

JÉSSICA DA SILVEIRA E SILVA

**LEI Nº 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA, E O
GÊNERO MASCULINO COMO SUJEITO PASSIVO.**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MG
2014

JÉSSICA DA SILVEIRA E SILVA

**LEI Nº 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA, E O
GÊNERO MASCULINO COMO SUJEITO PASSIVO.**

Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência para aprovação na disciplina de Monografia Jurídica I, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Almir Fraga Lugon.

FIC - CARATINGA
2014

“Se os fracos não tem a força das armas, que se armem com a força do seu direito, com a afirmação do seu direito, entregando-se por ele a todos os sacrifícios necessários para que o mundo não lhes desconheça o caráter de entidades dignas de existência na comunhão internacional.”

- Ruy Barbosa

Dedico esta obra a meus pais, Silas e Véra, razão da minha existência e responsáveis pela formação da pessoa que sou. Aos meus amigos e familiares pelo apoio e compreensão nos momentos difíceis deste caminho percorrido.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter iluminado meu caminho permitindo que esse sonho se tornasse realidade. Aos meus pais, Véra Lúcia da Silveira e Silas de Carvalho e Silva, por todo amor, dedicação, incentivo e apoio, durante todos esses anos, e que hoje se orgulham por essa grande conquista. Aos meus professores, por terem contribuído para a constituição do meu conhecimento. Aos meus amigos de sala e hoje companheiros de profissão, onde agora só nos restará a saudade. Aos meus familiares em geral, e a todos que de alguma forma contribuíram para a realização desse sonho.

Dedico esta vitória a todos vocês!

RESUMO

A Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, foi criada para proteger, assegurar e dar garantia aos direitos das mulheres vítimas de qualquer tipo de violência doméstica no âmbito familiar. Todavia, há diversos questionamentos se tal Lei é aplicável às situações em que os homens são vítimas de alguma violência doméstica, familiar ou de íntima relação de afeto, bem como nas relações homoafetivas entre dois homens. Interpretando a Lei de forma literal, alguns doutrinadores só incidirão nos casos em que a vítima necessariamente for mulher. Porém, se valendo de um estado democrático de direito, juntamente com os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, legalidade e fazendo uma interpretação conforme a Constituição Federal, defende-se que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada em todas as situações de violência doméstica, independente de gênero masculino ou feminino e orientação sexual, raça, idade, etc.

ABSTRACT

The Law n. 11. 340/2006, Law Maria da Penha, was created to protect, to secure and in order that there gave guarantee to the rights of the women victims of any type of domestic violence in the familiar extent. However, there are several questions if such a Law is applicable to the situations in which the men are victims of some domestic, familiar violence or of intimate relation of affection, as well as in the homosexual relationships between two men. Interpreting the Law of literal form, some scholars will only happen in the cases in which the victim necessarily will be a woman. However, being worth of a democratic state of right, together with the beginnings of the equality, dignity of the human person, proportionality, legality and doing an interpretation adapt the Federal Constitution, I defend that the Law Maria da Penha must be applied in all the situations of domestic violence, independent of masculine or feminine type and sexual direction, race, age and so on.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	11
1.1 Princípio da Igualdade	11
1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	16
1.3 Princípio da Proporcionalidade.....	19
1.4 Princípio da Legalidade	21
CAPÍTULO II - FORMAS DE INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEI PENAL	24
2.1 A interpretação Analógica	24
2.2 Analogia.....	25
2.3 Interpretação Extensiva	27
2.4 A interpretação conforme a Constituição Federal	28
CAPÍTULO III - DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA, AO GÊNERO MASCULINO	30
3.1 Finalidade e aspectos da Lei nº 11.340/2006.....	30
3.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	36
3.3 Da aplicação da Lei nº 11.340/2006 ao gênero masculino.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discutir, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a possibilidade de aplicação da Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, em favor do gênero masculino, quando estes forem vítimas de violência doméstica e familiar. Sabemos que já foi analisada a importância da Lei em apreço, visto que a mulher foi enquadrada como hipossuficiente e o pólo mais vulnerável do convívio familiar, daí a necessidade de uma proteção legal específica.

Porém, há entendimentos de que a referida Lei pode ser interpretada conforme a Constituição Federal no âmbito de sua proteção ao gênero masculino; que sofrem violência doméstica e familiar com muita frequência, não sendo exposto pelo machismo que ainda é muito grande na nossa sociedade. Sendo assim, não há dúvidas de que uma interpretação da referida Lei conforme a Constituição Federal trará muitos benefícios ao gênero masculino, buscando sempre a igualdade entre os sexos masculino e feminino.

Sabemos que a Lei Maria da Penha visa proteger, assegurar e dar garantia aos direitos das mulheres vítimas de qualquer tipo de violência, seja psicológica, moral, física, sexual ou patrimonial.

O ganho jurídico da pesquisa seria demonstrar que a Lei Maria da Penha deve ter sua aplicação e proteção ao gênero masculino diante de uma interpretação conforme a Constituição Federal, visto que este também pode figurar como vítima de violência doméstica e familiar, de modo a não admitir sua sujeição passiva a esta Lei, seria ferir o que determina nossa Carta Magna à medida que infringiria o princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e legalidade.

O ganho social da presente pesquisa seria o de garantir ao gênero masculino a tutela efetiva do Judiciário, uma vez que eles também podem ser submetidos a agressões no contexto doméstico, familiar ou de relação íntima de afeto, hipótese em que precisam de proteção tanto quanto as mulheres.

A referida Lei diante da teoria de gênero, busca uma garantia de proteção específica para as mulheres. Com isso, tem-se que alertar em buscar gerar a igualdade real e não apenas formal entre o gênero masculino e o feminino.

Proporcionando a ampla proteção da Lei, a todos os indivíduos que se encontrarem dentro da relação do convívio familiar ou da unidade doméstica.

Todavia, a violência doméstica é um tema bastante polêmico e atualizado que atinge todos os indivíduos de forma geral sem distinção, quais sejam: mulheres, homens, crianças, adolescentes, idosos, deficiente físico e mental e independente de idade, raça, orientação sexual, etc.;

A Constituição Federal, embora cheia de boas intenções, cujo texto legal se fundamenta na família como base da sociedade e, como tal, merecedora de proteção do Estado, sabe-se que essa questão não é recente, tendo uma presença em todas as fases da história, mas, só recentemente com a constitucionalização dos direitos humanos que a violência passou a ser analisada de forma profunda e com isso constatando a grandeza que este problema da violência traz.

Far-se-á uma análise da referida Lei protetora e garantidora dos direitos das mulheres, embarcando e debatendo os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da legalidade.

Mais adiante, nesta monografia serão expostas formas de interpretação e integração da Lei, tais como: a interpretação analógica, a analogia, a interpretação extensiva e por fim e como solução do problema jurídico e social da referida Lei em apreço a interpretação conforme a Constituição Federal.

Por fim, discorrei sobre a finalidade da Lei e suas diferenças de tratamento, bem como posicionamentos contrários e a sua aplicação ao gênero masculino diante de posicionamentos jurisprudenciais.

CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS

1.1 Princípio da Igualdade

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo que todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em harmonia com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, o princípio da igualdade se configura de modo a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, impedindo que os legisladores ou o próprio executivo possam criar discriminações absurdas a pessoas que se encontram em situações idênticas, independentemente de gênero, orientação sexual, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social, etc.

A lei raramente prevê a mesma proteção para todos os indivíduos, deixando assim lacunas intermináveis:

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.¹

A leitura do Texto Constitucional visa à consagração da igualdade formal, ou seja, igualdade de todos os indivíduos diante da lei:

A par disso, para se aferir, por exemplo, se uma lei respeita a isonomia, deve-se realizar, em termos simplórios, o seguinte procedimento: 1º- estabelecer o fator adotado como critério discriminatório; 2º- estabelecer a correlação lógica abstrata entre o fator de discrimen e a desequiparação

¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** 27 ed, São Paulo : Atlas, 2011, p.41.

procedida (exame da razoabilidade); 3º- analisar se a correlação do item anterior está respaldada por interesses protegidos na Constituição.²

Nota-se que o fator discriminatório adotado por uma norma foi o gênero, distinguindo pessoas do sexo feminino e masculino, conferindo um tratamento mais benéfico as mulheres. Entende-se que as mulheres são usualmente mais agredidas nas relações de violência doméstica ou familiar, porém, a lei não pode se descuidar de proteger todos os membros da família ou daquela relação doméstica, como prevê a Constituição Federal no seu artigo. 5º, inciso I.

