realidade, uma medida compensatória, já que foi instituída para compensar o tratamento discriminatório dispensado as mulheres, buscando estabelecer a igualdade entre os sexos, abolindo o conceito de submissão da mulher ao homem e vivificando o respeito as diferenças dos gêneros, tem-se que, o legislador, ao limitar o alcance e a aplicabilidade da Lei

Maria da Penha, não se atentou para a proteção de direitos constitucionais relevantes, tais como o da igualdade, afetividade e da dignidade da pessoa humana, figurando este último como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º, inciso III, da Carta Política de 1988, se eximindo, desta forma, quanto ao tratamento dos indivíduos homoafetivos, de sua função primordial de proteger e resguardar a todos, que constituem uma família, sem quaisquer distinção.

Destarte, no decorrer deste trabalho de conclusão de curso procura-se responder o seguinte questionamento: há possibilidade da aplicação da legislação àquelas situações em que o homem é vítima de alguma violência doméstica e familiar no contexto de relações homoafetivas?

Para elucidação do tema ora em deslinde, além do contexto histórico da Lei Maria da Penha e sua aplicabilidade na contemporaneidade, será feita menção sobre a igualdade dos homens e das mulheres prevista no ordenamento jurídico, bem como sobre as ações afirmativas, como amparo constitucional, e ainda, o novo conceito de família.

Com o propósito de análise e assentamento do tema abordado, serão utilizadas as lições de doutrinadores como Dias (2009), Rosenvald (2017), Tartuce (2017) e demais autores, bem como posições doutrinárias e jurisprudências que se ocupam do tema em debate.

A presente pesquisa é pertinente e de extrema relevância, vez que se trata de tema bastante atual, envolvendo debate de caráter Constitucional e Penal de grande préstimo, a qual visa, especificamente, analisar a possibilidade de uma interpretação extensiva das normas prescritas na Lei Maria da Penha, de forma a possibilitar sua incidência em todas as situações de violência doméstica, pouco importando se a vítima é homem ou mulher, em relações homoafetivas.

2 BREVE HISTÓRICO DA LEI N.º 11.343 DE 2006 - MARIA DA PENHA

Quanto ao tema, Mello (2009, p. 47) destaca em sua obra acerca da Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher:

Maria da Penha tornou-se símbolo da luta contra violência doméstica em todo Brasil. [...] O caso tomou tanta repercussão que chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de direitos humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos, que acatou pela primeira vez, a denúncia de um crime de violência doméstica.

A princípio, faz-se necessário frisar que o principal objetivo da criação da Lei Maria da Penha (LMP), a qual revolucionou a legislação brasileira, foi a manutenção da equidade e proteção da mulher que, por construções sociais, encontram-se, historicamente, em desigualdade com os homens.

Entende Araújo (2005, p.41):

O termo "gênero", na sua acepção gramatical, designa indivíduos de sexos diferentes (masculino/feminino) ou coisas sexuadas, mas, na forma como vem sendo usado, nas últimas décadas, pela literatura feminista, adquiriu outras características: enfatiza a noção de cultura, situa-se na esfera social, diferentemente do conceito de "sexo", que se situa no plano biológico, e assume um caráter intrinsecamente relacional do feminino e do masculino. Segundo a historiadora Joan Scott (1995), as feministas americanas começaram a usar o conceito de gênero para se referir à organização social entre os sexos e só mais tarde passaram a usá-lo para enfatizar o caráter fundamentalmente social das distinções fundadas sobre sexo e rejeitar o determinismo biológico implícito nos termos "sexo" ou "diferença sexual"¹. A introdução do caráter relacional do gênero levou a uma revisão dos estudos centrados nas mulheres e apontou para a necessidade de estudos sobre as relações de gênero, uma vez que a história das mulheres não pode ser vista separada da história dos homens. O mundo das mulheres não faz parte do mundo dos homens, não são esferas separadas. Tomá-los como esferas separadas reforça o mito de que a experiência de um sexo tem muito pouco ou nada a ver com o outro sexo. Além disso, acrescenta Scott (1995), o uso do termo "gênero" para designar relações sociais entre os sexos rejeita radicalmente explicações biológicas que encontram um denominador comum para diversas formas de subordinação feminina.

Logo, clarifica-se que a mulher, em razão de um processo cultural de construção de identidade, imposto pela sociedade, é colocada em uma esfera de extrema vulnerabilidade, levando-se em conta seu papel de submissão, o qual justifica a luta por maior igualdade, já que a disparidade entre os gêneros, por consequência, gera violência e sabotagem dos princípios protetoras previstos no ordenamento pátrio.

Assim, levando-se em conta a discrepância quanto ao tratamento de homens e mulheres, é que surgiram os movimentos feministas que deram início ao reconhecimento e valoração dos direitos humanos referentes as questões da mulher, fazendo-se reconhecer que alguns países negligenciavam a temática conhecida popularmente como sendo a violência de gênero, que é a violência sofrida tão somente pelo fato de ser mulher, sem distinção de raça, classe social, religião, idade outra condição.

Ao longo dos anos as ativistas dos grandes movimentos de mulheres buscavam por penalidades e repreensões mais rígidas aos homens que violentamente vitimavam as mulheres no âmbito familiar, com o objetivo de, efetivamente, combater e evitar a ocorrência frequente de violência doméstica. Entretanto, não se fazia possível a criação de medidas eficazes ao combate a esse tipo de violência, tendo em vista que não era reconhecida como um crime, reforçando, desta forma, cada vez mais a violência e a impunidade dos agressores.

Tão somente no ano de 1979, após muito sofrimento e luta, que a Assembleia Geral das Nações Unidas¹ ratificou o documento denominado Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher², sendo sancionado, posteriormente, pelo Brasil, que foi subscritor da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher³, o qual sustenta que:

[...] a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade (TRATADO Internacional, 1979.)

¹A Assembleia Geral da ONU é o principal órgão deliberativo da ONU. É lá que todos os Estados-Membros da Organização (193 países) se reúnem para discutir os assuntos que afetam a vida de todos os habitantes do planeta. Na Assembleia Geral, todos os países têm direito a um voto, ou seja, existe total igualdade entre todos seus membros.

²A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres é um tratado internacional aprovado em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Descrito como uma declaração internacional de direitos das mulheres, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1981 e foi ratificada por 188 Estados.

³A Convenção de Belém do Pará, como ficou conhecida a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher, adotada na referida cidade, em 9 de junho de 1994, conceitua a violência contra as mulheres, reconhecendo-a como uma violação aos direitos humanos, e estabelece deveres aos Estados signatários, com o propósito de criar condições reais

O reconhecimento da absurda situação mundial em que as mulheres se encontravam, trouxe a necessidade de instituir mecanismos visando a superação das discriminações e desigualdades referentes ao gênero, fomentando a criação de instrumentos que tutelassem os direitos das mulheres, sendo imperiosa através de mecanismos específicos de proteção.

Nesta senda, tem-se o surgimento da Lei Maria da Penha, a qual foi criada para que se materializasse o reconhecimento da existência da violência doméstica no âmbito familiar, e, posteriormente, para que se buscasse métodos que a extirpasse, somente teve sua eclosão em virtude dos abusos sofridos pela Farmacêutica Maria da Penha Fernandes, domiciliada em Fortaleza- Estado do Ceará, mãe de quatro filhos, casada com um professor universitário e economista, que a agredia e intimidava, e por duas vezes tentou matá-la.

Na primeira vez, em 1983, seu marido simulou um assalto fazendo uso de uma espingarda. Após ser alvejada, enquanto dormia, por tiros desferidos pelo seu próprio marido, Maria da Penha teve paraplegia irreversível.

Posteriormente, o marido tentou eletrocutá-la enquanto tomava banho, mantendo-a, ainda, em cárcere em sua própria residência. Maria conseguiu denunciá-lo, sendo autorizada judicialmente a abandonar o seu lar, juntamente com suas filhas⁴.

Após conseguir se separar de seu agressor, Maria da Penha buscou a tutela em órgãos de competência legítima, tal como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁵, a qual aceitou as denúncias oferecidas contra o Brasil pelo Centro para a Justiça e o Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, repreendendo o governo brasileiro, que até o momento não havia se posicionado ou resguardado qualquer direito em relação a vítima Maria da Penha. Em setembro de 2002, logo após as denúncias feitas contra o governo brasileiro e os relatórios se tornarem públicos, foi que o agressor Marco Antônio Heredia foi preso.

⁴ Disponível em < <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-caso-maria-da-penha-na-oea/>. > Acesso em 20 de novembro de 2017.

⁵ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um dos órgãos do Sistema Interamericano responsáveis pela promoção e pela proteção dos direitos humanos. É constituída por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral, que exercem suas funções em caráter individual por um período de quatro anos, podendo ser reeleitos uma só vez.

A partir do ano de 1999 surgiram vários projetos de lei tratando da violência doméstica sob variados aspectos, definindo, por exemplo, a violência familiar, psicológica, e tipificando as condutas como crime, bem como determinando o afastamento do agressor da vítima, em caráter cautelar.

Entretanto, o primeiro projeto de Lei n.º 905/1999 que versava sobre a definição dos tipos de violência e da tipificação das condutas como crime, foi considerado inconstitucional, ao argumento de que feria o princípio do devido processo legal, já que se fazia necessário a existência de algumas peculiaridades processuais, como exemplo, a representação pela vítima para origem da ação penal. Posteriormente foi apresentado o projeto de Lei n.º 2.372/2000 que fazia alusão ao afastamento cautelar do agressor da vítima e/ou lar, que, de igual forma, foi vetado, ao argumento de que acrescentava a Lei do Divórcio um artigo que versava do abandono justificado do lar conjugal.

Já o projeto de Lei n.º 3.901 de 2000 que foi transmutado para a Lei n.º 10.455 de 2002, definiu a violência doméstica como competência dos Juizados Especiais Criminais, sendo possível a aplicação do afastamento cautelar do lar conjugal. Por fim, tem-se ainda o projeto de lei nº 6.760/2002 que buscava a alteração do artigo 129, do Código Penal Brasileiro (CPB), aplicando-se uma pena mais grave nos casos em que as lesões corporais fossem praticadas por cônjuge ou companheiro. Mas foi somente na data de 07 de agosto de 2006, após incessante luta judicial, que a Lei nº 11.340 foi promulgada, recebendo o nome de Lei Maria da Penha em homenagem a luta travada pela Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência física e psicológica por seu marido, durante anos.

A criação da mencionada Lei representa um dos mais importantes avanços, tanto na esfera legal quanto na esfera social, expressando de forma efetiva que a violência contra a mulher é uma questão que deve ser tratada com extrema seriedade, vez que, notoriamente, trata-se de uma problemática de preocupação mundial, sendo apurada, inclusive, como violação aos direitos humanos.

Assim entende Kofi Annam, ex Secretário Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) (1997-2006):

[...] A violência contra as mulheres causa enorme sofrimento, deixa marcas nas famílias, afetando várias gerações, e empobrece as comunidades. Impede que as mulheres realizem as suas potencialidades, limita o crescimento econômico e compromete o desenvolvimento. No que se refere à violência contra as mulheres, não há sociedades civilizadas.

Neste íterim, há de se reconhecer que a Lei Maria da Penha foi criada com o escopo basilar de efetivação dos direitos fundamentais e defesa dos direitos da mulher vítima de violência doméstica, em consonância com aquilo que já preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 266: “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”. Assim, a incorporação da Lei Maria da Penha ao ordenamento jurídico brasileiro permitiu a criação de dispositivos de prevenção, acolhimento e amparo às mulheres vítimas de violência doméstica, que, anteriormente, mantinham-se em silêncio diante das agressões sofridas, por não existir, efetivamente, a proteção de seus direitos individuais.

