

A LEI MARIA DA PENHA E SUA APLICABILIDADE NOS CASOS DE UNIÃO HOMOAFETIVA¹

Antonia Francione Lopes do Couto Melo²
Fernanda Abreu de Oliveira³

RESUMO

A Lei 11.340/06, conhecida como a Lei Maria da Penha, passou a vigorar no nosso ordenamento jurídico em 2006 com a finalidade de combater e prevenir a violência de gênero praticada no âmbito doméstico e/ou familiar. Esta Lei representou um marco importante nesse caminho de luta, para a proteção da mulher contra todas as formas de violência doméstica. Porém a aplicação da referida lei aos casos concretos de sua regência, aliada essa aplicação ao estudo do alcance da expressão gênero, tal como trata o artigo 5º da mencionada norma, tem indicado a possibilidade de sua aplicação em relação pessoal independentemente da orientação sexual de seus integrantes, sendo pertinente analisar sua incidência sobre uniões homoafetivas. Esse é o ponto central do presente trabalho, sendo sua problemática analisar se a Lei Maria da Penha se aplica nos casos de uniões homoafetivas, tanto de homens quanto de mulheres. Durante o desenrolar do trabalho observou-se que principalmente a jurisprudência já vem se expressando a favor de tal aplicação, em particular em casos de violência dentro do ambiente familiar, mesmo que a parte vitimada não seja uma mulher no sentido biológico dessa expressão. No caso tem-se vislumbrado a predominância da identidade sexual da pessoa vitimada, tal como sucede, com mulheres transgênero que mesmo sem alteração civil, mas se identificam com o sexo feminino e encontram-se em situação de vulnerabilidade, vislumbrando-se também a aplicação da norma em favor de homossexuais do sexo masculino, que da mesma forma se encontrem em situação de vulnerabilidade, sendo que esteja inserido no contexto familiar, e que mantenham relação de afeto e sejam comprovada algum tipo de violência que se enquadra na referida norma.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. União Homoafetiva. Aplicabilidade. Violência doméstica. Gênero.

¹ Artigo apresentado a Universidade Potiguar – UNP, como parte dos requisitos para contenção do título de Bacharel em Direito

² Graduanda em Direito pela Universidade Potiguar – francionecouto@unp.br

³ Orientadora, professora da Universidade Potiguar, Advogada, Especialista em Direitos Humanos, Mestre em Direito Constitucional – fernanda.oliveira@unp.br

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, recebeu esse nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica brasileira e atualmente militante na defesa das mulheres vítimas de violência, ela que foi vítima de violência doméstica praticada por seu companheiro. Maria da Penha lutou para que seu agressor recebesse a punição adequada, recorreu até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que através do relatório de nº 54, exigiu que o Brasil elaborasse legislação em conformidade com convenções internacionais do qual o país era signatário, destinada a prevenção e repressão da violência doméstica contra a mulher.

Apesar de a Lei ter sido criada para a proteção da mulher contra a violência doméstica, em virtude dos números alarmantes de casos praticados contra pessoas do sexo feminino. Porém o que será analisado no presente trabalho é se essa proteção se estende aos casos de uniões homoafetivas, pessoas do mesmo sexo que vivem em uma relação íntima de afeto, num ambiente familiar.

A Lei 11.340/2006 traz uma importante inovação em seu artigo 5º, inciso II e parágrafo único, ao estabelecer que família é comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade, ou por vontade expressa e que as relações sexuais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual, o que dá margem para entendimento de aplicação em outras situações.

Neste sentido, pretende-se com este trabalho discorrer sobre o tema da violência doméstica contra homossexuais, principalmente nos casos de dois homens, pois a lei especifica a proteção para mulher. A própria Constituição prevê que homens e mulheres são iguais perante a lei, dessa forma a Lei Maria da Penha seria de certa forma discriminatória, indo contra os preceitos constitucionais.

Para melhor entendimento, no decorrer desse trabalho faremos uma breve introdução sobre o conceito de violência doméstica e também uma análise sobre os tipos de violência que trata essa norma. Outro ponto abordado

será sobre o que a Constituição considera como família, e o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O Direito de Família na nossa Constituição, em seu artigo 226 considera o casamento civil e religioso com efeitos civis, atualmente também considera a união estável com todos os direitos do casamento, e considera também a família monoparental. Essas são as formas de família trazida pela nossa Constituição, porém também já é reconhecida a união homoafetiva no Brasil, depois da resolução de nº 175 do CNJ, *que dispõe de sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo.*

Este que será o ponto principal de discussão a ser desenvolvido pelo presente trabalho, a aplicação da Lei Maria da Penha nos casos de união homoafetiva, desde que já podem ser considerado família, e a Lei trata da violência no âmbito familiar. Por que não ter a proteção dessa Lei nos casos onde sejam comprovados os requisitos básicos trazidos pela lei, como ambiente familiar ou doméstico, em relação íntima de afeto, vulnerabilidade? Devemos tentar desconstruir pré-conceito sobre um assunto controverso e costumeiramente evitado pela maioria das pessoas, que é a questão da identidade de gênero e orientação sexual.