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;³

Por conseguinte, ocorreu a desequiparação, onde só seria cabível o deferimento de medidas protetivas que obriguem o ofensor em favor de mulher podendo ser preso em flagrante, diante de crimes puníveis com detenção, pessoas que agredissem mulheres, apenas os agressores de mulheres.

Assim, vislumbra-se a violação ao princípio da igualdade, porquanto não há relação lógica entre o fator discrimen adotado e a desequiparação procedida.

Vejamos o exemplo a seguir: Um pai que espanca sua filha de 10 anos, causando-lhe lesões corporais de natureza leve, será indiciado em inquérito policial, poderão ser decretadas medidas protetivas em seu desfavor (tais como afastamento do lar, proibição de contato de aproximação, dentre outras). De outra face, se praticasse esse mesmo ato contra um filho de 10 anos, ao invés de uma filha, o autor não seria indiciado em inquérito e nem teria as medidas protetivas em seu desfavor. Note-se que disparidade.

² MACHADO, Rodrigo de Oliveira. **Aplicação da Lei Maria da Penha a homens vítimas de violência doméstica**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/19703/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-a-homens-vitimas-de-violencia-domestica>. Acesso em 11 out 2014.

³³ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. **VADE MECUM**, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014, p.24

Insta enfatizar que o artigo. 226, § 8 da Constituição Federal, diz que:

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.⁴

Ou seja, pugna pela assistência estatal de cada um dos integrantes da família, e não apenas daqueles do gênero feminino.

A falta de efetividade das disposições constitucionais e infraconstitucionais pode ser apontada como um dos maiores problemas a serem enfrentados na atualidade. Não raras vezes, a norma traz a previsão adequada para regulamentar a vida em sociedade, sendo fácil constatar, todavia, diferenciado cenário no campo prático.⁵

A materialização do princípio da igualdade esta conectado à própria busca pela justiça social. Assim, o alcance do princípio não se restringe, ou seja, sempre buscando unir a igualdade material que se concretiza da própria igualdade formal, saindo do papel para a realização na prática.

Todavia, a distinção é entre teoria e prática (igualdade formal = igualdade de direito e igualdade material = igualdade de fato) sustenta que a igualdade de direito refere-se a uma enunciação abstrata. A igualdade material, por outro lado, refere-se à realização efetiva da igualdade, em concreto.

A diferenciação é relevante como teste de eficácia do Direito. Porquanto, tanto a igualdade formal quanto a material devem ser consideradas categorias jurídicas, ou seja, modalidades de formulação de normas jurídicas.

A igualdade formal sempre que é trazida, refere-se ao Estado sob sua natureza formal, no sentido de ser a igualdade perante a lei com a preocupação e o comando legal do tratamento igualitário sem aferições sobre qualidades ou atributos pessoais e explícitos dos destinatários da norma. A igualdade formal resulta da perspectiva política do Estado de Direito, que é fundado na lei, no sentido da lei igual

⁴BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. **VADE MECUM**, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014, p. 112.

⁵ Favoretto, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012,.p.63

para todos. Assim, todos são iguais perante a lei como forma de garantia dos direitos fundamentais estabelecidos por este Estado legal.

Assim, percebeu-se que o princípio da igualdade necessitava de instrumentos de elevação da igualdade social e jurídica, visto que a simples igualdade de direitos mostrou-se insuficiente para tornar acessíveis aos desfavorecidos socialmente, as mesmas oportunidades de que usufruíam os indivíduos socialmente privilegiados.

No entanto, presumindo-se que o tratamento desigual acaba por equiparar situações em que a equiparação era necessária, mas não existia, há que se buscar meios de fazer valer, efetivamente, a igualdade entre todos, equiparando os homens no que se refere ao gozo de sua proteção à violência doméstica e familiar, assim como à sujeição a deveres, indo além de simplesmente dar tratamento apenas formalmente, mas uma igualdade real, verdadeira e efetiva perante os bens da vida.

Pode-se afirmar que tanto a igualdade formal quanto a material corresponde à igualdade de direito. Porém é certo que o Direito precisa ter praticidade. Pois, norma jurídica que não tem as mínimas condições de ser aplicada na prática não chega a ser norma, não funciona.

Todavia, para alcançar a efetividade do princípio da igualdade, haveria de considerar em sua execução, além de certas condições fáticas e econômicas, também certos comportamentos inevitáveis da convivência com o ser humano. Somente proibir a discriminação não garantiria a igualdade efetiva. Portanto, surgiu o conceito de igualdade material, que se desapegava da concepção formalista de igualdade, passando-se a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade, de maneira a tratar de modo dessemelhante situações desiguais.

Sendo assim, a tendência mundial é retirar o princípio da igualdade de uma posição formal somente, e, atendendo aos protestos sociais da realidade contemporânea, dar a esse princípio novos contornos, como forma de concretizar a essência de seus preceitos.

Diante de atender as determinações constitucionais, olvidou a tutela dos direitos de uma série de homens tão vulneráveis ou mais que as mulheres, como é o caso das crianças e idosos que frequentemente são vítimas de violência doméstica, e também no caso dos homossexuais mais especificamente em relação aos gays, pois as lésbicas já são amparadas pela Lei pelo fato de serem mulheres e assim, mais uma vez o princípio da igualdade sendo lesionado.

A partir do momento que o Superior Tribunal de Justiça ampara a união homoafetiva, o entendimento de violência doméstica ou familiar também passa a ter um sentido ampliado. Sendo que se configura família a união entre duas mulheres e se aplica a violência doméstica ou familiar, igualmente é a união entre dois homens.

Nesse ponto pautam-se as considerações de Rodrigo de Oliveira Machado:

Definitivamente, não há justificativa constitucional para a gritante diferença de tratamento, ainda que se entenda a situação cultural que leva as mulheres à condição de vítimas preferenciais de violência doméstica. Havia, contudo, outros meios de proteger vítimas de violência doméstica, incluindo o gênero feminino, observando a Constituição.⁶

Diante disso, surge a necessidade de solucionar o problema de desrespeito ao princípio constitucional. Logo se pensa na declaração de inconstitucionalidade, contudo, essa solução seria drástica, uma vez que afastaria os efeitos de uma lei que tem sido bastante eficaz no combate à violência doméstica.

A título de conclusão, assevere-se que as normas contidas no art. 3º da Constituição da República representam a busca pela igualdade material, isto é, pela concretização dos postulados consagrados, os quais de nada adiantam caso sejam, apenas e tão somente, uma previsão constitucional desprovida de efetivação.⁷

De acordo com o artigo. 3º da Constituição Federal, é possível verificar os objetivos fundamentais da Lei Maior.

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁶ MACHADO, Rodrigo de Oliveira. **Aplicação da Lei Maria da Penha a homens vítimas de violência doméstica**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/19703/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-a-homens-vitimas-de-violencia-domestica>. Acesso em 11 out 2014.

⁷ Favoretto, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.,p.64.

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁸

Portanto, para solucionar esse problema jurídico e social que infringe diversos princípios constitucionais e artigos da Constituição Federal, busca-se uma interpretação conforme a Constituição, assim, ampliando seu âmbito de incidência fazendo que a norma tenha uma literal efetivação.

1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Sobre o princípio da dignidade humana importantes são as considerações de Marcelo Vicente Pimenta com o que se segue: “A dignidade da pessoa humana, como fundamento do próprio Estado brasileiro, deve ser interpretada como absoluto respeito aos direitos naturais e legais da pessoa, aí incluídos os direitos e garantias fundamentais”.⁹

Assim, visando sempre garantir condições dignas de existência a todos os cidadãos, independentemente de sua condição social, racial, orientação sexual, religião, convicções filosóficas ou políticas, etc.