2.1 Finalidade da Lei Maria da Penha

A Lei Federal n.º 11.340 de 2006, a qual foi criada em acolhimento às determinações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é considerada como sendo o principal instrumento legal de combate à violência doméstica contra a mulher no Brasil, se caracteriza como sendo própria e singular, vez que, conforme tipificado em seus artigos, foi edificada especificamente para proteger, assegurar e conferir garantia aos direitos das mulheres vítimas de qualquer tipo de violência, no âmbito familiar, através de medidas de urgência e assistência. Vale ressaltar que sua característica central é a proteção em virtude do gênero, conforme disciplina o artigo 5º, da referida lei, *in verbis*:

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.

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

Vale frisar que quando a lei determina em seu dispositivo os tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher, engloba qualquer conduta de agressão, constrangimento e/ou coibição, motivada somente pelo fato de a vítima se tratar de

uma mulher, causando-lhe, conseqüentemente, danos na esfera física, sexual, moral, psicológica, patrimonial, conforme expressamente tipificado no artigo 7º da Lei 11.340 de 2006:

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

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

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

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

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; Violência Moral - a violência moral, entendida como qualquer conduta configure calúnia, difamação e injúria (BRASIL, 2006).

Faz-se oportuno acarear o entendimento dos doutrinadores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007, p.24), acerca da violência contra a mulher:

[...] qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meios de enganos, ameaças, coações ou qualquer outro meio, a qualquer mulher e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais.

A finalidade preponderante da referida lei é reprimir o preconceito e discriminação em razão do gênero, proporcionando, através de mecanismos que coíbem, previnem e erradicam a violência doméstica e familiar contra a mulher, proteção aos seus direitos fundamentais básicos. Para tanto, implementou-se regras e procedimentos específicos para investigar, apurar e julgar, tais condutas criminosas contra a mulher, as quais são perpetradas no âmbito doméstico, familiar ou em relações íntimas de afeto.

Assim, entende Junqueira e Fuller (2010, p. 666):

[...] não faria sentido aplicar os rigores da Lei n. 11.340/06 a qualquer caso e agressão contra a mulher, mas apenas aos que ocorram na esfera legal de presumida vulnerabilidade do sujeito passivo (ambiente doméstico, âmbito familiar ou relação íntima de afeto).

Faz-se oportuno evidenciar que quando se fala em violência, no contexto da Lei Maria da Penha, esta pode ser conceituada como sendo aquela advinda da ação ou omissão no âmbito de convívio permanente, havendo vínculo familiar, ou não, sendo abrangidas as relações por afinidade ou vontade expressa, bem como aquela decorrente de relação íntima de afeto, que dispensa, inclusive, a coabitação.

As políticas de prevenção surgem como meio de conscientizar e orientar as mulheres sobre como agir, no âmbito familiar e também social, garantido o respeito e proteção aos seus direitos individuais, os quais lhes são assegurados pela Constituição. Em síntese, reconhece que o Estado tem como dever a garantia da segurança da mulher tanto no seio familiar, quanto no meio social, através de instrumentos de intervenção e assistência nos ambientes em que estas convivem e se relacionam.

Logo, para que o Estado cumpra seu papel de defensor dos direitos e garantias constitucionalmente previstas, tem-se como pilar para a efetivação da Lei Maria da Penha, conforme descrito no artigo 8º da lei, delegacias especializadas, centros de referência, casa de abrigo, promoção de medidas socioeducativas concomitante a população, dentre outras medidas administrativas e judiciais que auxiliam no combate e prevenção à violência doméstica.

Destaca-se que o objeto da Lei Maria da Penha é tutelar a mulher, e o seu desígnio é tutelar e proteger os direitos desta, garantindo-lhes um tratamento igualitário, conforme previsto na Constituição Federal, tendo em vista sua vulnerabilidade histórica e social, em virtude de serem tratadas, forçadamente, e tão somente, por gênero.

3 DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro é marcado por conquistas e evoluções, principalmente no que se refere a igualdade entre homens e mulheres, vez que ao decorrer das construções sociais, nitidamente se vê que, anteriormente, as mulheres se encontravam em condição social de inferioridade em relação aos homens, sendo completamente submissas, recebendo tratamento diverso, não só no âmbito familiar, mas, principalmente, no meio social.

Inicialmente, os movimentos de direitos humanos, de igual forma, negligenciavam as questões voltadas para a proteção e garantia dos direitos das mulheres, sendo, somente no ano de 2000, por meio do Relatório de Direitos Humanos, o qual consta que a discriminação sofrida pela mulher interfere negativamente no crescimento social, bem como econômico, de todos os países do mundo, que a ONU reconheceu a relevância de se incentivar e promover a igualdade entre homens e mulheres.

O método jurídico existente e eficaz, suficientemente, para se efetivar a igualdade entre os gêneros, é a legislação, a qual é responsável por regulamentar as relações sociais, resguardando direitos individuais e coletivos, através da materialização e concretização das garantias fundamentais.

O direito da igualdade encontra-se previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República de 88, vejamos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

Nota-se que o referido princípio, além de ter como objetivo a limitação de atuação do legislador, prevê, de igual forma, o tratamento isonômico entre todos os cidadãos, sendo proibidas quaisquer diferenciações, exceto as que são valoradas pela Constituição da República.

Segundo Moraes (2002, p. 65) o princípio da igualdade compreende-se como sendo o dever de aplicar o direito ao caso concreto, ocorrendo, de fato, a aplicação das normas jurídicas sem quaisquer distinções. Veja-se:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder

Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social (*op. cit.*, p.65).

Logo, faz-se latente que o sexo não pode ser instrumento de discriminação, já que constitucionalmente existe igualdade entre homens e mulheres, entretanto, pode e deve ser utilizado com escopo de diminuir os desníveis existentes socialmente, economicamente, culturalmente e juridicamente.

Nesta senda, vale evidenciar que quando se fala em direitos e obrigações dos homens e mulheres, especificamente, no âmbito das relações entre eles, tem-se como um dos principais objetos a serem tutelados, a família, que recebe importante proteção estatal quando se trata da violência praticada no seio familiar:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado. § 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 (BRASIL, 1988).

O dispositivo acima colacionado, simboliza e solidifica a tutela constitucional às famílias, com intuito de erradicação da violência doméstica no seio familiar, considerando como vítima, não só a mulher, que, realmente é a maior destas, mas também crianças, homens, jovens, idosos, sendo sua coibição, tratada como responsabilidade pública.

Desta feita, pode-se concluir que a legislação deve conter apenas alteridades legítimas, de forma que impere sempre a defesa daqueles que, por algum motivo, necessitam de especial tratamento, sendo dever que as restantes diferenciações sejam suprimidas, vez que representam desigualdade e constituem discriminação.

3.1 Distinção entre igualdade material e formal

Seguindo a esteira da construção do conceito de isonomia propagado pela Constituição da República de 1988, é necessário, através de uma análise do princípio da igualdade sob seu aspecto formal e material, verificar sua real efetivação no que tange a correção das desigualdades existentes entre as pessoas,

identificando como, de fato, atua o referido princípio, quando se trata da tutela e proteção individual de cada um.

Neste íterim, tem-se a igualdade sob aspecto formal, a qual se caracteriza como sendo o tratamento equilibrado concedido através da lei a cada indivíduo, objetivando, independentemente de raça, cor, sexo ou etnia, a sujeição de todos, de forma geral e desconcentrada, aos mandamentos da legislação.

Prux (2010, p.03) define a igualdade formal como sendo, basicamente, “todos são iguais perante a lei”, de forma geral, dirigida a todos indistintamente. Logo, sob tal aspecto, é desconsiderada qualquer desigualdade, bem como eliminadas todas as peculiaridades individuais ou coletivas, não garantido, efetivamente, o direito e proteção de forma justa e equitativa, vez que apenas tem caráter equidioso, apenas no plano jurídico formal.

Noutro giro, tem-se o princípio da igualdade sob seu aspecto material, que tem como tenção nivelar todos os indivíduos, ou seja, tratar aqueles que se encontram em situações de desigualdades, de forma justa, na medida de sua desigualdade, independentemente de raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, orientação sexual, convicções políticas e religiosas.

Silva (2003, p. 36) sintetiza a igualdade material como sendo aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida. Assim, têm-se um tratamento uniforme, o qual busca a efetivação da igualdade em consonância com a realidade de cada caso em concreto.

Levando-se em conta a diversidade da população brasileira, sabe-se que quando todos os indivíduos são submetidos as mesmas leis, as quais são abstratas em seu plano jurídico, impera-se as desigualdades, vez que no plano real há inúmeras especificidades, que não são levadas em conta, quando analisadas sob o aspecto formal.

Neste seguimento, é necessário que o legislador, ao aplicar uma lei, considere as peculiaridades existentes na sociedade, aplicando, com base nas reais distinções entre os indivíduos, de forma justa, de modo que ressalte as diferenças, fazendo com que sejam instrumento de criação de igualdade entre todos.

Para Lenza (2010, p.679):

O art. 5º, *caput*, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas,

principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Vale destacar, ainda, o entendimento de Silva (2003, p.42) acerca do aspecto material do princípio da igualdade:

Igualdade material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regras iguais e, por isso não devem ser regulados desigualmente. A questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre os característicos a serem considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre os característicos que devem ser considerados como não-essenciais e não devem ser feitos base de uma diferenciação.

Denota-se que na coletividade há grupos que são, historicamente, mais vulneráveis que os outros, os quais demandam especial proteção e tratamento isolado, tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do direito, os quais devem levar em conta as características específicas destes, visando sempre a ascensão da igualdade. Logo, resta completamente paradoxo a ideia de que todos devem ser tratados, juridicamente, como congêneres, vez que notadamente há diferenças já estabelecidas socialmente, que não permitem a aplicação puramente formal das leis.

A Constituição da República de 1998, quando trata dos direitos individuais, enfatiza que todos são iguais perante a lei, sem quaisquer diferenciações, conciliando, desta forma, a igualdade formal e material, através da concessão de direitos essenciais aos grupos e indivíduos historicamente desiguais, *in verbis*:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...].

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

[...].

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; [...](BRASIL, 1988).

Logo, resta manifesto que a Constituição, em alguns de seus dispositivos, tem como intento, através das ramificações em que o princípio da igualdade encontra respaldo, quais sejam, em sua forma material ou formal, efetivar as normas existentes no plano jurídico constitucional no plano fático, de modo que se elimine, de fato, as desigualdades.

3.2 Da validade da Lei Maria da Penha

Levando-se em conta a finalidade da Lei Maria Penha, entende-se que se faz possível questionar sua constitucionalidade ou não, tendo em vista o princípio da igualdade, o qual propaga que a lei deve ser aplicada de forma igual a todos, sem quaisquer distinções.

Ocorre que, a mencionada visão acerca da aplicabilidade das normas legais, é puramente formal, devendo-se considerar a outra interpretação, qual seja, a material, conforme já narrada outrora, que tem como objetivo efetivar a igualdade com base nos aspectos presentes no plano real de cada caso, levando-se em consideração as desigualdades, as quais são determinantes na escolha do tratamento que melhor promove a legítima justiça social.