Restando, através desse trabalho realizar um estudo por meio de pesquisa bibliográfica, análise da legislação, doutrina, e jurisprudência, observar como a Justiça vem se posicionando perante essa identificação, aprofundando-se em várias hipóteses de violência de gênero nos ambientes doméstico e familiar.

2. BREVE INTRODUÇÃO SOBRE A LEI 11.340/2006

2.2 A CRIAÇÃO DA LEI E SUA FINALIDADE

A Lei 11.340/2006 que ficou conhecida como “Lei Maria da Penha” recebeu este nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, que lutou durante 20 anos para ver justiça sobre seu agressor, o seu esposo. Maria

da Penha, farmacêutica, foi casada com um professor universitário chamado Marcos Antônio Heredia Viveiros. Após anos de violência doméstica, foi vítima de duas tentativas de homicídio praticadas por seu esposo, em 1983 a primeira agressão, um tiro enquanto dormia que a deixou paraplégica. Depois de se recuperar, sofreu outras agressões, foi empurrada da cadeira de rodas e uma nova tentativa de assassinato quando ele tentou eletrocutá-la no chuveiro. (FERNANDES, 2015, p. 16)

Foram feitas as denúncias ao órgão competente, por Maria da Penha que estava sendo vítima de violência doméstica, praticada por seu companheiro. Sedo que o primeiro julgamento só ocorreu oito anos após as tentativas, mas os advogados do agressor conseguiram anular o julgamento, depois de 15 anos de luta e pressões a justiça brasileira ainda não havia decidido o caso de Maria da Penha. No ano de 1996 aconteceu outro julgamento e ele foi julgado e condenado, mais conseguiu recorrer. Só em 2002 o agressor foi preso, mais cumpriu apenas dois anos de prisão. (DIAS, 2015, p. 22).

Durante esse período de luta por justiça, Maria da Penha recorreu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão integrante da OEA (Organização dos Estados Americanos). Saiu a decisão com o Relatório nº 54 da OEA, condenando o Brasil a pagar indenização de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, e responsabilizando o estado brasileiro por negligência e omissão frente a violência doméstica. A Corte Interamericana ainda compeliu o Brasil a elaborar legislação em conformidade com convenções internacionais do qual o país era signatário, destinada a prevenção e repressão da violência doméstica contra a mulher.

O Brasil então resolveu dar cumprimento às convenções e tratados internacionais do qual é signatário. Daí a referência na ementa da Lei, à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e à Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher, a chamada Convenção de Belém do Pará. (DIAS, 2015, p.22)

Com a decisão de nº 54 da OEA e com o apoio de várias ONG's (Organizações Não Governamentais), o projeto foi iniciado no ano de 2002, e

em 2004 foi enviado ao Congresso Nacional. Finalmente, em 07 de Agosto de 2006 a Lei 11.340/2006 foi sancionada pelo Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, e em 22 de setembro de 2006 entrou em vigor.

A Lei Maria da Penha foi criada com a finalidade de proteger a mulher da violência praticada no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto, assim descreve no artigo 5º da Lei 11.340/06. Esta lei entra no nosso ordenamento jurídico com intuito de contribuir para modificar uma realidade social, em que discrimina a mulher nas relações familiares ou domésticas.

O art. 1º da referida Lei, especifica o seu principal objetivo

“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 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”. (BRASIL, 2006)

Anterior a criação da Lei 11.340/06, as situações de violência contra a mulher eram julgadas segundo a Lei 9.099/95 e grande parte dos casos eram considerados crime de menor potencial ofensivo, cuja pena ia até dois anos e os casos eram encaminhados aos Juizados Especiais Criminais (JECRIM). Nenhuma medida protetiva era oferecida a vítima, as penas muitas vezes eram simbólicas, como cestas básicas ou trabalho comunitário, o que contribuía para produzir um sentimento de impunidade. Então o art. 41 da Lei Maria da Penha expressamente afasta a aplicabilidade da Lei 9.099/95, para que seja aplicada a Lei 11.340/06 em que trata da violência doméstica de forma mais específica. (CERQUEIRA et al, 2015, p. 8)

A introdução dessa Lei no nosso ordenamento jurídico foi um grande avanço, pois tratou de forma específica e isolada a questão da violência doméstica e familiar, com normas e punições mais severas. Agora partiremos para o próximo ponto onde abordaremos o conceito e os tipos de violência doméstica e familiar trazidos por essa norma.

3. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

3.1 CONCEITO E TIPOS DE VIOLÊNCIA QUE ABORDA A LEI 11.340/2006

O conceito de violência doméstica nas palavras de Damásio de Jesus:

“Entende-se por violência familiar, intrafamiliar ou doméstica toda ação ou omissão cometida no seio de uma família por um de seus membros, ameaçando a vida, a integridade física ou psíquica, incluindo a liberdade, causando sérios danos ao desenvolvimento de sua personalidade”. (JESUS 2015, p. 8)

A Lei em questão enfatiza a violência mais especificamente contra a mulher, porém não podemos esquecer que quando se fala em ambiente familiar, trata-se de qualquer integrante da família que se encontre em situação de vulnerabilidade. Neste âmbito também poderá classificar como grupo de risco, além das mulheres, crianças, pessoas com deficiência física e mental, e idosos. (JESUS, 2015, p.9)

O que a Lei 11.340/06 apresenta sobre a violência doméstica e familiar, está discriminado em seu artigo 5º e art. 7º, dizendo-se dos tipos de violência abordados por esta Lei. Podem ser considerada violência de diversas formas no âmbito da unidade doméstica, sem necessidade de vínculos parentais conforme previsão do art. 5º, I, da lei 11.340/06, enquanto as situações que estariam relacionadas as formas de violência familiar que podem ser praticadas por parentes, ou pessoas com vínculo afetivo que conviva, tenha convivido independente de coabitação, assim diz o art. 5º, II e III. Isso significa que um namoro, ou agressões de ex-marido também se enquadra neste artigo e não é necessário a coabitação.

De forma sucinta iremos analisar o artigo 7º da Lei em questão e seus incisos, onde trata dos tipos de violência doméstica. O primeiro trata da violência física, a mais comum na maioria dos casos trata-se da violência física. O art. 7º, I “a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”.

Este tipo de violência ocorre quando causa ou tenta causar um dano por meio de força física, que resulte em lesões corporais.

É considerada agressão física, ainda que não deixe marcas aparentes, basta a mulher alegar que foi vítima de violência física, a palavra da vítima dispõe de presunção de veracidade, ocorrendo inversão do ônus da prova. (DIAS 2015, p. 71)

A violência que trata o inciso II, é a violência psicológica, essa talvez um pouco mais difícil de identificar e com menor índice de denúncia, porém pode ser o ponto de partida para as agressões físicas. Assim diz o art. 7º, II:

“a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima 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 à autodeterminação”. (BRASIL, 2006)

No caso da violência psicológica é considerada toda ação ou omissão que causa ou visa causar dano a autoestima, a identidade ou ao desenvolvimento da pessoa.

Esse tipo de violência também é frequente e pode levar a pessoa se sentir desvalorizada, sofrer de ansiedade e adoecer com facilidade, essas situações se agravadas podem até levar a pessoa a provocar o suicídio. É a chamada agressão emocional que é tão ou mais grave que a violência física, acontece quando o agressor ameaça, humilha, ou discrimina a vítima.

A violência psicológica atinge o interior, deixa marcas na alma. Por isso suas consequências podem ser mais gravosas. Alguns companheiros utilizam de xingamento, palavras para deixar sua companheira a uma condição inferior, enquanto se coloca em um patamar de superioridade. (DIAS 2015, p. 73).

Outro tipo de violência doméstica abordada pela lei, é a violência sexual, trazida pelo inciso III do mesmo artigo:

“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, à 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”. (BRASIL,2006)

É considerada violência sexual toda ação na qual uma pessoa, em situação de poder, obriga uma outra à realização de práticas sexuais contra a vontade, por meio da força física, da influência psicológica como a intimidação, aliciamento, sedução, ou até mesmo através de uso de armas ou drogas.

Sobre direitos sexuais e reprodutivos explica Bianchini:

“Os **direitos sexuais** pressupõem a livre exploração da orientação sexual, podendo a pessoa promover a escolha do parceiro(s) e exercer a prática sexual de forma dissociada do objetivo reprodutivo. Deve ser assegurado o direito à prática sexual protegida de doenças sexualmente transmissíveis, além do necessário respeito à integridade física e moral. Já os **direitos reprodutivos** levam em conta a livre escolha do número de filhos que um casal deseja ter, independentemente de casamento, sendo assegurado o direito ao matrimônio desde que haja concordância plena de ambos”. (BIACHINI, 2016, p. 53)

Trata-se de uma questão de escolha começando pelo parceiro, e também sobre desejo de praticar relação sexual de forma saudável e prazerosa, sem que haja pressão ou obrigação.

No mesmo artigo ainda trata da violência patrimonial, em seu inciso 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; (BRASIL,2006)

Sobre a violência patrimonial encontra-se definição no Código Penal entre os delitos contra patrimônio como furto (art. 155, CP), dano (art. 163, CP), apropriação indébita (art. 168, CP).