Alexandre de Moraes salienta que:

Dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por partes das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁰

⁸ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO **VADE MECUM**, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014, p.24

⁹ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Teoria da Constituição** 2 ed. Revista, atualizada e ampliada Belo Horizonte: Del Rey, 2009,. p.165

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 50-51

Tendo o caráter subjetivo do tema, a aplicação da norma jurídica depende muito da situação e da valorização da prova, assim, sendo várias as categorias encobertas pelo mandamento da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana atinge o valor interior e manifesta interesses coletivos acerca do indivíduo, diferentemente das coisas, que possuem um valor exterior, onde os interesses são particulares.¹¹

Prossegue o mesmo autor com suas considerações:

Todavia, o reconhecimento pela ordem jurídica, dependerá de sua efetiva realização e promoção, para além da regra, ou condição normativa, colocando-se, portanto numa condição de fundamento do Estado democrático, em prol da pessoa humana.¹²

A dignidade da pessoa humana tem correlação moral e já existia entre os homens antes da norma jurídica, sendo admitida ao ordenamento jurídico, dando um aspecto amplo, objetivo e subjetivo. Tendo este princípio um valor fundamental e a Lei Maria da Penha violando o mesmo.

Porém, apesar dos laços racionais e espirituais, ligando o ser humano ao seu semelhante, muitas vezes, os ditames da dignidade são omitidos, passando a vigorar outros, como os do egoísmo, do egocentrismo e da ganância, deixando a margem da sociedade, aqueles, muitas vezes, afastados por condições econômicas, sociais, ou culturais, que a dignidade não alcança.¹³

Neste prisma, o principal argumento, seria quebrar este paradigma hierárquico dos sexos, defendendo a harmonia da vida na sociedade, o que está diretamente ligado ao afeto familiar e a unidade doméstica.

¹¹ DULLIUS, Aladio Anastácio **Princípio da dignidade da pessoa humana e atendimento interdisciplinar as vítimas da violência doméstica.** Disponível em http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10477&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em 18 out 2014.

¹² Idem, acesso em 18 out 2014

¹³ DULLIUS, Aladio Anastácio **Princípio da dignidade da pessoa humana e atendimento interdisciplinar as vítimas da violência doméstica.** Disponível em http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10477&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em 18 out 2014

Antes de editar uma lei que faça uma discriminação em razão do gênero, como a Lei Maria da Penha fez com tamanha distinção, é necessário verificar se o próprio Estado está cumprindo seu papel social e constitucional. Pois, as formas de violência doméstica discorridas na Lei são sofridas por ambos os sexos e não só pela mulher.

Todavia, só a lei não é suficiente, sendo necessário que se faça uma efetiva implementação de políticas públicas que resultem numa verdadeira mudança para melhorar o tratamento dos cidadãos em geral, não só da mulher, pois, temos um estado democrático de direito, e ainda tendo como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Como sendo também um dos objetivos da República Federativa do Brasil, discorre o artigo 3º, inciso IV, Constituição Federal:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁴

Assim, a Constituição Federal estabelece diretrizes para a existência de uma sociedade mais livre, justa e igualitária, cujo bem estar depende da redução das diferenças injustificadas, sempre observando o princípio da dignidade da pessoa humana e da prevalência de seus direitos e isto, pressupõe inexoravelmente a não discriminação, seja em razão da idade, cor, religião, origem e, sobretudo, do sexo, daí porque ser a Lei nº 11.340/2006 atentatória a todos esses objetivos e princípios que irradiam do texto constitucional.¹⁵

Ora, a Lei Maria da Penha deve ser analisada à luz da Constituição Federal e seus princípios constitucionais penais para que se possa ter uma lei inteiramente séria, efetiva e, acima de tudo justa, não criando distinções injustificadas, assim promovendo a dignidade da pessoa humana.

¹⁴ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA *VADE MECUM*, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014, p.22.

¹⁵ DELATORRE, Daito **Lei Maria da Penha: Uma análise crítica sob as óticas penal e constitucional**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd06b8ea02fe5b1c>. Acesso em 25 out. 2014.

1.3 Princípio da Proporcionalidade

O magistrado e o legislador devem observar cuidadosamente o princípio em tese, evitando que ocorra uma desproporcionalidade da lei no caso concreto.

O princípio da proporcionalidade deve ser interpretado sob dois pontos de vista opostos, consistentes na proibição do excesso, assim como da proteção insuficiente de um determinado bem jurídico, buscando, assim, uma postura equilibrada do Direito Penal, não sendo necessário que este se caracterize pelos extremos.¹⁶

O problema jurídico e social da Lei Maria da Penha não foi ter uma chance de uma lei com regras mais severas para combater a violência doméstica em que a vítima é do gênero feminino, mas sim, a forma que tal lei foi instituída e incorporada estabelecendo critérios absurdamente diferenciadores desproporcionais entre homens e mulheres, ao ponto que a diferença de tratamento só se legitima até onde as diferenças não existirem mais, não podendo aceitar que somente o gênero feminino seja considerado hipossuficiente.

Podemos analisar, por exemplo, o artigo 7º da Lei nº 11.340/2006, que enumera as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, mais precisamente o inciso II:

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

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, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.¹⁷

Em comento ao dispositivo citado Felipe Mendes aduz o que se segue:

¹⁶ Favoretto, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012,.p.161.

¹⁷ BRASIL, LEI 11.340 DE 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 23 de out 2014.

Como se vê, o detalhamento das condutas que possam gerar violência doméstica contra a mulher chega a ser exagerado, ao passo que, se levada em consideração a interpretação literal desse dispositivo, qualquer discussão entre cônjuges ou companheiros, o que eventualmente é normal em qualquer relacionamento, poderia já ser configurada como uma forma de violência ensejadora da incidência dos procedimentos previstos no estatuto jurídico em cotejo.¹⁸

Diante do exposto anteriormente, vê-se que tem necessidade de fazer uma interpretação da Lei Maria da Penha, de acordo com o princípio da proporcionalidade, de maneira a impedir os excessos que a aplicação rígida da lei pode causar. Tão somente, não podemos nunca afirmar que uma mulher é mais vulnerável, sensível, etc.; psicologicamente que um homem, pois a mente é algo incontrolável e isso se encaixa em qualquer ser humano, independente de idade, raça, orientação sexual, gênero, etc.

Demonstra-se também o equívoco em utilizar o Direito Penal como primeira medida a ser tomada, revelando que, não raro, sua aplicação tem caráter nitidamente promocional, sem rigorismo científico, como é o caso da Lei n. 11.340/2006 que traz distinções não justificáveis, tratando desigualmente pessoas que se encontram na mesma situação fática.¹⁹

A proteção deve ser interpretada de acordo com todos os integrantes do convívio doméstico e familiar, e o tratamento desigual não está atingindo as finalidades do Direito Penal. Sempre comparando e analisando quais serão os benefícios que tal lei em tese poderá trazer à sociedade e também a contribuição que o violador da norma dará como forma de ressarcimento pelo delito.

Por essas razões, entende-se que a expressão mulher utilizada pela referida lei soa inconstitucional, devendo haver uma interpretação conforme a Constituição, a fim de harmonizar os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, de forma a estender a proteção a quem quer que seja, homem ou mulher, seja apenas de sexo ou de

¹⁸ MENDES, Felipe **Lei Maria da Penha e o princípio da igualdade**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/25716/a-lei-maria-da-penha-e-o-principio-da-igualdade>. Acesso em 23 out 2014.

¹⁹ DELATORRE, Daito **Lei Maria da Penha: Uma análise crítica sob as ópticas penal e constitucional**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd06b8ea02fe5b1c>. Acesso em 25 out. 2014.

gênero. Isso faria com que se acabasse com a celeuma provocada pelo legislador infraconstitucional.²⁰

A partir daqui trataremos do princípio da legalidade, sendo um dos princípios mais importantes no ramo do Direito Penal.

1.4 Princípio da Legalidade

Tem-se como um dos princípios mais importantes para o instrumento constitucional de proteção individual no ordenamento do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade.

Discorre Greco:

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal.²¹

Como sendo um Estado Democrático de Direito, cada indivíduo fica segurado que só será processado criminalmente caso o comportamento proibido seja delimitado pela lei. E também, visando que o indivíduo não pode ser surpreendido pelo Estado, a referida lei deverá ser anterior ao fato que o sujeito cometeu.

Diante disso, tem-se o artigo. 1º do Código Penal, que diz: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.²²

Em comento ao contido no princípio da legalidade:

²⁰DELATORRE, Daito **Lei Maria da Penha: Uma análise crítica sob as óticas penal e constitucional**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd06b8ea02fe5b1c>. Acesso em 25 out. 2014

²¹GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.94.