Neste norte, resta claro que se faz indispensável a aplicação da igualdade material no tocante as mulheres, sendo, desta forma, fundamento jurídico para a criação e aplicabilidade da Lei n.º 11.340 de 2006, já que é factual a desigualdade existente entre os gêneros feminino e masculino.

Cônsono dito anteriormente, em razão do histórico de agressões sofridas por mulheres no âmbito familiar, por serem vistas como inferiores aos homens perante a sociedade, conceito construído culturalmente, é que surgiu a Lei Maria da Penha, justamente para suprir a omissão legislativa em tutelar e proteger os direitos das vítimas.

Logo, não há que se falar em violação ao princípio constitucional da igualdade, vez que a referida lei trata-se, na realidade, de uma ação afirmativa, que tem como propósito reduzir as injustiças sofridas pelas mulheres, as quais têm seus direitos violados, em razão de conceitos e preconceitos historicamente construídos.

Apreende Moraes (2006, p. 35) acerca do questionamento da inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha:

O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pelo constituinte de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada. O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas. (...) daí o legislador prever, como no caso, regra específica de competência, para corrigir um defeito histórico de opressão do homem sobre a mulher.

Portanto, tem-se que o princípio da isonomia não pode ser interpretado de forma absoluta, devendo ser visto sob o ângulo tanto formal quanto material, para que, de fato, quando haja necessidade, se aplique um tratamento diferenciado aos desiguais.

Assim, considerando que parte da doutrina se posiciona a favor da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, e outra parte manifesta-se pela inconstitucionalidade, foi que o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)⁶ n.º 19, encerrou tal problemática, declarando a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha, os quais tratam da discriminação positiva e igualdade material, da competência cível e criminal em julgar os casos de violência doméstica no âmbito familiar, e da não aplicabilidade da Lei nº 9099/95⁷ nos casos de violência contra a mulher, ou seja o processo de julgamento e execução não será feito nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, respectivamente, veja-se:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados

⁶ Entre as maneiras de se promover o controle concentrado de constitucionalidade, destacam-se, para as finalidades deste texto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). A ADI tem como objetivo declarar em abstrato a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, enquanto a ADC tem como objetivo declarar em abstrato a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, da Constituição Federal do Brasil). A ADI também é utilizada com o objetivo de que se confira à lei ou ao ato normativo federal ou estadual determinada interpretação “conforme à Constituição”, mecanismo hermenêutico utilizado por magistrados no Brasil, a partir do qual se confere à norma em questão uma interpretação que coaduna com os dispositivos constitucionais. A legitimidade para propor tais ações é restrita. No caso da ADI e da ADC, são competentes para propor a ação: a) o Presidente da República; b) a mesa do Senado Federal; c) a Mesa da Câmara dos Deputados; d) a Mesa da Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) o Governador do Estado e do Distrito Federal; f) o Procurador Geral da República; g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; h) partido político com representação no Congresso Nacional; i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁷ Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

(...)

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

(...)

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 2012).

Na ocasião em que ocorreu o julgamento da ADC 19, o Ministro Relator Aurélio, em seu voto, afirmou que a mulher, por certo, encontra-se em situação de vulnerabilidade, em razão das agressões físicas, morais e psicológicas que ocorrem no âmbito familiar, considerando a Lei Maria da Penha como o maior instrumento de proteção aos direitos individuais das vítimas, vez que representa o afastamento da invisibilidade e o silêncio das mulheres que sofrem com a violência doméstica, promovendo, ainda, a justiça e paz social (BRASIL, 2012).

À vista disso, o Ministro Relator Marco Aurélio julgou constitucional os artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340, de 2006, bem como os demais Ministros, em julgamento, entenderam, por unanimidade, pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha, reconhecendo, desta forma, que os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades, com base no princípio da igualdade em seu aspecto material.

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4424, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), a qual impugnava a constitucionalidade dos artigos 12, inciso I, 16, e 41 da Lei Maria da Penha, foi julgada, por maioria dos votos, procedente, reconhecendo então que não se aplica a Lei n.º 9.099/1995, dos Juizados Especiais, ao crime prevista na Lei n.º 11.340 de 2006, bem como de que os crime de lesão corporal cometido contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, ainda que de caráter leve, opera-se mediante ação pública incondicionada.

O Relator Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI 4424, fundamentou sua defesa nos princípios constitucionais, bem como nas convenções internacionais que versam sobre o tema, quais sejam Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção

Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, defendendo, ainda, que o fato de se tornar a ação incondicionada, não faz com que o Estado retire a autonomia da mulher, ao contrário representa um meio eficaz de proteção, vez que “deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão do início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas e a assimetria de poder decorrente de condições histórico-culturais”. Isto, conforme o Ministro, representa a prorrogação da violência do âmbito familiar e real ofensa à dignidade humana.

Reitera, ainda, em sua decisão, que não se pode analisar a Lei Maria da Penha de forma dissociada da Constituição Federal, bem como os tratados internacionais, os quais autorizam as discriminações positivas, que buscam compensar as desigualdades existentes nos grupos desfavorecidos de forma justa, tutelando direitos legalmente previstos.

Posto isto, os dois julgados acima apresentados tratam de pontos de extrema importância no que tange a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, vez que reconhecer a constitucionalidade da lei, é também se efetivar o que encontra-se disposto na própria Constituição Federal, vez que tem como intento proteger a família, já que “a prática da violência doméstica acarreta, via de regra, consequências danosas em toda instituição familiar”, representando, desta forma, violação da dignidade da pessoa humana. A Lei n.º 11.340 de 2006 seria, portanto, uma forma de assegurar proteção a cada um dos indivíduos, no âmbito doméstico e familiar (BRASIL, Apelação Criminal 2009.025378-7, 2009).

3.3 Da efetividade da Lei Maria da Penha na atualidade

A criação da Lei n.º 11.340 de 2006, sem sombra de dúvidas, representa uma das mais importantes conquistas no cenário jurídico-constitucional, vez que comprovadamente é um grande avanço para o Brasil, atuando como um dos maiores marcos históricos referente a proteção legal outorgada às mulheres.

Entretanto, a remoção significativa da violência doméstica no país, ainda é vista como um dos maiores desafios, conforme resultado da pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)⁸, a qual qualificou a efetividade da

⁸Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

Lei Maria da Penha, sancionada no ano de 2006.

Os dados utilizados para essa análise referem-se às agressões letais no Brasil e foram acessados por meio do Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde. Os registros do SIM são contabilizados com base nas informações das declarações de óbitos fornecidas pelos Institutos Médicos Legais (IMLs) às secretarias de saúde e seguem a décima edição da Classificação Internacional de Doenças (CID). Foram considerados homicídios os registros cujas causas básicas de morte incluem os códigos dos seguintes intervalos: X85 a X99 e Y00 a Y05.

Além da causa básica do óbito, foram utilizadas as variáveis referentes ao sexo do indivíduo e a data do registro, bem como o município de ocorrência, a fim de se avaliar a evolução espaço-temporal dos incidentes. Adicionalmente, segregamos os casos de homicídio que aconteceram dentro das residências. Para tanto, utilizamos o terceiro algarismo da CID-10, que nas causas externas se refere ao tipo de local do incidente.⁹ Todas as variáveis foram consideradas sob a forma de taxas por 100 mil habitantes, em que a população estimada foi também extraída do SIM, no Departamento de Análise de Situação de Saúde (Dasis), da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), do Ministério da Saúde.

A análise dos homicídios dentro das residências é importante, pois, segundo as evidências internacionais e nacionais, em mais de 90% dos casos, os perpetradores são conhecidos familiares da vítima (Cerqueira, 2014), configurando situações de conflito interpessoais e que tendem a se aproximar mais dos eventos associados às questões de gênero.

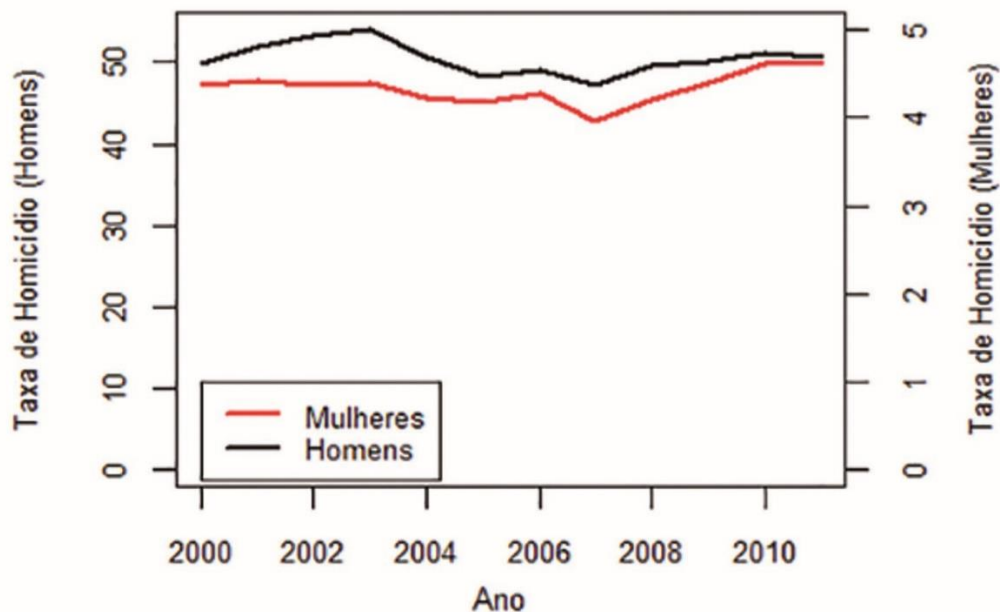
Considerou-se também as variáveis referentes aos suicídios e aqueles causados especificamente por armas de fogo,¹⁰ bem como os óbitos ocasionados por envenenamento pela ingestão de álcool. Essas variáveis se prestaram à construção de duas *proxies* para controlar a prevalência de armas de fogo e de uso de bebidas alcoólicas nas localidades, que poderiam afetar de maneira diferenciada os homicídios entre homens e mulheres.

⁹ Em nossas análises, percebemos que essa variável construída para local do incidente se difere substancialmente da variável local do óbito, que em boa medida acontece em vias públicas ou hospitais.

¹⁰ A *proxy* para a prevalência de armas de fogo nas localidades mais reconhecida internacionalmente é a proporção de suicídios por arma de fogo em relação ao total de suicídios, conforme apontado em Cerqueira e Coelho (2013).

A evolução da taxa de homicídios para o Brasil no período entre 2000 e 2011 é apresentada nos gráficos 1 e 2, considerando todos os homicídios e apenas homicídios em residência, respectivamente. No gráfico 1, é possível observar que a taxa de homicídios de mulheres está entre 4 e 5 (por 100 mil mulheres) nos doze anos considerados, enquanto para os homens essa taxa chega a mais de 50 (por 100 mil homens) no início da década (anos 2001, 2002 e 2003), voltando a superar esse valor em 2010.