A opinião de Maria Berenice Dias sobre a violência patrimonial:

“Reconhecida como violência patrimonial o ato de subtrair objetos da mulher, tal nada mais é do que furto. Assim, se subtrair coisa alheia móvel configura o delito de furto, quando a vítima é mulher com quem o agente mantém relação de ordem afetiva, não se pode mais admitir a escusa absolutória. O mesmo se diga com relação a apropriação indébita e ao delito de dano. É violência patrimonial apropriar e destruir, os mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetuando contra mulher, dentro de um contexto

familiar, o crime não desaparece e nem fica sujeito a representação.”
(DIAS, 2015, p. 77)

Portanto qualquer ato de subtrair objetos, qualquer item da vítima, que a impeça de exercer seu trabalho, ou qualquer outra conduta, é considerado uma violência patrimonial.

Por último a norma trata da violência moral, art. 7º, inciso V “a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”.

Os crimes de calúnia (art.138, CP), difamação (art. 139, CP) e injúria (art.140, CP), encontram proteção nos artigos citados do Código Penal, como crimes contra a honra, mas quando cometidos em decorrência de vínculo familiar ou afetivo, configuram violência doméstica. (DIAS, 2015, p. 77)

4. ENTIDADE FAMILIAR

4.1 A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO E O RECOHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAETFIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Na Constituição de 1967, era considerada família a constituída pelo casamento válido, seja civil ou religioso, está seria a família merecedora da proteção estatal e o casamento era indissolúvel, assim encontra-se no artigo 167 desta Constituição. (MALUF, 2010, p. 33)

Já a Constituição Federal de 1988, atual no nosso ordenamento jurídico trata família como base da sociedade e tem proteção no artigo 226, em seus §§ 1º e 2º considera o casamento civil e religioso com efeitos civis, o § 3º a união estável entre o homem e a mulher, facilitada sua conversão em casamento e § 4º a família monoparental formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A Constituição de 1988 considera outras formas de entidade familiar, ou seja, não apenas o casamento constitui uma família, nas palavras de Roberto Lisboa:

“O casamento não é mais a única forma de constituição da família legítima, porém a lei continua a lhe conferir uma extensa normatização, se comparada com a dos demais institutos considerados pela Constituição Federal como entidades familiares”. (LISBOA, p. 36)

Diferentemente da união estável formada por duas pessoas de sexo diferentes por um período longo e contínuo de conhecimento público, que também é considerada como entidade familiar, porém não exige a forma solene da lei, mas pressupõe os mesmos requisitos presentes no casamento.

O § 5º do art. 226, CF assegura a igualdade entre homens e mulheres dos direitos e deveres referente a sociedade conjugal. É também de livre decisão do casal o planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade humana, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, assim prevê o § 7º do artigo mencionado. Neste sentido, nas palavras de Adriana Maluf:

“Entende-se por família, tendo em vista a Constituição Federal, o locus onde cada ser desenvolverá sua personalidade, valorizando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a proteção estatal conferida a cada membro que a constitui, tal como se estabelece pelo artigo 226, § 8º, da Carta Constitucional.” (MALUF, 2010, p. 36)

Assim é definida constitucionalmente a entidade familiar, constituída formalmente pelo casamento, informal pela união estável e a relação monoparental. Nas palavras de Roberto Lisboa, apesar de o constituinte ter limitado a três categorias de entidades familiares, não exclui a possibilidade da existência de outras entidades familiares, como por exemplo, as uniões homoafetivas, que será o próximo ponto a ser abordado. (LISBOA, 2013 p.37)

Não se pode mais considerar o matrimônio como privilégio dos heterossexuais, há de se considerar o casamento também para os homossexuais, que não podem ter seus direitos retirados, tendo em vista a sua orientação sexual. Nos dias de hoje, não é mais tolerável que se tenham tratamentos diferenciados aos homossexuais, tratando suas uniões como de segunda categoria. (DIAS, 2015, p.63)

Quando se fala em união de pessoas do mesmo sexo, ainda existe um certo “tabu” para algumas pessoas, por outro lado, existe um processo de superação do preconceito e da discriminação.

Atualmente milhões de pessoas do mesmo sexo assumiram publicamente suas relações, caracterizadas pelo afeto e projeto de vida em comum. Porém “a aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema”. (FERRAZ, 2013, p. 24)

O primeiro grande marco para o reconhecimento das uniões homoafetivas foi em 1999 quando o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul-TJRS que definiu a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, trazendo todas as demandas que tramitavam nos juizados cíveis para a jurisdição da família.

Também foi do Tribunal gaúcho que saiu a primeira decisão reconhecendo união homossexual como entidade familiar. Sobre isso Maria Berenice Dias:

“o julgamento teve enorme repercussão, pois retirou o vínculo afetivo homossexual do Direito das Obrigações em que era visto como simples negócio, como se relacionamento tivesse objetivo exclusivamente comercial e fins lucrativos. O equivocando enquadramento evidenciava de um vínculo afetivo a origem da relação.” (DIAS, 2015, p. 35)

Depois de alguns anos de luta para o reconhecimento da União Homoafetiva, em 14 de maio de 2013, saiu à resolução de nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), *que dispõe de sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo.*⁴

Em 2011 por decisão do STF que foi admitido a possibilidade de união estável homoafetiva, durante o julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), porém muitos estados não reconheciam essa decisão e os cartórios não se sentiam obrigados a firmar esse compromisso.