²²BRASIL, CÓDIGO PENAL **VADE MECUM**, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014, p.235.

Assim, o princípio da legalidade “contém, nele embutido, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação).²³

O princípio em tese estabelece que ninguém será punido sem que haja uma lei prévia, escrita, estrita e certa.

Tal princípio constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir no âmbito das liberdades individuais. Representando uma garantia dos cidadãos em vista da atuação estatal. Disposto disso tem-se a inclusão na Constituição Federal embarcando os direitos e garantias fundamentais.

O princípio da legalidade se encontra também em sentido amplo dando ênfase ao artigo. 5º, inciso II da Constituição Federal, que discorre:

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:
II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Discorrendo sobre a legalidade formal Rogério Greco aduz o que se segue:

Por legalidade formal entende-se a obediência aos trâmites procedimentais previstos pela Constituição para que determinado diploma legal possa vir a fazer parte de nosso ordenamento jurídico. Contudo, em um Estado Constitucional de Direito, no qual se pretenda adotar um modelo penal garantista, além da legalidade formal deve haver, também aquela de cunho material. Devem ser obedecidos não somente as formas e procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos.²⁴

²³ Favoretto, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.,p.87.

²⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.98-99

Trataremos agora das formas de integração e interpretação existentes para o caso da Lei Maria da Penha, objeto de tanta discussão nos dias atuais.

CAPÍTULO II - FORMAS DE INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEI PENAL

2.1 A interpretação Analógica

A interpretação analógica se faz referência a um pensamento que transfere a solução de um determinado caso a outro que não está inserido no ordenamento jurídico, mas que compartilha certas essências ou a mesma razão, ou seja, vinculam-se por uma matéria similar.

O legislador, em determinadas passagens do Código Penal, por não poder prever todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade, e que seriam similares àquelas por ele já elencadas, permitiu, expressamente, a utilização de um recurso, que também amplia o alcance da norma penal, conhecido como interpretação analógica. Primeiramente, o Código, atendendo ao princípio da legalidade, detalha todas as situações que quer regular e, posteriormente, permite que tudo aquilo que a elas seja semelhante possa também ser abrangido pelo mesmo artigo.²⁵

Ou seja, acontece por uma aplicação em um determinado caso ou situação destinada a situações que por comparação de elementos, se torna aplicável a este.

Analisando a lei penal. Se, para abranger situações não elencadas expressamente no tipo penal, o legislador nos fornecer uma fórmula casuística, seguindo-se a ela uma fórmula genérica, faremos, aqui, uma interpretação analógica.²⁶

Podemos comparar não confundindo, a interpretação analógica com a interpretação extensiva, sob o ponto de vista, que se explana o conteúdo da lei penal, obtendo a finalidade de abranger situações não inseridas expressamente pelo legislador, mas, contudo, foram desejadas por ele.

²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.44.

²⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.44.

A interpretação analógica, nos termos em que expusemos anteriormente, é perfeitamente admissível pelo próprio ordenamento jurídico nacional. Permanece, contudo, a vedação absoluta do emprego da analogia, em razão do mesmo princípio da legalidade, salvo quando for para beneficiar a defesa.²⁷

A partir daqui trataremos da analogia que é outra forma de interpretação das leis.

2.2 Analogia

A interpretação tem por objetivo encontrar a “vontade” da lei, ao contrário da analogia que a finalidade é suprir essa vontade, ao passo que só pode ocorrer na falta de tal vontade.

A analogia, convém registrar desde logo, não é propriamente forma de interpretação, mas de aplicação de norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, interpretativa, mas integrativa da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei. Na verdade, a analogia não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico. Nessa hipótese, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação²⁸

E completando, Rogério Greco discorre que:

Quando se inicia o estudo da analogia em Direito Penal, devemos partir da seguinte premissa: é terminantemente proibido, em virtude do princípio da legalidade, o recurso à analogia quando esta for utilizada de modo a prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja

²⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral, I 16. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2011, p.181.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral, I 16. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 177

ampliando o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador, etc.²⁹

Diante desses pensamentos, tem-se a distinção entre analogia *in bonam partem* e a analogia *in malam partem*:

A aplicação da analogia *in bonam partem*, além de ser perfeitamente viável, é muitas vezes necessária para que ao interpretarmos a lei penal não cheguemos a soluções absurdas. Se a analogia *in malam partem*, já deixamos entrever, é aquela que, de alguma maneira, prejudica o agente, a chamada analogia *in bonam partem*, ao contrário, é aquela que lhe é benéfica.³⁰

Analisando os conceitos elencados acima, conclui-se que caberia analogia aos homens sobre a Lei Maria da Penha enquanto vítimas, pois já estaria regulamentando a situação da mulher vítima de violência doméstica e familiar no qual já possui norma em vigência.

Além de prévia e escrita, a lei penal também deve ser estrita, característica a qual afasta a admissibilidade da analogia, como regra, no âmbito do Direito Penal. Apenas em caráter excepcional, quando venha trazer algum benefício ao acusado e , além disso, quando houver lacuna na lei, é que o referido meio supletivo de lacuna poderá ser admitido. Por fim, há a exigência de que a lei penal seja certa, isto é, clara, precisa, de maneira que possa ser corretamente compreendida por seus destinatários.³¹

Portanto, no Direito Penal só é possível aplicar analogia *in bonam partem*, ou seja, quando se é benéfica ao réu, sendo assim, não seria possível levar a violência doméstica e familiar contra o gênero masculino para a esfera de aplicação da Lei Maria da Penha, e com isso prejudicando o seu ofensor e ferindo a analogia *in bonam partem*, que por sua vez, é o mesmo que proibir a analogia *in malam partem* e assim afastando a aplicação analógica.

²⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.46.

³⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.47.

³¹ FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.,p.87.

2.3 Interpretação Extensiva

É uma forma de interpretação que abrange o sentido da norma além do que se está somente escrito, ou seja, se limita a incluir no conteúdo da norma já existente algo que apenas não havia sido explanado pelo legislador. “A interpretação é extensiva e admissível (embora o resultado seja discutível e, na atualidade, não se tenda a fazer aquela extensão, salvo em casos ostensivos).³²

Se o legislador não nos fornecer um padrão a ser seguido, teremos que ampliar o alcance do tipo penal em hipóteses não previstas, mas queridas por ele, e diante disso, teremos uma interpretação extensiva em sentido estrito.

Ocorre a interpretação extensiva quando, para que se possa conhecer a exata amplitude da lei, o intérprete necessita alargar seu alcance, haja vista ter aquela dito menos do que efetivamente pretendida (lexminus dixit quam voluit).³³

Todavia, o Código de Processo Penal em seu artigo 3º discorre: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.³⁴

Contudo, mesmo permitindo a aplicação da analogia e a interpretação extensiva, na matéria penal, deve-se atentar sempre para a regra quanto à vedação da analogia in malam partem.

Diante das discussões elencadas sobre analogia e interpretação extensiva, fica claro que não é a melhor solução para o conflito existente envolvendo o gênero masculino enquanto vítima de violência doméstica e familiar da Lei Maria da Penha. Até porque também, a interpretação extensiva ocorre quando o próprio legislador expressa essa brecha na lei.

³² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação**, 5 ed, São Paulo : Atlas, 2007, p.311.

³³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.42.

³⁴ BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, **VADE MECUM**, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014, p.276

2.4 A interpretação conforme a Constituição Federal

A Constituição Federal além de estabelecer uma hierarquia entre uma lei superior sob uma de nível inferior, também exerce o papel de vigilância da constitucionalidade das leis. "Interpretar é tentar buscar o efetivo alcance da norma. É procurar descobrir aquilo que ela tem a nos dizer com a maior precisão possível".³⁵

Marcelo Vicente de Alkmin Pimenta, completa que:

A par da imprescindibilidade de se interpretar a norma jurídica, a Constituição, com muito mais razão, há de ser interpretada, mormente por constituir o vértice da pirâmide normativa, da qual decorre toda e qualquer outra norma e com a qual deve se amoldar todo no nosso sistema jurídico-normativo. Além do mais, é a Constituição o instrumento de criação e de regulação do Estado, o que torna a sua interpretação ainda mais relevante. O importante é que toda Constituição exige interpretação, já que dela deriva todo o sistema normativo estatal e toda a estrutura político-jurídica do Estado.³⁶

Acerca da Lei Maria da Penha, é visível que o texto constitucional não foi integralmente respeitado e realizado, pois, a lei somente visou proteger a mulher vítima da violência doméstica e não os demais membros da família que muitas vezes são mais ou se igualam em relação à vulnerabilidade de uma violência doméstica.