GRÁFICO 1 Taxa de homicídio – Brasil (2000-2011) (Por 100 mil habitantes)

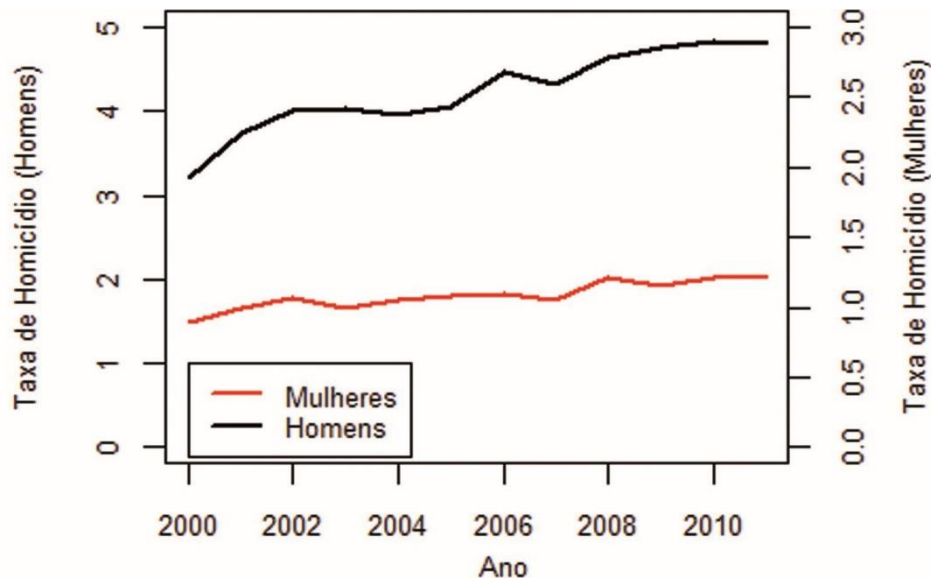


Fonte: Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) - Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia do IPEA (2015)

Embora os intervalos de valores de homicídios para homens e mulheres tenham escalas bastante distintas, o interesse é observar como esses evoluíram, comparativamente, ao longo da década. Nos dois gráficos, logo após 2006, observa-se uma queda na taxa de homicídios tanto de homens como de mulheres. A partir de 2007, há um aumento nesses indicadores, até a aparente estabilidade entre 2010 e 2011. Comparando-se as curvas do gráfico 1, o maior aumento, a partir de 2007, se refere à taxa de vitimização feminina. Entretanto, ao se observar apenas os homicídios dentro da residência, cujos incidentes se aproximam mais do fenômeno

da violência doméstica, percebe-se, claramente, um aumento na diferença entre as taxas de homens e mulheres após 2006 (gráfico 2).

GRÁFICO 2 - Taxa de homicídios ocorridos em residência – Brasil (2000-2011) (Por 100 mil habitantes)



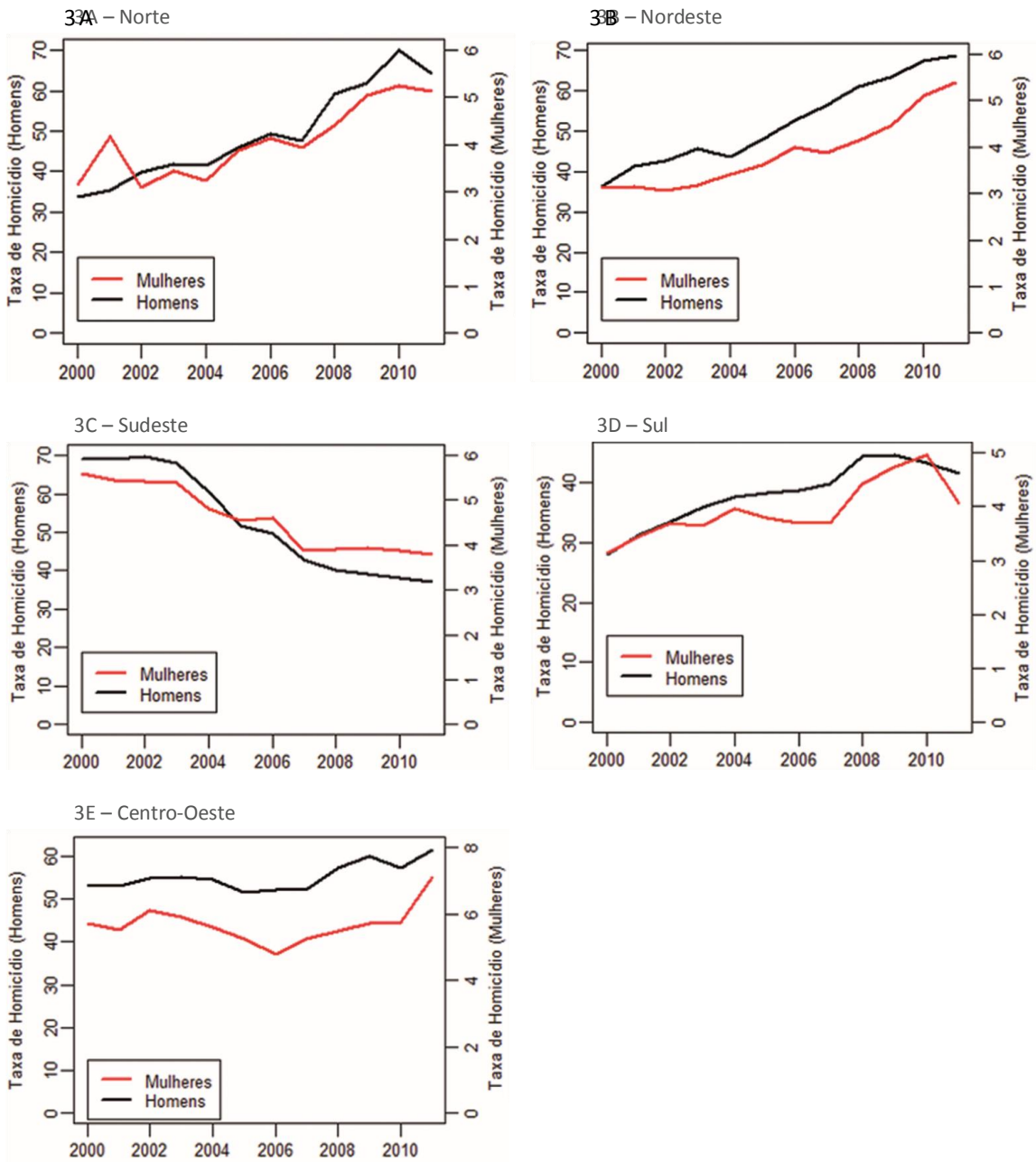
Fonte: Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) - Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia do IPEA (2015)

Em alguma medida, poder-se-ia imaginar que a LMP não surtiu efeitos significativos para fazer reduzir a taxa de homicídios de mulheres no Brasil.¹¹ No entanto, essa série com dados agregados para o Brasil é insuficiente para sustentar tal afirmação, sobretudo em vista das especificidades regionais e diferenças socioeconômicas que existem num país com dimensões continentais.

De fato, ao desagregar a informação por Grandes Regiões, se percebem diferenças notáveis, conforme evidenciam os gráficos 3 e 4. No gráfico 3, destaca-se uma queda acentuada nas taxas de homicídio, tanto de homens como de mulheres, na região Sudeste a partir de 2003, enquanto no Nordeste, por exemplo, a série apresenta tendência crescente ao longo de todo o período. Neste mesmo gráfico, se pode notar leve aumento da diferença na taxa de homicídio entre homens e mulheres, por volta de 2006, nas regiões Norte, Centro-Oeste e Nordeste.

¹¹ Ainda que o gráfico 2 sugira um leve aumento da diferença de homicídios entre homens e mulheres após 2006.

GRÁFICO 3 Taxas de homicídio no Brasil – Grandes Regiões (2000-2011)
(Por 100 mil habitantes)



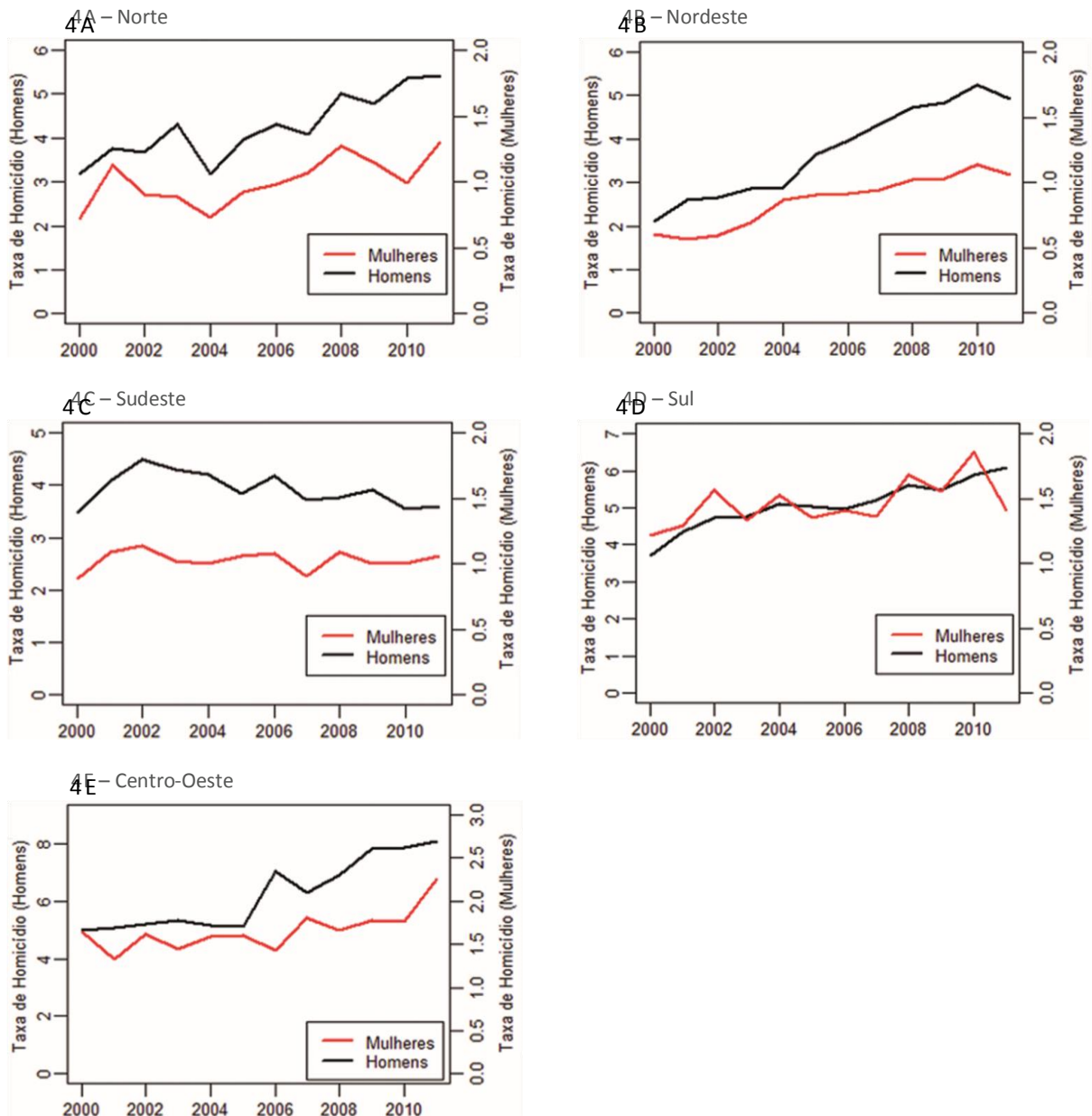
Fonte: SIM.
 Elaboração: Diest/Ipea.

Fonte: Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) - Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia do IPEA (2015)

No gráfico 4, onde serão analisadas as taxas de homicídio que ocorreram dentro das residências, se percebe nitidamente o aumento na diferença de

homicídios entre homens e mulheres a partir de 2006, sobretudo no Nordeste e Centro-Oeste.