⁴ Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013, CNJ. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf>. Acesso em 18 de set de 2018

Então somente com a decisão do CNJ que expressamente veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento, e conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, os cartórios passaram a cumprir a decisão.

Nas palavras de Adriana Maluf, “a evolução dos tempos, da história da cultura, do pensamento e da estrutura política proporcionou o aparecimento de novas estruturas para compor a unidade familiar”. Assim pode-se considerar uma das novas formas de família aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo. (MALUF, 2010, p.121)

Neste sentido Maria Berenice Dias, considerando também definição de família “como relação de afeto corresponde ao atual conceito de família, que há muito vem sendo cunhado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Aliás, agora se fala em Direito de Famílias, pois há uma nova concepção da família que se define pela presença do vínculo da afetividade”. (DIAS, 2015, p. 54)

Por hora, não há mais o que se discutir com relação ao casamento de pessoas do mesmo sexo, pois já é legalizado e reconhecido, portanto é possível se encaixar como entidade familiar, mesmo que não haja o casamento oficial, mas da mesma forma que acontece com casais hetero pode também ser comprovada a união estável entre pessoas do mesmo sexo. O que foi um grande avanço para a classe, que luta pela igualdade e contra o preconceito.

5. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO A IGUALDADE AOS HOMOSSEXUAIS

O termo homoafetividade trata-se de uma relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo, o fato de terem orientação sexual diferente não implica em tratamento diferente perante a sociedade. A nossa Constituição garante em seu artigo 3º, IV, “que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.” Ignorar a existência de união homoafetiva é violar o princípio descrito nesse artigo.

Nas palavras de Roberto Lisboa:

“embora as uniões homoafetivas ainda não disponham de um regime jurídico próprio, são princípios constitucionais aplicáveis ao tema a proteção da dignidade da pessoa humana e a igualdade independentemente da orientação sexual.” (LISBOA, 2103, p.227)

A Constituição garante em seu artigo 5º alguns dos direitos fundamentais, entre eles estão, direito a vida, a liberdade, a igualdade, prega que todos são iguais perante a Lei, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I). Portanto, é dever tratar a todos da mesma forma, com igualdade e respeito.

As garantias constitucionais constituem-se, pois, instrumento relevante para o respeito à diversidade humana, dentro da concepção do ideal de uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos. Dessa forma, não há como se afastar de uma interpretação conforme à Constituição, para reconhecer que todo cidadão tem direito à formar família na forma que lhe desejar, bem como ao exercício de sua sexualidade e da busca de sua identidade de gênero, não sendo admissível a restrição legal dessa liberdade.

Entre os princípios fundamentais mais importantes na interpretação e aplicação do Estatuto da Diversidade Sexual, estão o a dignidade da pessoa humana, a igualdade, e o respeito à diferença. Além dos princípios, garantias e direitos fundamentais, normas constitucionais, o Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais que tratam de proteção aos direitos humanos, sempre em busca do respeito, da igualdade para a essa classe. (DIAS, 2017, p.49)

A respeito do princípio da dignidade da pessoa Paulo Roberto Vecchiatti:

“No âmbito de uma compreensão intersubjetiva desse princípio deve ser extraída uma obrigação de tolerância pela pessoa individualmente considerada em sua autonomia individual quando isto não prejudicar o bem comum (e a homossexualidade e a homoafetividade efetivamente ao prejudicam a ninguém)” (DIAS, 2017, p. 95)

Ainda falando em igualdade para todos, Maria Berenice Dias diz que não existe essa igualdade tão falada, de nada adianta a Lei Maior assegurar direitos iguais para todos, que homens e mulheres são iguais, que não

admitem preconceitos e discriminação de qualquer forma. Enquanto houver tratamento desigual em razão do gênero e a homossexualidade for vista como um crime um castigo ou pecado, não se estará vivendo em um Estado que respeita a dignidade humana.⁵

Ainda complementando nas palavras de Carolia Ferraz:

“as garantias constitucionais constituem-se, pois, instrumento relevante para o respeito à diversidade humana, dentro da concepção do ideal de uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos. Dessa forma, não há como se afastar de uma interpretação conforme à Constituição, para reconhecer que todo cidadão tem direito à reunião familiar na forma que lhe aprouver, bem como ao exercício de sua sexualidade e da busca de sua identidade de gênero, não sendo admissível a restrição legal dessa liberdade.” (FERRAZ, 2013, p.92)

É sem dúvida um direito de todos, ser tratado de forma igual, sem qualquer tipo de discriminação ou diferenciação é um direito assegurado pela nossa Constituição e deve ser respeitado e tratado com dignidade as pessoas independentemente de sua opção sexual.