Nesse sentido, diante de normas que comportem várias significações possíveis, deverá ser buscada aquela que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade. Com efeito, na interpretação das normas jurídicas, não pode o intérprete conferir a elas, significado que esteja em conflito com o Texto constitucional. O resultado da interpretação haverá, necessariamente, de estar em conformidade com a Constituição, sob pena de declaração de inconstitucionalidade.³⁷

³⁵BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, *VADE MECUM*, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014p.35.

³⁶ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Teoria da Constituição**, 2ed,Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.194-195.

³⁷PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Teoria da Constituição**, 2ed,Belo Horizonte: Del Rey, 2009,,p.213-214

A Lei Maria da Penha fere vários preceitos da Constituição Federal, começando em seu artigo. 5º, inciso I, violentando o princípio da igualdade. Porquanto, muitos tribunais vêm suscitando sobre a inconstitucionalidade da norma ou mesmo estendendo a sua eficácia aos homens, como forma de sanar a violação ao princípio constitucional citado acima. Sendo que a referida lei promove a distinção de gênero, partindo do pressuposto que toda mulher é vulnerável na esfera familiar ou nas relações íntimas de afeto.

Diante disso, a solução para que tal norma não se torne inconstitucional, uma vez que vem tendo eficácia jurídica, seria então uma interpretação conforme a Constituição Federal, assim, ampliando sua esfera de incidência.

Uma norma não deve tratar todos de forma igual literalmente apenas para respeitar o princípio da igualdade, porém, o que se discute nessa pesquisa é saber a distinção se é ou não constitucional e o que deve ser feito conforme a Constituição Federal prevê.

Insta enfatizar que a referida lei também fere o artigo. 226, § 8º, da Constituição Federal que cita: “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.”³⁸

Terminantemente, se vê que há uma espantosa diferença de tratamento ainda que a situação cultural leva às mulheres à condição preferencial de vítima dessa relação doméstica e familiar ou de íntima relação de afeto, teria outros meios de proteger vítimas de violência doméstica incluindo o gênero feminino em consonância com a Constituição Federal. “A finalidade, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional”.³⁹

³⁸ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA *VADE MECUM*, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014.

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 27. ed., São Paulo : Atlas, 2011, p.17.

CAPÍTULO III - DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA, AO GÊNERO MASCULINO

3.1 Finalidade e aspectos da Lei nº 11.340/2006

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, recebeu essa denominação em razão das agressões sofridas pela Maria da Penha Maia Fernandes em que o agente agressor era seu marido.

Entre as agressões, tiveram duas tentativas de homicídio sendo que uma delas deixou-a paraplégica.

O autor das tentativas de agressão e homicídio sofreu duas condenações, sendo uma anulada no ano de 1991 e a outra condenação no ano de 1996 onde obteve a sentença de prisão por dois anos.

Tendo isso gerado uma grande repercussão internacional, condenando ao Brasil ao pagamento de indenização em favor da vítima, pela demora no tempo para responsabilizar o agressor. Com isso, a Organização dos Estados Americanos iniciou em 2002 a elaboração de um projeto que resultou na aprovação e sanção da Lei nº 11.340/2006.

Na data de 22 de setembro de 2006, a Lei nº 11.340/2006, denominada Maria da Penha, entrou em vigor. Surgindo para proteger e dar garantias aos direitos das mulheres vítimas de qualquer tipo de violência doméstica e familiar, em uma interpretação literal da referida Lei, fazendo com que necessariamente a vítima seja mulher. Sendo assim, com a vigência da Lei Maria da Penha, surgiram inúmeras divergências sobre a sua constitucionalidade.

Logo em seu artigo 1º, a Lei Maria da Penha já define o seu objetivo que é coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

No entanto, apesar do artigo 1º da Lei referir-se à “violência doméstica e familiar contra a mulher”, o seu artigo 5º limita o objeto de incidência, ao determinar que “para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero”. E também, nos incisos dos artigos acima citados, a Lei menciona o contexto em que a violência de gênero deve

ser praticada no âmbito da unidade doméstica, da família ou em uma relação íntima de afeto. E ainda, em relação às formas de violência, não bastasse o *caput* do artigo 5º mencionar cinco formas, o artigo 7º, trata de defini-las, deixando claro que elas são meramente exemplificativas, quando, ainda no *caput*, utiliza a expressão “entre outras”.

Diante dos artigos referidos acima, conclui-se que objetivo da Lei Maria da Penha é coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto e não somente da mulher. Sendo que, a violência baseada no gênero é aquela decorrente das relações entre mulheres e homens, mas pode ser também da mulher contra mulher ou do homem contra homem. A sua característica fundamental está nas relações de gênero onde o masculino e o feminino, são culturalmente construídos e determinam em geral a violência.

Tem de se destacar que não só o gênero feminino se encontra sempre em vulnerabilidade em relação à violência doméstica e familiar, pois o gênero masculino em muitos casos é a parte mais frágil da relação íntima de afeto, seja ela fisicamente ou psicologicamente, sendo assim, cabendo-lhe perfeitamente a proteção da Lei nº 11.340/2006, visando sempre à igualdade entre os gêneros.

Fundando-se em um país democrático de direito, a Lei deve ser aplicada em todas as situações de violência doméstica, familiar ou de relação íntima de afeto, independente de gênero, orientação sexual, raça, etc. “A Lei 11.340/2006 extraiu do caldo da violência comum uma nova espécie, qual seja, aquela praticada contra a mulher (vítima própria), no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade (art. 5.º)”.⁴⁰

Devendo haver uma interpretação conforme a Constituição Federal, a fim de harmonizar os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

Discorre o artigo 5º em apreço:

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:

⁴⁰CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo** 5. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. Página 35.

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.⁴¹

Explanaremos agora alguns conceitos e comentários sobre as formas enunciadas de violência doméstica e familiar ou relação íntima de afeto:

Âmbito da Unidade Doméstica

Agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança (insere-se, na hipótese, a agressão do patrão em face da empregada). Hoje, diante das transformações da família e da vida moderna, a figura da empregada da casa passou a ser objeto de peças teatrais, algumas de muito sucesso, aparecendo como protagonista principal do enredo, tal o seu envolvimento com a vida das pessoas da residência. De se concluir, pois, que ela merece a proteção da Lei 11.340/2006.⁴²

A unidade doméstica consiste como vimos acima, no espaço caseiro, com pessoas vinculadas ou não, integrando também empregada doméstica, pois, é uma integrante da casa, mesmo que temporariamente muitas vezes.

A violência ocorrida na unidade doméstica não importa se todos os integrantes da casa são aparentados ou não, só o fato de ser no espaço caseiro já influencia.

Âmbito da Família

A violência no âmbito da família engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção).⁴³

⁴¹ BRASIL, LEI 11.340 DE 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 23 de out 2014.

⁴² CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo** 5. Ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 52 e 53 .

⁴³ CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo** 5. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 55.

A violência ocorrida no âmbito da família decorre exclusivamente que as pessoas sejam parentes sanguíneos, por afinidade ou por vontade expressa no caso de adoção. Diante disso, a violência decorrente no âmbito familiar depende das pessoas terem esse parentesco.

Qualquer relação íntima de afeto

O inc. III, de forma ampla (tornando, ao que parece, dispensáveis os incisos anteriores) etiquetou como violência “doméstica” qualquer agressão inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundado em camaradagem, confiança, amor etc. Na Lei 11.340/2006 basta a convivência presente ou passada, independentemente de coabitação. Ora, se agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do disposto no inc. III.⁴⁴

Para se configurar uma violência doméstica a Lei é muito ampla abarcando qualquer relação íntima de afeto entre as partes, independentemente de coabitação.