GRÁFICO 4 Taxas de homicídios em residência no Brasil – Grandes Regiões (2000-2011)
(Por 100 mil habitantes)



Fo

Fonte: Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) - Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia do IPEA (2015)

Essa dinâmica diferenciada no movimento das taxas de homicídio entre homens e mulheres em diferentes localidades no Brasil,¹² no período considerado, justifica uma avaliação mais criteriosa, que inclua o efeito das especificidades regionais na análise, bem como controles temporais, que poderiam influenciar no efeito da LMP.

Isto posto, verifica-se que a referida lei desempenhou função de extrema relevância em diminuir a violência de gênero, mesmo considerando o fato de que sua efetividade não ocorreu de forma estável em todo o território brasileiro, levando-se em conta que para existir eficácia plena da norma, faz-se indispensável a institucionalização de variados serviços de proteção às vítimas em todas as localidades no país, o que se mostra, em determinados lugares, inviável, revelando, desta forma, a disparidade em relação a efetividade.

Assim, mesmo que a legislação tenha criado mecanismos para assegurar proteção e assistência às vítimas, tem-se que em algumas regiões do Brasil, não ocorreu qualquer criação de serviços especializados, como delegacias de atendimento à mulher, casas de abrigo, dentre outros, o que, conseqüentemente, não representa quaisquer mudanças e eficácia em proteger às vítimas de violência doméstica.

Não obstante aos resultados negativos em algumas localidades, o IPEA concluiu que a criação da Lei Maria da Penha influenciou positivamente o comportamento tanto do agressor quanto da vítima, vez que, através de um sistema de atendimento melhor aperfeiçoado, criou mecanismos judiciais para atender de forma efetiva os casos de violência doméstica no Brasil, protegendo a integridade física, psicológica, moral e patrimonial da mulher, não apenas em caráter coercitivo, mas também preventivo.

Desta forma, a pesquisa testifica que, de fato, a Lei Maria da Penha representa a mais importante conquista de proteção à mulher, demonstrando, de igual forma, que ainda existe uma longa trajetória a se percorrer para que a referida legislação tenha plena eficácia em tutelar direitos individuais, resguardando a base estatal que é a família, bem como protegendo a mulher das mazelas do Estado no que se refere o tratamento igualitário e a efetivação das medidas protetivas constantes na referida lei.

¹² No apêndice, apontamos os gráficos com as evoluções das taxas de homicídio dentro da residência para todas as Unidades da Federação.

3.4 Das ações afirmativas

Inicialmente, é necessário salientar que, ao logo das mudanças e evoluções sociais, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, foi possível o reconhecimento da existência de grupos e indivíduos desfavorecidos historicamente e, conseqüentemente, inferiorizados socialmente, os quais levaram a constatação de que, para se efetivar a igualdade, não seria possível o tratamento legal abstrato a todos, sem que existisse quaisquer exceções.

Neste diapasão, é que surgem as chamadas ações afirmativas, as quais são conceituadas brilhantemente por Barbosa (2001, p. 167), da seguinte forma:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. [...], as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo.

Vê-se, explicitamente, conforme conceito acima colacionado, que as ações afirmativas se caracterizam como sendo políticas públicas constitucionais criadas pelo governo ou iniciativa privada com o fito de reparar desigualdades e erradicar discriminações existentes no meio social, cumuladas historicamente, ao longo do tempo, através da disponibilização de igual oportunidade a todos os indivíduos, sem qualquer tipo de exclusão ou distinção.

Não obstante ao questionamento de que as ações afirmativas contradizem totalmente o princípio da igualdade tipificado na Constituição, estas são, efetivamente, reconhecidas como instrumentos de real igualdade, vez que almejam a redução de disparidades existentes entre os grupos e indivíduos historicamente desfavorecidos.

No Brasil, nota-se que as ações afirmativas têm como sustentáculo, além do princípio da dignidade da pessoa humana, a equidade proferida na Constituição Federal, qual seja, tratar os desiguais de forma desigual, através da concessão de estímulos na aquisição de direitos que historicamente não foram assegurados e tutelados.

Há que se evidenciar que, embora todos os indivíduos nasçam iguais, a própria esfera social proporciona diferenciações quanto a forma de tratamento à determinados grupos e indivíduos, o que acaba sendo ratificado pelas leis e costumes que enfatizam, ao longo do tempo, o tratamento cada vez mais desigual, criando barreiras para os grupos inferiorizados serem inseridos de forma justa na sociedade, tendo seus direitos tutelados e respeitados de igual forma, sem que ocorre discriminação.

Logo, em suma, a característica substancial das ações afirmativas é a prevenção e repressão a discriminação, através da concretização da igualdade material entre todos, destinando-se, especificamente, e tão somente, aos grupos excluídos, quais sejam, negros, mulheres, homoafetivos, indígenas, dentre outros, com o objetivo de resguardar e proteger seus direitos individuais constitucionalmente concedidos.

Neste seguimento, criou-se dispositivos legais específicos de proteção a mulher, que surgem como um modelo de ação afirmativa, vez que apresentam como finalidade basilar a eliminação de situações de desigualdades existentes em virtude do gênero. Assim é que surge a Lei Maria da Penha, que possui como objetivo fundamental a prevenção, punição e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, especificamente, conforme já evidenciado anteriormente.

O Estado invocou, através das ações afirmativas previstas na Lei Maria da Penha, a paridade entre homens e mulheres, promovendo a igualdade entre os gêneros, através de medidas limitadas à proteção da mulher que é vítima de violência doméstica e familiar, levando-se em conta sua vulnerabilidade.

Logo, tem-se que a ocorrência da violência doméstica nas famílias brasileiras representa enorme retrocesso a efetiva busca e promoção da igualdade entre os gêneros, sendo, de fato, completamente escusável a adesão de uma legislação específica, de cunho afirmativo, que busque combater a prática da violência no âmbito familiar, tornando reais as transformações necessárias nos cenários marcados por desigualdade, como no caso da mulher que, socialmente, se encontra inferiorizada em relação aos homens.

Desta feita, verifica-se que as ações afirmativas, de fato, não ferem os mandamentos constitucionais, ao contrário, a Constituição Federal de 1998 é consentânea em possibilitar a criação das ações afirmativas, bem como ao exigir do poder público a sua legitimação.

4 DA POSSIBILIDADE DA PROTEÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AOS HOMENS

Inicialmente, é válido salientar que a Lei n.º 11.343 de 2006 não foi criada com o objetivo de coibir a violência doméstica em que figure como polo passivo qualquer pessoa, independentemente de seu sexo, mas sim, conforme já evidenciado anteriormente, foi criada com a finalidade de proteger, tão somente, a mulher vítima de violência no âmbito familiar, ao argumento de que, em matéria de gênero, se encontra em desigualdade em relação ao homem.

Assim, por expressa disposição legal, a Lei Maria da Penha não pode ser aplicada para casos de violência contra homens, já que o âmbito de proteção da lei é a mulher. No entanto, a norma não distingue a opção sexual, podendo, portanto, ser empregada normalmente em caso de uma mulher agredida por sua companheira. Porém, conforme será visto a seguir, a lei já vem sendo aplicada no caso de violência contra transexuais que se identificam como mulheres em sua identidade de gênero.

Diante disso, é necessário questionar se ao limitar a aplicação da Lei Maria da Penha somente às mulheres, o legislador, não se preocupou com as agressões físicas e psicológicas sofridas pelos homens que, em uma relação homoafetiva, podem figurar como a parte mais vulnerável na relação, independentemente de suas características físicas, do preconceito e discriminação em razão do seu sexo, sendo estes os motivos que definem a mulher como parte vulnerável na relação.

Importante, desta forma, é discorrer acerca da aplicabilidade da Lei n.º 11.340 de 2006, Lei Maria da Penha, ante às novas configurações familiares.

4.1 Da evolução do conceito de família

Há que se ressaltar, inicialmente, que o conceito de família se encontra em constante transformação, vez que a sociedade se desenvolve conforme os momentos históricos pelos quais passam o homem que, constantemente, evolui e se transforma. Entretanto, o padrão de família reconhecido socialmente como normal, caracteriza-se como sendo a entidade familiar composta pela união entre um homem e uma mulher, que geram prole.

Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 02) entende que família “é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar”, ou ainda, de forma mais limitada, “compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder”.

Lado outro, é o entendimento de Diniz (2008, p. 23-24) que diz que a família depreende-se como sendo “todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo de consanguinidade ou de afinidade, chegando a incluir estranhos”.

Já a Constituição, após a ocorrência de algumas mudanças legais, as quais nasceram acompanhando as transmutações sociais, define o instituto família como sendo a base da sociedade, que enseja especial proteção estatal com base no princípio da dignidade da pessoa humana que norteia todas as relações existentes na sociedade:

Art. 226 - A família, **base da sociedade**, tem especial proteção do Estado.
 § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
 § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
 § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
 § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
 § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
 § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
 § 7º Fundado nos princípios da **dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
 § 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. (Grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Advém que o formato de família conhecido como o ideal, na atualidade, não se faz mais real, levando-se em conta o novo conceito de família, o qual encontra-se firmado pelos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana, reconhecendo como entidade familiar as relações constituídas por dois homens ou duas mulheres. Entretanto, mesmo que tais mudanças já tenham, de fato, ocorrido, o ordenamento jurídico ainda não se encontra preparado por completo para tutelar e resguardar direitos individuais originários destas novas relações já reconhecidas.

Com efeito, manifesta-se que as instituições familiares na contemporaneidade são caracterizadas unicamente pelo convívio estável instituído por laços amorosos entre indivíduos do mesmo sexo ou não, os quais edificam um lar, onde,

independentemente dos sexos dos pares que o compõem, suscita direitos individuais que merecem respaldo e tutela jurídica.

Assim, diante da inércia do legislador em emoldurar as uniões homoafetivas como entidades familiares, faz-se necessário, conforme dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹³, que se utilize a analogia dos princípios basilares do direito, com os costumes e modificações temporárias sociais, para que se amolde as leis consoante as necessidades que surgem ao logo do tempo, adotando, desta forma, uma posição progressista e democrática.

Nesta esfera, tem-se que não há como negar que o direito civil brasileiro, em especial, o direito de família, sofreu profundas alterações com a vigência da Constituição de 1988, vez que superou o modelo tradicional de família, abrindo espaço para novos modelos de famílias, sendo elas formadas, inclusive, por casais homoafetivos.

Nota-se que na atualidade o conceito de família está atrelado tão somente aos vínculos afetivos criados por indivíduos, não havendo mais exclusão daqueles que possuem laço sentimental com pessoas do mesmo sexo. Assim, os casais homoafetivos, bem como as entidades familiares formadas por casais heterossexuais possuem como característica única, a relação baseada no afeto entre seus membros, constituindo, desta forma, uma família, a qual deve ser protegida e resguarda legalmente, sem quaisquer distinção

Cumprir destacar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva no ordenamento pátrio, quando do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4277 e da Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, oportunidade em que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, em observância ao princípio da afetividade e o direito à igualdade.

Na contemporaneidade, as instituições familiares são caracterizadas principalmente pelo convívio estável, instituído por laços amorosos, os quais edificam um lar, onde, independentemente dos sexos dos pares que a compõem, suscita direitos individuais que merecem respaldo e tutela jurídica. Diante da inércia do legislador em emoldurar as uniões homoafetivas como entidades familiares, faz-se necessário, conforme dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do

¹³ Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto Lei 4657/42 - Artigo 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Direito Brasileiro, que se utilize a analogia dos princípios basilares do direito com os costumes e modificações temporárias sociais, para que se amolde as leis já existentes às atuais mudanças que surgem ao logo do tempo, adotando, desta forma, uma posição progressista e democrática no momento da aplicação normativa.