6. A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NOS CASOS DE UNIÃO HOMOAFETIVA

6.1 APLICABILIDADE EM UNIÕES HOMOAFETIVA ENTRE DUAS MULHERES

A Lei 11.340/2006 foi criada com o objetivo de proteger especificamente a mulher da violência doméstica e familiar. O art. 2º da referida lei, diz que seu objetivo é proteger toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, cultura, nível educacional, idade e religião. Tratado de relação homoafetiva, o parágrafo único do artigo 5º, reforça que as relações pessoais, alcançadas pela lei independem de orientação sexual, de onde se problematiza a possibilidade da aplicação do referido diploma normativo às relações homossexuais.

⁵ DIAS, Maria Berenice. mariaberenice.com.br. Família homoafetiva. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg/\(cod2_647\)28_familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arg/(cod2_647)28_familia_homoafetiva.pdf)>. Acesso em 29 de set. de 2018.

Na opinião de Maria Berenice Dias, quando se afirma que está sob o abrigo da lei a mulher, independente de sua orientação sexual pode se incluir tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Nesses casos justificam a proteção desta lei. (DIAS, 2015, p. 59)

No interior do Distrito Federal o processo de número 0006926-72.2017.8.07.0020, um caso de uma transexual que foi agredida pelo seu companheiro com socos o rosto que acabaram fraturando o nariz, além de pauladas o ombros e nas pernas onde causaram fraturas que necessitou de cirurgia o joelho. A decisão do Juízo do Juizado de Violência Doméstica de Águas Claras deferiu medida cautelar de afastamento do lar e de proibição de aproximação e contato, mas em seguida declinou da sua competência para a Vara Criminal Comum, por não vislumbrar que a hipótese estivesse amparada pelas normas tutelares da Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil.

Um dos argumentos usados pelo relator para reforma da decisão de primeiro grau foi que o gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. Assim, ela se identifica pelo seu nome feminino e não pelo nome masculino o qual consta em seu registro civil, assim é como se reconhece e deseja ser tratada socialmente. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher.

Decisão justa e acertada, pois está muito clara que apesar de a vítima ainda ter em seu registro o nome masculino, porém não se identifica como homem e sim como mulher, e como todos socialmente a conheciam pelo nome feminino e pela forma que se comportava e se apresentava, como uma mulher. Fica comprovado também que existia uma relação íntima de afeto e de convívio permanente, em um ambiente familiar, características essas que traz a

Lei Maria da Penha em seu artigo 5º, o que permite que também seja aplicada a Lei nesses casos.

O que podemos perceber é que conforme o entendimento de Maria Berenice Dias, já tem jurisprudência que também reconhecem e aplicam a referida Lei nesses casos onde não se tratam especificamente de mulheres, mas de pessoas que se identificam com o sexo feminino, e que tem uma relação de afeto e convívio em ambiente familiar.

Nos casos de união entre duas mulheres, é fácil a aplicação da lei, pois para configurar a violência doméstica o sujeito ativo, no caso o agressor, tanto pode ser homem como outra mulher, o legislador deu prioridade a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra mulher sem importar com o gênero do agressor. (DIAS, 2015, p.64)

Portanto em uma relação homoafetiva entre duas mulheres é possível a aplicação da lei 11.340/06, levando em consideração que haja uma relação íntima de afeto, e também pessoas que tenham identidade social com o sexo feminino, devem ser protegidas pela Lei Maria da Penha. O próximo ponto a ser abordado, será a aplicabilidade da referida lei em favor do sexo masculino, em união homoafetiva, ou seja, união entre dois homens.

6.2 APLICABILIDADE EM UNIÕES HOMOAFETIVAS ENTRE DOIS HOMENS

A lei foi criada para a proteção da mulher, em virtude do alto índice de violência praticados contra mulher, na maioria das vezes o agressor é o seu companheiro, por outro lado não pode deixar de observar casos específicos como a violência praticada em um ambiente doméstico com relação íntima de afeto entre dois homens em que um deles se encontre em situação de inferioridade. Apesar de constar na lei com relação ao sujeito passivo, ou seja, a mulher como vítima da violência doméstica ou familiar, há pontos na própria Lei que deixam espaços para outras interpretações. Em seu artigo 5º, a lei enfatiza a questão de relação íntima de afeto, independente de orientação

sexual, onde pode ser perfeitamente aplicada as situações de relações homossexuais entre homens, que convivam em ambiente familiar.

No entendimento de Alice Bianchini, que dependendo do contexto, da situação, não somente a mulher, mas também o homem pode se encontrar em situação de vulnerabilidade:

“apesar de a mulher encontrar-se em uma situação de vulnerabilidade, tal não significa que ela é mais frágil que o homem. Trata-se de uma vulnerabilidade situacional; em outras circunstâncias, dentro de um contexto diferente de história de vida, essa mesma mulher estaria em iguais condições do homem.” (BIANCHINI, 2016, p. 59)

O que podemos perceber é que já existem entendimentos e decisões favoráveis nos casos em que o homem pode ser vítima da violência doméstica, onde sejam comprovados convívio familiar e relação íntima de afeto.