Orientação sexual

Notável a inovação trazida pela lei neste dispositivo legal, ao prever que a proteção à mulher, contra a violência, independe da orientação sexual dos envolvidos. Vale dizer, em outras palavras, que também a mulher homossexual, quando vítima de ataque perpetrado pela parceira, no âmbito da família – cujo conceito foi nitidamente ampliado pelo inc. II, deste artigo, para incluir também as relações homoafetivas – encontra-se sob a proteção do diploma legal em estudo.⁴⁵

O conceito de “família” teve alterações significativas, sendo a união de pessoas do mesmo sexo reconhecida juridicamente com seus direitos e obrigações. Com isso, nada mais justo que combater a violência doméstica nesse âmbito familiar visto que desavenças onde se tem amor são normais.

A noção da família tomou uma proporção bastante ampliada e diversificada, e mais na relação de afeto do que próprio sangue e sendo encarada como fator cultural. Diante disso, a legislação tem por obrigação de acompanhar a evolução da sociedade e dos novos tipos de família que se formam constantemente.

⁴⁴CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo** 5. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014., p. 60.

⁴⁵CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo** 5. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 62.

Violência Física

Violência física é o uso da força, mediante socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras etc., visando, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis*.⁴⁶

A violência física é o grande problema da Lei, julgando a tamanha força do homem se comparando com a mulher. Porém, há de se convir que existem casos de homens fisicamente mais fracos que algumas mulheres. No entanto, o homem sempre vai esconder o constrangimento e orgulho de ter sido violentado por uma mulher que muitas vezes são mais fracas que os homens. Sendo assim, não se pode deixar esses homens que desaprovem de força sem o amparo legal da Lei.

Violência Psicológica

Por violência psicológica entende-se a agressão emocional (tão ou mais grave que a física). O comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outrose sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído, configurando a *vis compulsiva*. Dependendo do caso concreto, a conduta do agente pode, v.g., caracterizar o crime de ameaça.⁴⁷

A violência psicológica, como dita acima pode se considerar a mais grave. Não pode se dizer jamais que uma mulher é mais vulnerável e frágil psicologicamente que um homem. O homem muitas vezes não denuncia a violência doméstica que sofre por orgulho ou constrangimento, e isso é uma violência psicológica que abala a estrutura emocional de um ser humano.

O conceito descrito da violência psicológica descreve muito bem sentimentos e situações ruins que qualquer ser humano esta sujeito a passar e sentir independente de gênero, orientação sexual, raça, idade, etc.

⁴⁶CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo 5**. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. ´p 68.

⁴⁷CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo5**. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.p. 68.

Violência Sexual

O inc. III, de forma ampla, entende por violência sexual qualquer conduta que constranja a mulher 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, de que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais reprodutivos.⁴⁸

A violência sexual, contrário do que muitos pensam, ocorre com o gênero masculino também, através de intimidação, ameaça, coação, entre outros tipos de meio forçado para constranger a vítima.

Porém esses casos de homens que são coagidos sexualmente ou até mesmo exercem profissão de prostituição são mais difíceis de descobrir por não serem tão divulgados com a frequência que tem a mulher por exemplo.

Todavia, merecem total apoio da Lei Maria da Penha, pois, são seres humanos também e com seus direitos sendo violados por uma discriminação absurda.

Violência Patrimonial

Entende-se por violência patrimonial 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. Esta forma de violência (a exemplo da violência do inciso seguinte) raramente se apresenta separada das demais, servindo, quase sempre, como meio para agredir, física ou psicologicamente, a vítima.⁴⁹

Ora, a violência patrimonial pode ocorrer com qualquer pessoa, sendo também uma forma de agressão física ou psicológica.

Hoje em dia mulheres e homens estão igualados em vários aspectos e para se violar patrimônio não existe restrição nenhuma entre os gêneros masculino e feminino. As duas partes tem a mesma capacidade física e mental para planejar violência patrimonial com perversidade por vingança, etc.

⁴⁸CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo** 5. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.69

⁴⁹ Cunha, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo** 5. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.70.

Violência Moral

A violência verbal, entendida como qualquer conduta que consista em calúnia (imputar à vítima a prática de determinado fato criminoso sabidamente falso), difamação (imputar à vítima a prática de determinado fato desonroso) ou injúria (atribuir à vítima qualidades negativas), normalmente se dá concomitantemente à violência psicológica.⁵⁰

Dentre as formas de violência, a verbal também é muito praticada por todos os seres humanos em geral. Vários processos resultam de calúnias, difamações e injúrias que as pessoas praticam umas com as outras, e ainda muitas vezes por motivos fúteis. Portanto, vimos explicitamente às formas de violência doméstica existentes em nosso ordenamento jurídico.

3.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Em face da importância e do interesse geral no tema, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a Lei Maria da Penha. É importante trazer algumas considerações sobre o julgado da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424, como o Voto do Senhor Ministro Marco Aurélio:

[...] O ministro Marco Aurélio, relator das ações que envolvem a análise de dispositivos da Lei Maria da Penha (ADC 19 e ADI 4424) no Supremo Tribunal Federal (STF), votou pela procedência da ADC 19, a fim de declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Essa norma cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A mulher, conforme o ministro, é vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. “Não há dúvida sobre o histórico de discriminação por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem – se é que acontecem – contra homens em situação similar”, avaliou. [...]⁵¹

⁵⁰CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo** 5. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. P.72.

⁵¹BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4424, Rel . Min Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>. Acesso 05 de nov de 2014.

Ora, ninguém pode julgar que o gênero masculino não seja vulnerável ao gênero feminino, pelo menos psicologicamente. Muitas vezes o físico pode ser mais forte, porém o psicológico de uma pessoa ninguém pode fazer distinções tão absurdas. A relação de estatísticas só não é mostrada na mídia, pois, os homens são muito machistas e orgulhosos em admitir que são violentados por uma mulher. Mas não podemos fazer disso uma discriminação em relação ao gênero masculino, colocando a mulher sempre no papel de vítima e o homem no papel de autor.

O ministro disse ainda que, a Lei Maria da Penha:

[...] retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça”. Ele entendeu que a norma mitiga realidade de discriminação social e cultural “que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material sem restringir de maneira desarrazoada o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino”, ressaltando que a Constituição Federal protege, especialmente, a família e todos os seus integrantes. [...]⁵²

Todavia, mostra-se contraditório e discriminatório mais uma vez quando ele ressalta que a Constituição Federal protege a família e todos os seus integrantes. Sendo assim, não cabendo deixar de fora o gênero masculino quando incorre de violência doméstica e familiar, pois, a referida Lei deveria abarcar tal violência em geral e não fazendo distinção de gêneros.

O relator ainda apontou que o ordenamento jurídico brasileiro prevê tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como é o caso do idoso, da criança e do adolescente.

Porém, é errôneo dizer que o gênero masculino não se enquadra em situação de hipossuficiência muitas vezes da mesma forma que o gênero feminino, ainda mais quando se diz psicologicamente. Sendo assim, deveria a referida Lei ser exclusivamente para o tratamento de violência doméstica e familiar de modo geral, sem distinção de idade, raça, orientação sexual, entre outros, abarcando sua proteção ampla e de modo igualitário e justo.

⁵²BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4424, Rel . Min Marco AurélioDisponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>. Acesso 05 de novembro de 2014.

Sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o ministro Marco Aurélio considerou que:

“A Lei Maria da Penha não implicou obrigação, mas a faculdade de criação dos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher”, salientou o ministro, ao lembrar que não é inédita no ordenamento a elaboração de sugestão, mediante lei federal, para a criação de órgãos jurisdicionais especializados em âmbito estadual. Nesse sentido, citou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei de Falência, entre outros.⁵³

Sendo assim, o entendimento do relator ministro Marco Aurélio quanto à ADC 19 foi acompanhado pelos demais ministros da Corte.

3.3 Da aplicação da Lei nº 11.340/2006 ao gênero masculino

Apesar de suas inconsistências, a Lei Maria da Penha padece de constitucionalidade. Porém, ao tratar do tema, a lei discorre que sua aplicação independe de orientação sexual nos seus artigos 2º e 5º, parágrafo único, sendo suficiente que a agressão tenha ocorrido no âmbito da unidade doméstica, com ou sem vínculos familiares, unidos por laços naturais ou por afinidade e ainda decorrente de relação íntima de afeto, mesmo que não exista coabitação.