4.2 Aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos homens em relações homoafetivas

O princípio da igualdade, que se encontra tipificado no artigo 5º, da Constituição, prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o que se faz presumir que a função primordial do direito é proteger e resguardar a todos, sem quaisquer distinção, inclusive, as vítimas de violência no âmbito doméstico e familiar do sexo masculino.

Agra (2002, p.152) entende como sendo a finalidade do princípio da igualdade, o tratamento idêntico, sem quaisquer diferenciações ou desigualdades, veja-se:

[...] o princípio da igualdade tem como escopo a garantia e segurança de que todos fazem jus a tratamento idêntico, sem quaisquer diferenciação e desigualdade. A garantia de igualdade entre os homens e mulheres também abrange os homossexuais, tanto os masculinos quanto os femininos, os bissexuais e os transexuais. A Constituição, ao garantir a intimidade e ao proibir a discriminação, protegeu a livre opção sexual, impedindo qualquer tipo de preconceito.

De igual forma, em relação a proteção do direito a igualdade, doutrina Moraes (2010, p. 36):

[...] todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo Ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...].

Neste seguimento, a Lei Maria da Penha torna-se o mais importante instrumento de prevenção, sanção e eliminação da violência doméstica e familiar, destinada à proteção de qualquer pessoa que esteja envolvida em uma de relação de afeto, em que no âmbito familiar e doméstico, se encontra em situação de vulnerabilidade perante seu companheiro, sem estereotipar ou delimitar sua

vulnerabilidade em razão do gênero, mas levando-se apenas em conta a proteção efetiva de seus direitos.

No mesmo sentido é a lição de Gomes (2009, p.1):

[...] parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da Lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicados 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 e do seu poder cautelar geral, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito [...]

A aplicação justa da Lei nº 11.340 de 2006 só se concretiza quando, para se preservar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, se aplica uma interpretação *in bonam partem*, ou seja, em favor da vítima, que pode ser qualquer indivíduo que sofra violência em um relacionamento íntimo de afeto, no contexto familiar e doméstico.

É o entendimento de Dias (2010, p. 58):

[...] Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência [...]

Segundo Dias (2012, p. 37), ainda que a Lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros, invocando, desta forma, o princípio da igualdade e a proibição de discriminação, constitucionalmente consagrados.

Logo, faz jus a tutela do judiciário, o homem que figura como polo passivo em uma relação afetiva e que demonstra vulnerabilidade em relação ao seu companheiro e, que no lugar de valer-se de violência, busca tutela judicial para resolver a situação de violência no âmbito familiar.

Vale citar um julgado recente do Juiz Mário Roberto Kono de Oliveira¹⁴, do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, o qual, aplicando por analogia a Lei Maria da Penha, deferiu medidas protetivas a um homem que estava sendo vítima de violência doméstica por parte de sua ex-companheira, sofrendo agressões físicas, psicológicas e financeiras:

HABEAS CÔRPUS. MEDIDAS PROTETIVAS, COM BASE NA LEI Nº. 11.340/2006, A CHAMADA LEI MARIA DA PENHA, EM FAVOR DO COMPANHEIRO DA PACIENTE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ANALOGIA IN BONAM PARTEM. AFASTAMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PEDIDOS DENEGADOS, SEJA PORQUE OS ATOS DA PACIENTE SÃO REPROVÁVEIS, POIS QUE CONTRÁRIOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO, SEJA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. Louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre Advogado que teve o necessário discernimento para buscar na Lei Maria da Penha, arrimado no princípio da ANALOGIA, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida Lei não 2ª TURMA RECURSAL "HABEAS CORPUS" Nº 6313/2008 CLASSE I - 1 - JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL UNIFICADO DA CAPITAL Fl. 2 de 8 TRJEMT Fls ----- poderia ser invocada para proteger o homem, haja vista que esta Norma veio e em boa hora, para a proteção da mulher; louve-se, por fim, o diligente e probo Magistrado que ousou desafiar a Lei. Com sua atitude, o Magistrado apontado como Autoridade Coatora, não só pôs fim às agruras do ex companheiro da paciente, como, de resto e reflexamente, acabou por aplicar a Lei em favor da mesma. O raciocínio tem sua lógica, levando-se em conta que, em um dado momento, cansado das investidas, o autor da representação poderia revidar e, em assim agindo, poderia colocar em risco a incolumidade física da paciente. Da análise de todo o processado, não vislumbrei possibilidade de atender aos reclamos dos Impetrantes, em favor da paciente, seja para afastar as medidas protetivas em favor do seu ex-companheiro, (afinal as atitudes da beneficiária do HC são reprováveis, posto que contra o ordenamento jurídico); seja para determinar o trancamento da ação penal. (lembremos que ao tempo da impetração não havia ação penal instaurada e mesmo que houvesse, não foi demonstrada a justa causa para tal) (BRASIL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso, 2008).

O autor da ação acima referida juntou documentos nos autos que comprovavam o registro de vários boletins de ocorrência, pedido de exame de corpo de delito, bem como diversos e-mails difamatórios e intimidatórios enviados, o que levou o Juiz Mário Roberto a aplicação da Lei 11.340/2006, tendo em vista a inexistência de lei similar a ser aplicada nos casos em que o homem é vítima de violência doméstica.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Penal. Processo nº. 1074/2008. Juizado Especial Criminal Unificado, TJMT. Querelante: Celso Bordegatto. Querelado: Márcia Cristina Ferreira Dias. Juiz Mário Roberto Kono de Oliveira. Decisão em 14/10/2008. Disponível em <<http://www.tjmt.jus.br>>. Acesso em 05 set. 2009.

O Juiz Mário Roberto ressaltou em sua decisão que “é sim, ato de sensatez, já que não procura o homem se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança, e compete à Justiça fazer o seu papel e não medir esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social”. Finalizou dizendo “já foi obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos, que chegaram a atentar contra a vida de seu ex-companheiro, por simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso”.

As medidas protetivas da Lei Maria da Penha têm como escopo maior, a proteção da vítima de violência em seu âmbito doméstico, familiar e/ou de relacionamento íntimo de afeto, mesmo nos casos em que as vítimas não sejam do sexo feminino, desde que comprovadas as circunstâncias previstas no tipo penal. Os Tribunais têm, acertadamente, aplicando por analogia a Lei Maria da Penha, vejamos:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RELAÇÃO MATERNO-FILIAL. MÃE E FILHO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA QUANDO A VÍTIMA FOR DO SEXO MASCULINO. A APLICAÇÃO DA ANALOGIA NÃO IMPLICA ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA. A VARA ESPECIALIZADA EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER PRESSUPÕE QUE A VÍTIMA SEJA DO SEXO FEMININO. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. A Lei nº 11.340/06 deve ser tratada como uma lei de gênero, que se destina a proteger a mulher, em face de sua fragilidade dentro de um contexto histórico, social e cultural. Neste caso, entendeu-se que as mulheres são seres que merecem atenção especial, dado o contexto de violência e submissão que frequentemente se encontram inseridas. Verifica-se perfeitamente possível estender as medidas protetivas, de caráter não penal, previstas na Lei nº 11.340/06 em favor de qualquer pessoa (sujeito passivo), desde que a violência tenha ocorrido dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo. Nesse caso, a pessoa a ser protegida pode ser tanto o homem quanto a mulher”. (Tribunal de Justiça do Espírito Santo – TJES, Conflito de Competência 100120021330, 2 Câmara Criminal, Relator Sérgio Luiz Teixeira Gama, Julgado em 05/09/2012) (BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 2015).¹⁵

Desta feita, tem-se que havendo a aplicação da Lei Maria da Penha em situações que figure como polo passivo lésbicas, travestis, transexuais e homens em uniões homoafetivas ocorre, de fato, a proteção e eficácia dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade sexual e da dignidade da pessoa humana.

¹⁵ ESPÍRITO SANTO, Tribunal de Justiça do Estado do. Conflito de Competência 100120021330, 2 Câmara Criminal, Relator Sérgio Luiz Teixeira Gama, Julgado em 05/09/2012

Vejam os especificamente cada uma destas situações que o homem pode figurar como vítima da Lei Maria da Penha.

4.3 Da proteção aos homoafetivos

Considerando o novo conceito de família, é indiscutível o reconhecimento de que as uniões homoafetivas, efetivamente, constituem unidade doméstica. Logo, na esfera da aplicabilidade da Lei Maria da Penha, não obstante o dispositivo legal, explicitamente, defina proteção a vítima mulher, com base no princípio da igualdade, deve-se a referida lei ser aplicada de forma extensiva às vítimas homoafetivas do sexo masculino.

Isto porque a violência doméstica e familiar ocorre, de fato, nas relações homoafetivas, independentemente do reconhecimento jurídico do Estado. Assim, ao limitar a aplicação da referida lei somente às mulheres, o legislador, não se preocupou com as agressões físicas e psicológicas sofridas pelos homens que, em uma relação homoafetiva, podem figurar como a parte mais vulnerável na relação, independentemente de características físicas, preconceito e discriminação em razão do seu sexo, motivos que definem a mulher como parte vulnerável na relação.

Neste norte, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) que enaltece a razoabilidade quanto a aplicação da referida lei em que figure como polo passivo o homem, veja-se:

[...] Se a norma constitucional garante não apenas a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5.º, I), cria a necessidade de o Estado coibir a violência no âmbito de relações familiares (art. 226, § 8.º) e confere competência legislativa à União para legislar sobre direito penal e processual penal (no art. 22, I), não há dúvida de que a Lei Federal 11.340/2006 deve ser interpretada afastando-se a discriminação criada e não negando vigência à norma por inconstitucionalidade que é facilmente superada pelo só afastamento da condição pessoal de mulher nela existente. Basta ao intérprete afastar a condição pessoal de mulher em situação de risco doméstico, suscitada na sua criação, para que não haja qualquer inconstitucionalidade possível, estendendo-se os efeitos da norma em questão a quaisquer indivíduos que estejam em idêntica situação de violência familiar, ou doméstica, sejam eles homens, mulheres ou crianças. A leitura da Lei Federal 11.340/2006, sem a discriminação criada, não apresenta qualquer mácula de inconstitucionalidade, bastando afastar as disposições qualificadoras de violência doméstica à mulher, para violência doméstica a qualquer indivíduo da relação familiar, para que seja plenamente lícita suas disposições. Neste contexto, inexistente a condição de inconstitucionalidade decorrente da discriminação produzida, mas tão somente uma imposição inconstitucional que deve ser suplantada pelo intérprete equiparando as condições de homem e mulher de modo a permitir a análise da pretensão que é da competência do Juízo que afastou a incidência da norma” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2008).

Neste seguimento, como exemplo, têm-se o julgado:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL - LEI MARIA DA PENHA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - SUJEITO PASSIVO - CRIANÇA - APLICABILIDADE DA LEI - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. **Para a configuração da violência doméstica, não importa a espécie do agressor ou do agredido, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade entre as pessoas envolvidas.** Provimento ao recurso que se impõe. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0145.07.414517-1/001 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - RECORRENTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RECORRIDO(A)(S): ELISMARA DE LIMA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009, grifo nosso).

Por consequência, tem-se que a Lei Maria da Penha deve ser destinada à proteção de qualquer pessoa que esteja envolvida em uma de relação de afeto, em que no âmbito familiar e doméstico, merece ter seus direitos resguardados em relação a posição de vulnerabilidade em que se encontra perante seu companheiro, mas sem estereotipar ou delimitar sua vulnerabilidade em razão do gênero.