Em 2013 uma decisão judicial no Pará em favor de um comerciante, que denunciou o namorado por violência doméstica, a Juíza Tarcila Maria de Campos aplicou a Lei Maria da Penha em favor de um homem, determinando que o suposto agressor deixasse a casa onde vivia com o companheiro há um ano e proibiu que o suspeito se afastasse do ofendido fixado o limite de 200 metros entre eles.

Em argumento a magistrada explica que "A lei trata do combate à violência que ocorre no ambiente doméstico e protege inclusive os filhos, indistintamente do sexo. Por analogia, podemos interpretar que ela se estende ao homem, visto que, a partir do momento que o Supremo Tribunal de Justiça ampara o casamento homoafetivo, o entendimento de violência doméstica também passa a ter um sentido ampliado. Partimos, então, do conceito de isonomia, quando a lei deve valer para todos. A lei não deve ser interpretada isoladamente, mas dentro de um ordenamento social e jurídico, que dá proteção às uniões, indistintamente da sua configuração. Assim, o combate à

violência doméstica pode ser aplicado a homens, quando vítimas desta violência, num tratamento igualitário, como manda a constituição”.⁶

O fato e a constatação histórica de que as mulheres sofrem agressão em maior número, não quer dizer que não há homens violentados por seus companheiros, e que da mesma forma carecem de proteção jurisdicional.

Assim também decidiu em 2011, o Juiz Alcides da Fonseca Neto da 11ª Vara Criminal da capital do Rio de Janeiro aplicou a Lei Maria da Penha em favor de um homem que vivia em relação homoafetiva. O casal convivia juntos há três anos, o cabeleireiro Adriano Cruz, tinha sido vítima de várias agressões praticadas por seu companheiro, por último tinha sido agredido com uma garrafa causando diversas lesões no rosto, pernas, lábios e coxa.

A justificativa do Juiz para aplicação da Lei no caso, mesmo se tratando de um homem como vítima: “Importa finalmente salientar que a presente medida, de natureza cautelar, é concedida com fundamento na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), muito embora esta lei seja direcionada para as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. Entretanto, a especial proteção destinada à mulher pode e deve ser estendida ao homem naqueles casos em que ele também é vítima de violência doméstica e familiar, eis que no caso em exame a relação homoafetiva entre o réu e o ofendido, isto é, entre dois homens, também requer a imposição de medidas protetivas de urgência, até mesmo para que seja respeitado o Princípio Constitucional da Isonomia”.⁷

Duas decisões e basicamente o mesmo entendimento, as justificativas são que a violência aconteceu no âmbito familiar, e trata de uma relação íntima de afeto e de convívio. Como também nas duas decisões é destacado o princípio da isonomia, que todos sejam tratados de forma igual perante a lei.

A esse respeito, Maria Berenice Dias afirma “mesmo que a Lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família,

⁶ SÓTER, Gil. Lei Maria da Penha protege gay ameaçado pelo ex no Pará. G1 PA, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2013/09/homem-e-amparado-pela-lei-maria-da-penha-em-obidos-no-para.html>> Acesso em 20 de out. de 2018.

⁷ Poder Judiciário Estado do Rio de Janeiro. Lei Maria da Penha é aplicada envolvendo casal gay. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5136930>>. Acesso em 03 de Nov de 2018

independente do sexo dos parceiros. Invocando o princípio da igualdade e a proibição de discriminação.” (DIAS, 2015, p. 63)

Com tudo isso entende-se que a proteção da Lei Maria da Penha resguarda quem exerce o papel social de mulher, seja biológica, transgênero, transexual ou homem homossexual. E pode acontecer também que o sujeito ativo da violência doméstica seja do sexo feminino, já fixou o Superior Tribunal de Justiça, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

7. CONCLUSÃO

Após 12 anos da vigência dessa Lei no nosso ordenamento jurídico, o que podemos observar são alguns avanços sociais no que concerne a tolerância da diversidade sexual e de gênero.

A lei foi criada para a proteção da mulher contra a violência doméstica, porém percebe-se que há uma abrangência na proteção dessa Lei, principalmente trazida pelo seu artigo 5º em que as relações pessoais independem de orientação sexual, nesse sentido introduziu um novo conceito de família, reconhecendo que a união homoafetiva é também uma entidade familiar.

Pode-se concluir que quando for comprovada a relação de afeto entre vítima e agressor, poderá ser aplicada a Lei Maria da Penha, dessa forma podemos perceber que já existe esse avanço através das decisões judiciais, devendo-se usar analogicamente a norma, nos casos em que as vítimas sejam homossexuais e transexuais, ou apenas se identifiquem como mulheres sociológicas. Também percebemos o posicionamento de alguns doutrinadores que trazem a tona essa nova realidade existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Deve-se ressaltar que a violência, seja ela qual for e a quem atinja, é inadmissível. Portanto independente de quem seja a vítima, se é mulher, homem, transexual, homossexual, não importa, primeiramente deve ser

respeitado os princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. Deve-se também analisar o caso concreto e observar se preenche os requisitos básicos trazidos pela Lei, para assim aplicar a norma em casos que a vítima não seja uma mulher.