Sabe-se que algumas discordâncias já foram solucionadas pela Corte, porém, o sujeito passivo ainda suscita inúmeras controvérsias entre os Tribunais e juristas de todo o país. Parte prega por sua incidência às pessoas do gênero masculino, outros se posicionam contrários a esse entendimento.

Verifica-se, portanto, que o tema encontra uma gama de discussões e é grande a divergência entre doutrinadores e até mesmo entre os tribunais.

Neste diapasão, teceremos neste tópico breves comentários acerca das decisões proferidas relativas às ações que versam sobre o tema em epígrafe.

⁵³BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4424, Rel . Min Marco Aurélio Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>. Acesso 05 de novembro de 2014.

A decisão abaixo se trata de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 13ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte (Vara especializada em violência doméstica), em face do MM. Juiz de Direito 11º Vara Criminal da mesma Comarca. Consta nos autos que Íris Resende Neiva do Carmo praticou agressão física contra seu cônjuge, a vítima Samuel Justiniano do Carmo. *In verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - DELITO COMETIDO NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - AGRESSÃO DE MULHER CONTRA CÔNJUGE - APLICABILIDADE DA LEI Nº. 11.340/06 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESPECIALIZADA. 1 - A Lei Maria da Penha tem por objetivo coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, possibilitando que tanto o homem quanto a mulher figurem como sujeito passivo nos crimes abarcados pela referida norma. 2 - Enquanto não estruturados os Juizados Especiais da Violência Doméstica e Familiar, em consonância com o disposto no art. 33, da Lei 11.340/06, fica prorrogada a competência da Vara Criminal Comum para o processamento de delitos praticados contra a mulher decorrentes da referida violência. ⁵⁴

O Relator/Desembargador Paulo César Dias ao proferir seu voto salientou que para muitos, as normas penais de erradicação da violência previstas na Lei 11.340/06, que têm como sujeito passivo a mulher e como sujeito ativo o homem, não ofendem o princípio da igualdade, mas que, contudo, para outros, por restringir a norma à violência praticada contra as mulheres e afastar sua aplicação aos homens em igual situação, ofende o referido princípio, motivo pelo qual, seria inconstitucional.

O referido Relator posicionou-se no sentido de que realmente a Lei Maria da Penha traz uma discriminação de direitos entre homens e mulheres, pois à luz da Constituição Federal "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações", premissa essa que configura o princípio da igualdade.

Ele destaca ainda que apesar de reconhecer a vulnerabilidade física do gênero feminino em relação ao masculino, não vê a impossibilidade de um homem ser vítima de violência doméstica, indagando sugestivamente o pôr que não se

⁵⁴BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, - CJ: 10000130585672000 MG , Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 24/09/2013, Câmaras Criminais/3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/10/2013Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117674178/conflito-de-jurisdicao-cj-10000130585672000-mg/inteiro-teor-117674225>> acesso em 10 de nov de 2014.
> acesso em 10 de novembro de 2014.

estabelecer o crime de violência doméstica, simplesmente, sem se estabelecer como sujeito passivo a mulher e como sujeito ativo o homem.

Cumpra dizer em consonância com o entendimento adotado pelo Relator o voto dos demais Desembargadores.

Em outra oportunidade o Desembargador manteve sua linha de pensamento sobre a temática, como se vê da ementa a seguir:

Apelação criminal. Lesão corporal praticada por filho contra genitor. Incidência da Lei Maria da Penha. Princípio da igualdade. Pena-base exacerbada. Redução. *Sursis*. Impossibilidade. Ausência dos requisitos subjetivos. Recurso a que se dá parcial provimento. - A Lei Maria da Penha tem por objetivo coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, possibilitando que tanto o homem quanto a mulher figurem como sujeito passivo nos crimes abarcados pela referida norma.⁵⁵

A questão posta nestes autos é referente ao réu Adilson de Abreu, que foi denunciado e condenado como incurso nas sanções do art. 129, § 9º, do Código Penal, recebendo pena de um ano e oito meses de detenção, em regime aberto. Todavia, inconformada com parte do *decisum*, ele recorreu, sustentando a inaplicabilidade da Lei 11.340/06 ao caso e pugnando pela concessão do benefício do *sursis*.

Como se pode perceber a questão é alvo de muitas controvérsias, como exposto no caso acima, em que em liames gerais se trata de agressão do pelo filho contra seu genitor, sendo que na defesa ele argumentou pela não aplicação de Lei Maria da Penha ao seu caso, tendo em vista, que a lei tem como único sujeito passivo a mulher.

Todavia, analisando o caso, pode-se constatar que o fato ocorreu no âmbito doméstico, entre membros de uma entidade familiar, restando, apenas, para quaisquer questionamentos o que fosse referente aos sujeitos do crime (autor e vítima).

Diante dessa perspectiva, assim como entendemos neste trabalho, o Relator da ação, Desembargador. Paulo César Dias manteve posicionamento já adotado por

⁵⁵ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.10.016056-6/001, DES. PAULO CÉZAR DIAS.** Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.10.016056-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 10 de novembro de 2014

ele, sendo também neste sentido o voto do presidente que se manifestou explicando que o bem jurídico tutelado pela norma aninhada no § 9º do art. 129 do Estatuto Aflitivo, malgrado sua atual redação tenha sido alterada pela Lei Maria da Penha, não é a integridade física apenas da mulher, mas do ascendente, descendente, irmão, cônjuge, companheiro ou de quem mantenha com o agente relações domésticas e até mesmo de hospitalidade, independentemente do gênero da vítima, isto é, se homem ou mulher.⁵⁶

Depreende-se, portanto, que o gênero a que pertence a vítima, seja, homem ou mulher, assim como qual sua posição na linha de parentesco, no caso último tratado, sendo, pai e filho, não impede que seja aplicada a Lei Maria da Penha, haja vista que resta configurada a violência doméstica.

Não há de se duvidar que a lei abarca as relações homoafetivas. No entanto, aparentemente tem que ser apenas do gênero feminino, como por exemplo, as lésbicas são amparadas pela respectiva lei, assim, já demonstrando o caráter discriminatório. Uma vez que as uniões homoafetivas já são amparadas pela lei como forma de entidade familiar, não se justifica que o amor entre iguais seja banido no âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica.

Entende-se que a Lei Maria da Penha deva ser aplicada também no caso dos gays. Quando a lei vem abarcar o núcleo familiar, conseqüentemente trata das relações homoafetivas e a lei é carecedora de efetivação por não incluir pessoas do gênero masculino, como se estes não fizessem parte do seio familiar. E acompanhando o comportamento da sociedade, os tribunais já foral solicitados a decidir sobre o tema.

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. Trata-se 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

⁵⁶BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.10.016056-6/001, DES. PAULO CÉZAR DIAS.** Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.10.016056-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 10 de novembro de 2014

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.⁵⁷

Pela ementa acima se depreende que o princípio constitucional da igualdade insculpido no artigo. 5º não permite que se faça distinção entre as pessoas, de modo tal que a orientação sexual dessas não pode ser usada como critério para que as exclua da proteção constante da Lei Maria da Penha caso sofram violência doméstica.

Ademais, a própria Lei Maria da Penha, em seu artigo. 5º, parágrafo único, dista que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual, como dissemos anteriormente, o que nos leva à conclusão de que as relações homossexuais se encontram abarcadas pela máxima prevista na Lei Maria da Penha, sob pena que o desrespeito a esta afirmativas eive o dispositivo de inconstitucionalidade.

Por fim, veda-se constitucionalmente qualquer tipo de discriminação em relação ao gênero e aos princípios constitucionais como por exemplo dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Sendo as relações homoafetivas um fenômeno social, merecem respeito e proteção ampla pra alcançar os valores familiares e sociais.

Todavia, a lei não pode amparar apenas às mulheres e com isso, se tiver um verdadeiro interesse do Estado em extrair a marginalização e a discriminação, o primeiro passo seria tutelar o direito de todas as pessoas indistintamente se é homem ou mulher, criança ou idoso, etc.

A violência doméstica e familiar já ocorre desde muito tempo atrás crescendo pavorosamente, porém, a mídia na época do caso referido deu muito ênfase fazendo com que isso gerasse uma Lei própria. No entanto, o legislador prestou tanta

⁵⁷ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA REsp: 827962 RS 2006/0057725-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 21/06/2011 Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 63, nº 202, p. 213-289, jul./set. 2012.

atenção no enfoque que a mídia deu para o caso citado da Maria da Penha que se descuidou de vislumbrar nossa Constituição Federal e os princípios vigentes em nosso ordenamento jurídico.