Neste ângulo, é o entendimento do Juiz Osmar de Aguiar Pacheco, da Comarca do Rio Pardo, RS, que aplicou a Lei Maria da Penha em um caso em que figurava como vítima um homem, concedendo-lhe medidas protetivas, por estar sendo ameaçado por seu ex-companheiro. Sua decisão pautou-se no princípio da igualdade, bem como na vulnerabilidade em que a vítima se encontrava na relação homoafetiva. É parte da decisão:

[...] todo aquele em situação vulnerável, ou seja, enfraquecido, pode ser vitimado. Ao lado do Estado Democrático de Direito, há, e sempre existirá, parcela de indivíduos que busca impor, porque lhe interessa, a lei da barbárie, a lei do mais forte. E isso o Direito não pode permitir. Em situações iguais, as garantias legais devem valer para todos, além da Constituição vedar qualquer discriminação. Isso faz com que a **união homoafetiva** seja reconhecida como fenômeno social, merecedor não só de respeito como de proteção efetiva com os instrumentos contidos na legislação [...] (grifo nosso) (BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2010).

Assim, faz-se possível constatar que para alguns magistrados a Lei Maria da Penha tem como dever tutelar quaisquer indivíduos que estejam envolvidos dentro de uma relação familiar ou de afetividade, não sendo possível utilizar como elemento de distinção, apenas a espécie do agressor e da vítima, afastando-se, desta forma, a condição pessoal de mulher. Ressalta-se que quando se trata do âmbito familiar e doméstico, a Lei Maria da Penha, reconhece como sendo o convívio familiar o exercido por uma relação de afeto, que dispensa, inclusive, a coabitação.

Para Mirabete (2007, p. 89):

Mas ao se referir a lei a pessoa com a qual o agente conviva ou tenha convivido deve-se incluir também a vítima com quem desfrutava o agente de um convívio doméstico, de natureza diversa da relação conjugal ou de união estável, porque o cônjuge e o companheiro já são expressamente mencionados no dispositivo. Embora preocupado o legislador, sobretudo, com a violência contra a mulher, as agressões à esposa ou companheira muitas vezes se estendem aos seus familiares, filhos, cunhados, genitores e, de forma mais amiúde, em relação a estes a violência principia após a saída do homem do lar conjugal. [...] Assim, responde nos termos dos §§ 9º e 10º do art. 129 aquele que, mesmo sem se prevalecer de relações domésticas ou de coabitação, pratica o crime na via pública ou no local de trabalho contra o enteado, o sogro, o ex-cunhado ou qualquer outra pessoa com quem compartilhe ou tenha compartilhado o convívio doméstico. [...]

Ainda, tem-se a percepção do Promotor de Justiça, Rogério Sanches Cunha, que afirma em seus posicionamentos que desde que seja constatada a concreta condição de vulnerabilidade no homem vítima de violência doméstica, familiar ou afetiva, o julgador, pode e deve se utilizar da Lei Maria da Penha para proteger os direitos destes.

Desse modo, para que seja possível a aplicação da Lei nº 11.340 de 2006 de forma a preservar o princípio constitucional da igualdade, deve ser aplicada uma interpretação *in bonam partem*, ou seja, em favor da vítima, que pode ser qualquer indivíduo que sofre violência em um relacionamento íntimo de afeto, no contexto familiar e doméstico.

De acordo com a referida Lei, é possível que se enquadre aos termos tipificados no contexto legal da norma, o novo conceito de família, que abarca as relações homoafetivas estabelecidas tanto por duas mulheres, quanto por dois homens, instituída através do vínculo de afeto permanente, nos casos em que a ocorrência da violência se der no contexto doméstico e familiar.

Para Dias (2013, p.01):

[...] a Lei Maria da Penha, de modo expreso, enlaça ao conceito de família as uniões homoafetivas”. Acrescenta que “o parágrafo único do art. 5º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar.

Assim, ocorrendo a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas, em que a vítima seja um homem, tem-se a efetivação e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente do gênero, aplicando-se, desta forma, por analogia a mencionada lei, já que trata-se de casos ainda não definidos em lei, mas que, de igual forma, fazem jus a tutela do judiciário.

Logo, tem-se como exemplo de possibilidade da aplicação da Lei n.º 11.343 de 2006, analogicamente à espécie, a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA. 1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Tratase de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas". 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6. Recurso especial desprovido. (REsp nº 827.962 - RS (2006/0057725-5), Quarta Turma, Relator Min. João Otávio de Noronha, Julgado em: 21/06/2011).

Não se pode permanecer as margens do Estado, o homem que figura como polo passivo em uma relação afetiva e que demonstra vulnerabilidade em relação ao seu companheiro e, que no lugar de valer-se de violência, busca tutela judicial para resolver situação de violência no âmbito familiar, somente pelo fato de que ainda não exista lei específica tratando e regulamentando tal relação.

É o entendimento de Dias (2010, p. 58):

[...] Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência [...]

Desta feita, havendo a aplicação da Lei Maria da Penha em situações que figurem como polo passivo o homem em uniões homoafetivas, ocorre, de fato, a proteção e eficácia dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade sexual e da dignidade da pessoa humana, garantidos pelo ordenamento jurídico como base para se viver em um Estado Democrático de Direito.

É a lição de Gomes (2009, p.1):

[...] parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da Lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicados 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 e do seu poder cautelar geral, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito [...]

A Lei Maria da Penha assumiria, conforme ditames constitucionais, o papel protetor e garantidor do poder judiciário em resguardar as vítimas, independentemente, de sua orientação sexual ou gênero, dos abusos sofridos fisicamente, psicologicamente, moralmente e nas esferas patrimonial e sexual, levando-se em conta, tão somente, as relações oriundas de vínculos afetivos e amorosos, as quais configuram como entidade familiar, merecendo igual tutela e proteção de seus direitos no âmbito doméstico.

4.4 Da proteção aos transexuais

Consoante ao que já foi explanado anteriormente, pode-se observar que a Lei n.º 11.343 de 2006 reconhece como mulher, tanto o sexo feminino quanto o gênero feminino, sendo irrefutável a percepção de que se encontra indubitável a proteção das mulheres lésbicas e transexuais, as quais tenham como identidade o sexo feminino e que se encontram em uma relação afetiva no âmbito doméstico familiar e de convivência.

A legislação em questão, conforme evidenciado ao logo do trabalho, não deixa quaisquer dúvidas acerca do sujeito passivo que é tutelado pela norma, qual seja, apenas a mulher, no sentido biológico da palavra. Dias, Bastos (2003, p.110), com uma visão contemporânea acerca do tema, conceitua:

[...] transexuais que lograrem obter a retificação do registro civil, ainda que sem a realização de cirurgia para a conformação do sexo físico ao psicológico, estarão indubitavelmente sob o abrigo da Lei Maria da Penha, uma vez que passarão a pertencer ao sexo feminino.

Nesta acepção, faz-se necessário clarificar que o transexual é o indivíduo que se identifica socialmente e psicologicamente como tendo sua identidade de gênero

aquela oposta a sua identidade de nascimento, ou seja, seu sexo biológico, e que, através de intervenção médica, seja redesignação sexual ou tratamentos com hormônios, busca a transição para o gênero que se identifica como sendo o real.

Versando, ainda, sobre o conceito de transexualidade, é oportuno colacionar o entendimento de Silveira (1995, p. 107), o qual discorre:

Consiste numa inversão da identidade psicossocial, com um incontrolável anseio de total reversão sexual. O transexual não se conforma com a própria condição, sentindo-se fora do meio social, possuindo disposição psíquica e afetiva do sexo oposto. Assim, encontramos num indivíduo com genitália externa masculina, uma personalidade eminentemente feminina, ou vice-versa.

Araújo (2000, p. 105) confirma, de igual forma, que, basicamente, os transexuais apenas buscam o equilíbrio entre sua identidade física com sua identidade psicológica, o que deve ser garantido pelo Estado como direitos maior destes. Veja-se:

A vida em sociedade objetiva permitir que os indivíduos encontrem sua felicidade, seu bem estar. E, no caso do transexual, a felicidade só poderá ser conquistada com a cirurgia para mudança de sexo, caso seja do seu interesse. Ao analisar os pedidos, portanto, o Poder Judiciário deve interpretar a Constituição, conforme os princípios constitucionais, especialmente o fundamento do Estado Democrático de Direito, que tem como objetivo assegurar a dignidade da pessoa humana. Decidindo pela possibilidade de "libertação" do transexual, pela cirurgia de redesignação de sexo, com suas consequências de alteração de registro civil, o operador do direito cuidará de decidir conforme o vetor da dignidade da pessoa humana previsto no ditame constitucional. Mantendo o transexual na mesma situação, angustiada, o Poder Judiciário deixa de operar no sentido da busca da felicidade do cidadão, conseqüentemente impedindo o conceito de dignidade da pessoa humana. Não se pode acreditar que alguém possa conviver com a dualidade expressa em sua divisão sexual e imaginar-se digno. A infelicidade e a angústia geram situação de indignidade que só pode ser resolvida pela cirurgia de redesignação de sexo [...].

Neste diapasão, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se configura como basilar e regente da Constituição Federal de 1988, e ainda garantidor da viabilidade dos indivíduos ao livre desenvolvimento de sua personalidade, propiciando, desta forma, aos transexuais a condição de sujeitos de direitos e garantias constitucionalmente previstas perante a sociedade.

Por esse prisma, vale mencionar que a própria Lei Maria da Penha, em seu artigo 2º e artigo 5º , parágrafo único, acentua que a violência sofrida no âmbito doméstico e familiar, independe da orientação sexual da vítima:

Art. 2º - Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as

oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (...)

Art. 5º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

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

Nesta esteira, conclui-se que se o sujeito passivo for portador de identidade de gênero social e psicológico como sendo do sexo feminino, sendo ou seja, transexual, travesti ou transgênero, estará, de fato, sob a proteção da lei em comento.

A ocorrência de agressões de transexuais no âmbito doméstico e familiar é real, não sendo passível de aceitação ficarem a margem da proteção legal, mesmo levando-se em conta que se identificam e se reconhecem psicologicamente como sendo mulher

Segundo o desembargador Flávio Batista Leite, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do estado (TJMG), que entende que os transexuais vítimas de violência doméstica e familiar podem recorrer a Lei Maria da Penha como instrumento de proteção e tutela de seus direitos, “a pretensão da vítima, de opção transexual, não pode ser inviabilizada pela adoção de um simples raciocínio de critério biológico, que conclui que, como pessoa do sexo masculino, não sofre violência de gênero”. Afirma, ainda, que “a identidade de gênero deve ser definida como a experiência pessoal, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído biologicamente”.

Recentemente, sobreveio uma decisão da Primeira Vara Criminal da Comarca de Anápolis, Tribunal de Justiça de Goiás, que aplicou a Lei Maria da Penha em um caso em que a vítima tratava-se de um transexual masculino que, não obstante a não realização da mudança de seu registro civil, submeteu-se a cirurgia de redesignação sexual sendo, conseqüentemente, reconhecida no meio social como pessoa do gênero feminino, fundamentando sua decisão com base nos artigos 2º e 5º, parágrafo único, da lei, já citados anteriormente.

Neste mesmo viés, tem-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme a ementa a seguir:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL.

O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCADOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 670422 RG / RS, Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgado em: 11/09/2014) (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2014).