ABSTRACT

The law maria da cliff and its applicability in cases of homoffective union

Law 11.340 / 06, known as the Maria da Penha Act, became effective in our legal system in 2006 with the purpose of combating and preventing gender-based domestic and / or family violence. This Act represented an important milestone on this path of struggle for the protection of women against all forms of domestic violence. However, the application of this law to the specific cases of its regency, allied with this application to the study of the scope of the expression gender, as dealt with in Article 5 of the aforementioned norm, has indicated the possibility of its application in a personal relationship, regardless of the sexual orientation of its members, and it is pertinent to analyze their impact on homoffective unions. This is the central point of the present study, and its problematic is to analyze whether the Maria da Penha Law applies in cases of homoffective unions, both men and women. During the course of the work, it was noted that the case law has already been expressed in favor of such application, particularly in cases of violence within the family environment, even if the victim is not a woman in the biological sense of that expression. In this case, the predominance of the sexual identity of the victim has been glimpsed, as exemplified by transgender women who, even without civil alteration, identify themselves with the female sex and find themselves in a situation of vulnerability, glimpsing also the application of the norm in favor of male homosexuals, who are likewise in a situation of vulnerability, are inserted in the family context, and that maintain a relationship of affection and are proven some type of violence that falls within the referred norm.

KEYWORDS: Lei Maria da Penha. Homoffective Union. Applicability. Domestic violence. Genre.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. **Casamento homoafetivo: norma completa 4 anos**. CNJ, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84740-lei-sobre-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-completa-4-anos>>. Acesso em: 01 de out. de 2018.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha Lei nº 11.340/2006**: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3º edição. Editora Saraiva. Coleção Saberes Monográficos. São Paulo, 2016.

_____. **Lei Maria da Penha Lei nº 11.340/2006**: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4º edição. Editora Saraiva. Coleção Saberes Monográficos. São Paulo, 2018.

BRASIL. **Lei 11.340/2006**. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004> Acesso em: 02 de set. de 2018

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 1089057. Relator George Lopes 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 05/04/2018. Jurisprudência do STJ, Distrito Federal, 2018.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº54 Ano 2001**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf> Acesso em: 12 de set. de 2018.

_____. Resolução nº 175 do CNJ. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf>. Acesso em 01 de out. de 2018.

_____. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 02 de set. de 2018.

CERQUEIRA, Daniel, et al. **Avaliado a efetividade da Lei Maria da Penha** 2048 Textos para discussão. IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). Brasília, 2015.

CORRÊIA, Nildo. **Transexual recebe proteção da Lei Maria da Penha em Mato Grosso**. Gazetaweb, blog diversidade, 2015. Disponível em: <<http://diversidade.blogsdagazetaweb.com/2015/04/02/transexual-recebe-protexao-da-lei-maria-da-penha-em-mato-grosso%E2%80%8F/>>. Acesso em: 17 de out. de 2018

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra mulher. 4 ed. São Paulo, 2015.

_____. **Diversidade sexual e Direito Homoafetivo**. 3ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2017.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade. Editora Atlas. São Paulo 2015.

FERRAZ, Carolina Valença. *Série IDP - Manual do direito homoafetivo*, 1ª Edição. Editora Saraiva, 2013.

GOÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Cível, volume 6**: Direito de família. 15ª edição. Editora Saraiva. São Paulo 2018.

JESUS, Damásio de. **Violência contra mulher**: aspectos criminais da Lei 11.340/2006. 2ª edição. Editora Saraiva. São Paulo 2015.

LISBOA, Roberto Senise, **Manual de Direito Cível**. 8ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, **Novas modalidades de família a pós-modernidade**. Editora Atlas. São Paulo 2010.

Poder Judiciário Estado do Rio de Janeiro. **Lei Maria da Penha é aplicada envolvendo casal gay**. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5136930>>. Acesso em 03 de Nov de 2018

Poder Judiciário Estado do Rio de Janeiro. **Lei Maria da Penha é aplicada envolvendo casal gay**. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5136930>>. Acesso em 03 de Nov de 2018

SEIXAS, Maria Rita D'Agelo, DIAS, M. L. (org.) **A violência doméstica e a cultura da paz**. 1ª Ed. Editora Roca. São Paulo 2013.

SILVA, Luciane Lemos. **Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica**. Disponível em < <https://www.scielo.org/article/icse/2007.v11n21/93-103>> Acesso 18 de set. de 2018.

SÓTER, Gil. **Lei Maria da Penha protege gay ameaçado pelo ex no Pará**. G1 PA, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2013/09/homem-e-amparado-pela-lei-maria-da-penha-em-obidos-no-para.html>> Acesso em 20 de out. de 2018.