Ora, de que adianta protestar sobre discriminação entre os gêneros masculino e feminino, se os próprios legisladores criam leis que atingem a máxima distinção e discriminação de todas as formas possíveis na sociedade.

Todavia, outro ponto que se discute é sobre as medidas protetivas de urgência em desfavor do agressor. Depois de constatada a agressão nos termos da Lei Maria da Penha o juiz poderá aplicar sanções de imediato, em conjunto ou separadamente, descritas no artigo 22 da referida Lei:

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

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

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

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

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

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

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

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

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.⁵⁸

Diante do exposto, se indaga o motivo do homem não poder ter as medidas protetivas de urgência, pois, em situação de vulnerabilidade, com psicológico abalado depois de uma violência doméstica sofrida, é muito normal a pessoa ficar traumatizada e tais medidas ajudam nesse âmbito e com isso ensejando as vítimas de violência doméstica maior segurança na aplicação da Lei, independente de gênero.

⁵⁸BRASIL, LEI 11.340 DE 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em 23 de out 2014.

A situação exposta nessa pesquisa é dar ênfase a proteção da violência doméstica, familiar ou de relacionamento íntimo, sem distinção de pessoas ou vínculos. Pois, a violência ocorre diariamente entre todos os tipos de pessoas envolvidas e somente a mulher sendo protegida por tamanha violência é uma discriminação absurda.

A família é à base do desenvolvimento humano e configura-se como a primeira instituição responsável pela socialização dos indivíduos, oferecendo um suporte para o desenvolvimento físico, social, emocional, afetivo e psicológico de todos os membros que fazem parte desse sistema.

A participação ativa da mulher nas organizações de trabalho envolveu lutas sociais e de gênero a qual possibilitaram uma revolução dos sexos permitindo que a mulher pudesse realizar vários papéis sociais, como, profissional, estudante, dona de casa, mãe, entre outros, ademais, a mulher precisa dar conta dos afazeres domésticos, dos cuidados e da educação dos filhos, da sua capacitação profissional e dos cuidados estéticos.

Diante disso, configura-se que a mulher tomou destaque na sociedade se igualando ao homem em questões de direitos e obrigações. Sendo assim, não se pode fazer uma distinção entre estes com relação a uma violência praticada por ambos em um ambiente onde a harmonia deve sobrepor.

Vejamos um julgado onde as medidas protetivas vigoram em favor do gênero masculino:

1. 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 freqüentemente se encontram inseridas.

2. 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.

3. Apesar de reconhecer a possibilidade de aplicação analógica das medidas protetivas insertas na Lei Maria da Penha quando a vítima for do gênero masculino, não se pode olvidar que este entendimento não possui o condão de alterar a competência para processar e julgar o feito. Isto porque, a competência da Vara Especializada, no caso, o Juízo suscitante, se dá em razão da matéria, limitando-se, *In casu*, ao processamento, julgamento e execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto gênero, nos termos do art. 14 da Lei 11.340/06.

4. Conflito julgado procedente, declarando o Juízo da 8ª Vara Criminal de Vitória como competente para o julgamento da ação penal respectiva. (grifos nossos)⁵⁹

Diante do exposto, pode se dizer que ficou bem claro a posição do relator Sérgio Luiz Teixeira Gama, em dizer que é perfeitamente aplicável as medidas protetivas de urgência em desfavor do agressor em relação a qualquer sujeito passivo, não somente a mulher, mas desde que tenha ocorrido dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, podendo assim ser homem ou mulher a pessoa protegida pela Lei.

Portanto, deveria ser esse o entendimento de todos os tribunais a julgar casos da Lei Maria da Penha, onde seria uma Lei com muito mais afetividade social e jurídica diante de proteger o ser humano em geral em uma situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade.

⁵⁹ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO CC 0002193-72.2012.8.08.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama; Jul. 05/09/2012, DJES 17/09/2012. Acesso em 10 nov. 2014..

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que abordamos, entende-se que é aplicável a Lei Maria da Penha a homens vítimas de violência doméstica, quando se encontrarem em situação de vulnerabilidade, em qualquer razão, seja de idade, condições físicas ou mentais, orientação sexual, etc.

A questão do gênero tem sido bem analisada. Tendo o Superior Tribunal de Justiça; reconhecendo que além de outros requisitos, também é necessário haver uma constatação de violência de gênero para que a Lei Maria da Penha seja aplicada.

Portanto, a referida Lei, deverá ser aplicada em razão do gênero, ou seja, não importando se o agressor é homem ou mulher, mas mantendo uma relação afetiva ou íntima com a vítima.

A caracterização da violência doméstica é a existência de uma relação familiar ou de afetividade entre as pessoas envolvidas e que estejam em situação de vulnerabilidade. Com o reconhecimento da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, se confirma a aplicação da Lei Maria da Penha aos casais homossexuais.

Diante do exposto, visa ressaltar que os dispositivos legais da referida Lei, ao estender sua finalidade aos homossexuais, gera uma discriminação em face dos gays, ao dizer que o gênero masculino não pode ser sujeito passivo, ainda que a agressão tenha ocorrido de violência doméstica e familiar. Sendo que reconhecida como entidade familiar a união afetiva de duas mulheres e de dois homens gozam dos mesmos direitos.

Insta enfatizar que temos a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da nossa República com os objetivos de construir uma sociedade livre, solidária e justa, erradicando as desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor ou sexo.

Todavia, espera-se que o aplicador da Lei se baseie na Constituição Federal e decida os casos concretos por suas próprias convicções a respeito da Lei Maria da Penha, sempre com o objetivo de fazer justiça igualitária para todos em situação idêntica ou similar.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral, I 16. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. **VADE MECUM**, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014.

BRASIL, CÓDIGO PENAL **VADE MECUM**, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014.

BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, **VADE MECUM**, 5 ed. São Paulo: Impetus, 2014.

BRASIL, LEI 11.340 DE 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 23 de out 2014.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4424, Rel . Min Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>. Acesso 05 de nov de 2014.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4424, Rel . Min Marco Aurélio Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>. Acesso 05 de novembro de 2014.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4424, Rel . Min Marco Aurélio Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>. Acesso 05 de novembro de 2014.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, - CJ: 10000130585672000 MG , Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 24/09/2013, Câmaras Criminais/3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/10/2013 Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117674178/conflito-de-jurisdicao-cj-10000130585672000-mg/inteiro-teor-117674225>> acesso em 10 de nov de 2014.
> acesso em 10 de novembro de 2014.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.10.016056-6/001, DES. PAULO CÉZAR DIAS**. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.10.016056-6-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 10 de novembro de 2014

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA REsp: 827962 RS 2006/0057725-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 21/06/2011 Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 63, nº 202, p. 213-289, jul./set. 2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO CC 0002193-72.2012.8.08.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama; Jul. 05/09/2012, DJES 17/09/2012. Acesso em 10 nov. 2014..

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica : Lei Maria da Penha : comentada artigo por artigo** 5. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DELATORRE, Daito **Lei Maria da Penha: Uma análise crítica sob as óticas penal e constitucional.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd06b8ea02fe5b1c>. Acesso em 25 out. 2014.

DULLIUS, Aladio Anastácio **Princípio da dignidade da pessoa humana e atendimento interdisciplinar as vítimas da violência doméstica.** Disponível em http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10477&n_link=revista_artigos_litura. Acesso em 18 out 2014.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação**, 5 ed, São Paulo : Atlas, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** – 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MACHADO, Rodrigo de Oliveira. **Aplicação da Lei Maria da Penha a homens vítimas de violência doméstica.** Disponível em <http://jus.com.br/artigos/19703/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-a-homens-vitimas-de-violencia-domestica>. Acesso em 11 out 2014.

MENDES, Felipe **Lei Maria da Penha e o princípio da igualdade.** Disponível em <http://jus.com.br/artigos/25716/a-lei-maria-da-penha-e-o-principio-da-igualdade>. Acesso em 23 out 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** 27 ed, São Paulo : Atlas, 2011.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Teoria da Constituição** 2 ed. Revista, atualizada e ampliada Belo Horizonte: Del Rey, 2009.