Vale dissertar, ainda, acerca do princípio da liberdade sexual, o qual reforça que, independentemente, de sua orientação, todos os indivíduos fazem jus as garantias de seus direitos e a proteção jurídica. Logo, levando-se em conta que os Tribunais já tem reconhecido as uniões homoafetivas, bem como de que os princípios constitucionais prevalecem sobre as demais normas, é considerado com inconstitucional a marginalização da proteção dos direitos dos indivíduos transexuais, travestis e lésbicas contra violência praticada por seus companheiros.

Assim, com base nos fundamentos e argumentos acima narrados, é que se tem aplicado a Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica em que se tem como vítima os transexuais:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. HOMOLOGAÇÃO DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AGRESSÕES PRATICADAS PELO COMPANHEIRO CONTRA PESSOA CIVILMENTE IDENTIFICADA COMO SENDO DO SEXO MASCULINO. VÍTIMA SUBMETIDA À CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO DE SEXO POR SER HERMAFRODITA. ADOÇÃO DO SEXO FEMININO. PRESENÇA DE ÓRGÃOS REPRODUTORES FEMININOS QUE LHE CONFEREM A CONDIÇÃO DE MULHER. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL JÁ REQUERIDA JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DA LEI N. 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJ-SC CJ 2009.006461-6, Terceira Câmara Criminal, Relator: Roberto Lucas Pacheco, Julgado em: 14/08/2009, Terceira Câmara Criminal). Principais motivações trazidas pela magistrada para aplicar a LMP: [...] embora não tenha havido alteração no seu registro civil, a vítima fora submetida a uma cirurgia de redesignação sexual há 17 anos, o que a torna pessoa do sexo feminino, no que tange ao seu “sexo social, ou seja, a identidade que a pessoa assume perante a sociedade”; - os artigos art. 2º e 5º, e seu par. Único, da LMP respaldam a possibilidade de aplicação da Lei: Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. - o princípio da liberdade, que se desdobra em liberdade sexual, “garante ao indivíduo, sujeito de direitos e obrigações, a livre escolha por sua orientação”; - “o gênero é construído no decorrer da vida e se refere ao estado psicológico”, de forma que “o transexual não se confunde com o homossexual, pois este não nega seu sexo, embora mantenha relações

sexuais com pessoas do seu próprio sexo”; - “partindo da premissa de que o não é proibido é permitido, do reconhecimento da união homoafetiva pelos Tribunais e do conhecimento de que, no ordenamento jurídico, o que prevalece são os princípios constitucionais, entende-se que seria inconstitucional não proteger as lésbicas, os travestis e os transexuais contra agressões praticadas pelos seus companheiros ou companheiras”; - “tais omissões e visões dicotômicas não podem servir de óbice ao reconhecimento de direitos erigidos a cláusulas pétreas pelo ordenamento jurídico constitucional. Tais óbices não podem cegar o aplicador da lei ao ponto de desproteger ofendidas como a identificada nestes autos de processo porque a mesma não se dirigiu ao Registro Civil de Pessoas Naturais”; -Diante do exposto acima, tenho com a emérita, preclara e erudita Desembargadora Maria Berenice Dias que transexuais que quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. - “o apego a formalidades, cada vez mais em desuso no confronto com as garantias que se sobrelevam àquelas, não podem [...] impedir de assegurar à ora vítima TODAS as proteções e TODAS as garantias esculpadas, com as tintas fortes da dignidade, no quadro maravilhoso da Lei Maria da Penha [...]. (Ação penal, Proc. nº 201103873908, Tribunal de Justiça de Goiás - 1ª Vara Criminal da Comarca de Anápolis, juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães, Decisão em 23 set. 2011¹⁶) (BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás, 2011).

Faz-se latente que a violência doméstica presente, de igual forma, nas relações homoafetivas, já se faz como real e continuará existindo independentemente do reconhecimento do Estado. Assim, compreende-se que é completamente inconstitucional não tutelar os transexuais e as lésbicas das agressões de seus companheiros no âmbito doméstico e familiar.

Com efeito, pode-se constatar que as normas contidas nos dispositivos da Lei Maria da Penha podem e devem ser aplicadas aos casos em que homens sejam reconhecidos socialmente como mulher, ou seja, possuam a identidade de gênero feminino, com os transexuais, travestis, homoafetivos, independentemente do sexo biológico.

¹⁶ Transexual que sofreu agressões do seu ex-companheiro é enquadrado na lei Maria da Penha, disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI143506,81042Transexual+que+sofreu+agressoes+do+seu+excompanheiro+e+enquadrado+na>

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da presente pesquisa foi demonstrar à luz de uma interpretação constitucional, a possibilidade de aplicação da Lei n.º 11.340 de 2006, por analogia *in bonam partem*, em favor dos homens que se encontram em situação de vulnerabilidade, na hipótese de a violência doméstica se dar no contexto de união homoafetiva.

Entretanto, não se faz possível ignorar que a Lei Maria da Penha, de fato, representa uma das mais importantes conquistas na história de luta das mulheres em busca da proteção e efetivação de seus direitos, levando-se em conta o tratamento desigual que sempre lhe foi despendido, em razão da cultura machista socialmente imposta ao longo do tempo.

A referida lei, que tem como escopo refrear e prevenir qualquer tipo de violência doméstica e familiar contra a mulher, especificamente, já que sua característica central é a proteção em virtude do gênero, assegura direitos fundamentais constitucionalmente previstos, resguardando a saúde física e mental das mulheres vítimas de violência no âmbito doméstico e/ou em uma relação de afeto.

A principal finalidade da Lei Maria da Penha é combater a violência no âmbito doméstico e familiar, protegendo, exclusivamente, as vítimas do gênero feminino dos atos violentos praticados por homens ou mulheres, por isso se fez necessário a criação de uma legislação específica, ofertando as mulheres tratamento distinto, vez que completamente justificável quando se leva em conta a situação de inferioridade em que a mulher, ao passar dos anos, se encontra perante a sociedade.

Neste seguimento, tem-se que, durante a pesquisa foi constatado que, não obstante a Constituição da República reconheça a igualdade formal entre homens e mulheres, vê-se que ao longo do texto o que se objetiva é justamente a realização de uma igualdade material, ou seja, a criação de mecanismos e institutos legais que preservem condições reais de paridade entre os gêneros.

Neste sentido, é que surge a Lei Maria da Penha, como uma ação afirmativa, sendo aplicada às mulheres que, de regra, encontram-se em situação de vulnerabilidade,

Quanto à aplicabilidade da Lei Maria da Penha tem-se que, de regra, não possui como finalidade a proteção dos homens, entretanto, em situações

específicas, as quais demonstrem, efetivamente, que o homem se encontra em situação de vulnerabilidade similar à vivenciada pelas mulheres, entende-se que estes podem se valer da proteção e amparo do referido instituto legal.

Assim, considerando o objetivo principal da Lei Maria da Penha, urge mencionar que os homens envolvidos em uma relação de afeto, que se encontram em vulnerabilidade no seio afetivo e familiar, bem como os transexuais, os quais se identificam socialmente como sendo do gênero feminino, não obstante a mudança física sexual, mas levando-se em conta, principalmente, seu reconhecimento psicológico, individual e pessoal, em sendo vítimas de violência no âmbito doméstico, buscam igual tutela e garantia de seus direitos através do referido dispositivo.

Conforme consta no decorrer da pesquisa, as jurisprudências colacionadas ratificam que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada às vítimas homens, envolvidas em uma relação de afeto, no âmbito doméstico e familiar, que sejam a parte mais vulnerável na relação, com base no disposto no parágrafo único do artigo 5º da mencionada lei, que consta que nas relações sexuais, independente da orientação sexual, abrangendo, desta forma, os casais em uniões homoafetivas que preenchem os requisitos necessários dispostos na norma legal.

Ainda, tem-se os julgados que enfatizam a aplicabilidade da lei às vítimas transexuais, garantindo-lhes proteção no âmbito doméstico e familiar, tendo em vista que, indubitavelmente, sob a égide da lei, alcançam a qualidade do sexo oposto, vez que reconhecidas como mulher, tanto socialmente quanto individualmente.

Desta forma, apesar da discussão acerca da (im)possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penhas às vítimas homens e transexuais, entende-se que adequada interpretação constitucional da referida Lei, amparada na proteção dos princípios da liberdade sexual, dignidade da pessoa humana, igualdade, personalidade, pode sim possibilitar a aplicação de seus dispositivos, analogicamente, em defesa dos direitos do homem, sempre que este estiver em situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber De Moura. *Direitos Individuais e Coletivos*. Direito Constitucional. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002. Cap. 8, p. 147, 152.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5.º, II, parágrafo único, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 39, p. 131- 153, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, dez.-jan. 2007.

ARAUJO, Maria de Fátima. *Diferença e igualdade nas relações de gênero: revisitando o debate*. 2005. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652005000200004.

BARBOSA, Joaquim B. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006*. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 670422 RG / RS*. Julgado em: 11/09/2014. Brasília: STF, 2014. Disponível em
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628936/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-670422-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-311628946>. Acesso em 17 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 827.962 - RS (2006/0057725-5)*. Julgado em: 21/06/2011. Brasília: SJ, 2011. Disponível em
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21101223/recurso-especial-resp-827962-rs-2006-0057725-5-stj/inteiro-teor-21101224>. Acesso em 17 out 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. *Ação penal, Proc. n° 201103873908*. Anápolis: TJGO, 2011. Disponível em <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6703657/conflito-de-jurisdicao-cj-64616-sc-2009006461-6>. Acesso em 15 out 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009. 3ª Câ. Crim; *Rec. em Sentido Estrito 1.0145.07.414517-1/001*; Rel. Des Antônio Carlos Cruvinel; Data da publicação: 15/12/2009. Belo Horizonte: TJMG, 2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/busca?q=TJMG>>. Acesso em 24 abr 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *ApCrim 1.0672.07.249317-0, j. 06.11.2007*, rel. Judimar Biber, data da publicação 21.11.2008. Belo Horizonte: TJMG, 2008. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/57704297/djpa-13-08-2013-pg-502>>. Acesso em: 06 abr 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Conflito de Competência 100120021330*. Publicado em 05/09/2012. Vitória: TJES, 2012

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato grosso do Sul. *Apelação Criminal 2009.025378-7*. Publicado em 02/12/2009. Campo Grande: TJMS, 2009. Disponível em <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7867384/apelacao-criminal-acr-25378-ms-2009025378-7>. Acesso em 10 de out 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. *"HABEAS CORPUS" Nº 6313/2008*. Cuiabá: TJMT, 2008. Disponível em http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdfrecursal/RECURSAL_6313-2008%20HC_10843.pdf. Acesso em 15 out 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Violência doméstica e a uniões homoafetivas*. 2013, p. 01. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-domestica-e-as-unioes-homoafetivas-por-maria-berenice-dias-e-thiele-lobes-reinheimer>> Acesso em: 14 nov 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Violência "machista" da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher*. Artigo online. JusBrasil: 2009. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 18 abr 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 25ª ed., rev. e atual. São Paulo: editora Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre De. *Princípio da Igualdade*. Direito Constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PRUX, Paula. *Ações Afirmativas sob o enfoque dos direitos fundamentais*. FEMPAR. Disponível em: <<http://www.femparpr.org.br>>. Acesso em 15 out 2017

SILVEIRA, José F. O. da. *O Transexualismo na Justiça*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1995.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 6ª Edição. Ed Atlas. São Paulo, 2006, p. 02