

A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NOS RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS¹

Martina Ariane Sampaio Santos²

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito visa discorrer acerca da aplicabilidade da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, nos casos de agressões no âmbito doméstico entre casal do mesmo sexo. O estudo busca demonstrar que a referida Lei tem como objeto a prevenção, punição, bem como estancar a violência no seio doméstico e familiar, independente da orientação sexual da vítima, uma vez que possui a única exigência a presença da relação familiar, afetiva ou doméstica. Longe de esgotar o tema e as mudanças advindas com a Lei Maria da Penha ao direito brasileiro, a pesquisa busca efetuar uma breve evolução do conceito da família constitucionalizada, bem como da família com o advento da Lei 11.340/06. Nesse sentido, o estudo procura realizar uma reflexão acerca dos princípios da Carta Magna, quais sejam: da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, tendo em vista que a Lei Maria da Penha os consagram com o efeito de dar efetividade aos seus fundamentos. O método aplicado para a execução desse trabalho foi o bibliográfico, bem como o estudo de casos jurisprudenciais, no que tange a aplicabilidade da Lei quando ocorrer a violência ou ameaça ao direito nas relações homoafetivas. Diante da interdisciplinaridade, bem como as repercussões da Lei Maria da Penha nas várias espécies do ordenamento jurídico brasileiro, o presente estudo é de tamanha valia para qualquer operador de direito.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Relação Homoafetiva. Violência Doméstica.

¹ Artigo extraído de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora composta pela Prof. Ma. Fernanda Corrêa Osório, pelo Prof. Me. Marcos Eduardo Faes Eberhardt (Orientador) e pelo Prof. Me. Rogério Maia Garcia, em 24 de novembro de 2016.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: martinaariane@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A violência doméstica é um câncer que atinge lares, independente de classe econômica, cor e gênero. Infelizmente, ela sempre esteve presente na sociedade vitimando inúmeras pessoas. No Brasil, o caso emblemático da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes que sofreu severas agressões de seu próprio marido, na época dos fatos, fomentou a entrada em vigor da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, uma homenagem à farmacêutica que tornou símbolo de resistência a sucessivas agressões do seu esposo.

O caso da Maria da Penha deixou evidente o grave problema que se vivencia na justiça brasileira, qual seja, a ausência de um remédio eficaz que possibilitasse o estancamento e a rápida apuração dos crimes de violência doméstica, bem como a proteção às vítimas.

A Lei 11.240/2006 foi criada como mecanismo de proteção à mulher vítima de violência doméstica. Contudo, surge a problemática da sua aplicação nos relacionamentos homoafetivos - Homem x Homem, uma vez que nos relacionamentos – Mulher x Mulher é passível a sua aplicação.

Com a evolução dos costumes, dos valores e das formas de pensar, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, têm se tornado mais visíveis e, assim, constituindo novo conceito de família. É sabido que a homossexualidade não é fato novo e desconhecido, mesmo assim é tratado pela sociedade considerada “normal”, como fato oprimido em preconceitos discriminantes, cujo modelo familiar tido como o correto é o sacramento do matrimônio entre o homem e a mulher.

O presente trabalho está estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, será analisado os aspectos gerais acerca da Lei Maria da Penha, descrevendo sobre o seu surgimento e a sua aplicabilidade às vítimas nos relacionamentos homofetivos.

No segundo capítulo, será abordado o conceito de família na Lei Maria da Penha, através de breve evolução a partir da Constituição de 1824 até o ingresso da Constituição Federal de 1988. Ainda, será apresentado o conceito de família na Lei Maria da Penha.

No terceiro capítulo, será dedicada à aplicabilidade da Lei nos relacionamentos homoafetivos à luz dos princípios do ordenamento jurídico pátrio, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

E, por fim, no quarto capítulo serão analisados casos, bem como os entendimentos jurisprudenciais quanto a aplicação da Lei Maria da Penha nos relacionamentos homoafetivos.

1 ASPECTOS GERAIS

Antes de adentrar na discussão acerca da aplicabilidade da Lei Maria da Penha nos relacionamentos homoafetivos, faz-se mister destacar o principal objetivo da criação da referida Lei. Assim, segundo Teixeira e Moreira a Lei foi unicamente e exclusivamente criada para ser aplicada nos casos de violência doméstica contra a mulher, tendo em vista que “tal proteção encontra sua razão de ser na própria História e tradição das famílias patriarcais, nas quais a mulher sempre foi hipossuficiente no seio familiar”³. Ainda para as autoras, a mulher era subjugada pela força e autoridade do homem, uma vez que a cultura machista sempre imperou na sociedade.

A denúncia realizada e peticionada por Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça, bem como pelo Direito Internacional e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher, foi recebida em 20 de agosto de 1998 pela a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A denúncia alega a tolerância da República Federativa do Brasil para com a violência cometida pelo esposo da Maria da Penha, na época, Marco Antônio Heredia Viveiros, durante os anos em que eram casados, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983.⁴

Segundo consta no resumo do relatório nº 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Denuncia-se a tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas. Denuncia-se a violação dos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção

³ TEIXEIRA, Daniele Chaves; MOREIRA, Luana Maniero. O conceito de família na Lei Maria da Penha. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 284.

⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº54/01. Caso 12.051, Maria da Penha Fernandes**. Brasil. 4 abr. 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016.

judicial) da Convenção Americana, em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração”), bem como dos artigos 3, 4,a,b,c,d,e,f,g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará. A Comissão fez passar a petição pelos trâmites regulamentares. Uma vez que o Estado não apresentou comentários sobre a petição, apesar dos repetidos requerimentos da Comissão, os peticionários solicitaram que se presuma serem verdadeiros os fatos relatados na petição aplicando-se o artigo 42 do Regulamento da Comissão.⁵

Nesse contexto se posiciona Batista, ao expressar que a Lei teve como inspiração direta “na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher tem como principal característica político-criminal exprimir uma demanda clara por sofrimento penal físico”⁶.

Entretanto, tal fundamento não foi o suficiente para impedir discursões acerca da inconstitucionalidade da lei. A principal crítica e controvérsias estão atreladas à suposta infringência ao princípio da igualdade, uma vez que a lei não contempla o homem como sujeito passivo, tendo em vista que as agressões e violências causadas ao sexo masculino são disciplinas ao teor do art. 129, § 9º do Código Penal. No entanto, nota-se que na parte criminal, sendo a vítima do sexo masculino ou do sexo feminino, quando ocorrida agressões no âmbito doméstico, o tratamento será igualitário, sendo a mesma pena, conforme o disposto no art. 44 da Lei 11.340/2006, que alterou o art. 129, §9º, do Código Penal.⁷

Para Dias⁸ não há que se falar em inconstitucionalidade da lei, uma vez que está em consonância com o art. 5º da Constituição Federal. Para a autora, a lei abrange não apenas as uniões entre casais heterossexuais, mas sim as uniões homoafetivas, uma vez que foram consagradas como entidades familiares. Ao afirmar a Lei que está sob a sua proteção a mulher, sem distinção de sua orientação

⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº54/01. Caso 12.051, Maria da Penha Fernandes**. Brasil. 4 abr. 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016.

⁶ BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu – violência doméstica e políticas criminais no Brasil. **Jornal do Conselho Regional de Psicologia**, Rio de Janeiro, ano 5, n. 17, p. 12-13, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.crprj.org.br/site/wp-content/uploads/2016/05/jornal17-condicao-feminina.pdf>>. Acesso em 27 set. 2016.

⁷ TEIXEIRA, Daniele Chaves; MOREIRA, Luana Maniero. O conceito de família na Lei Maria da Penha. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 285.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p.75.

sexual, assegura dessa forma as relações íntimas de afeto no ambiente doméstico as lésbicas, travestis, as transexuais e os transgêneros como identidade feminina.⁹

No tocante à possibilidade do homem configurar no polo passivo da relação, esclarece Vasconcellos¹⁰ que a dificuldade está atrelada na classificação do conceito de família. Isso porque, em todos os casos de violência doméstica há uma dificuldade em associar a aplicação da Lei àqueles conflitos familiares onde as partes não possuam um vínculo de casamento ou namoro e possuam o mesmo gênero. Nas palavras da autora:

Na verdade, a dificuldade parece estar centrada em um exercício constante de classificações (o que é ou não família e que mulheres devem ou não ser beneficiadas pela Lei Maria da Penha) que, para serem realizadas, levam em conta, além da letra da Lei, critérios internalizados pelos operadores em suas diferentes dinâmicas sociais diárias.

Nessa linha de intelecção, Alves¹¹ afirma que o conceito legal de família reconhece, expressamente, a união homoafetiva. A Lei Maria da Penha é clarividente de que é possível considerar a união homoafetiva como entidade familiar, conforme o disposto no parágrafo único do art. 5º, que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Contudo, apesar do referido dispositivo tratar apenas do homossexualismo feminino, é claro que, com base no princípio constitucional da igualdade, tal regra também deve ser aplicada ao homossexualismo masculino.

Nesse sentido, acerca dos aspectos gerais da Lei Maria da penha, é notório o avanço significativo da lei, tanto para o amparo das vítimas de violência doméstica, quanto o reconhecimento da união homoafetiva no direito brasileiro. Embora na sua aplicabilidade ainda existam críticas e incontroversas judiciais, deve ser assegurada

⁹ DIAS, Maria Berenice e outros. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 141.

¹⁰ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. A família, a violência e a justiça: Conflitos familiares, Lei Maria da Penha e concepções jurídicas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 136-153, jan./abr. 2013.

¹¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família – O art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, p. 329-347, nov. 2007. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/225/reconhecimento%20legal%20conceito_Alves.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 set. 2016.

a proteção legal às vítimas independente da sua orientação sexual, desde que ocorra a violência no seio familiar.

2 CONCEITO DE FAMÍLIA NA LEI MARIA DA PENHA

Este capítulo visa retratar o entendimento do conceito de família perante a Constituição Federal e a Lei Maria da Penha. A evolução legislativa demonstra as necessidades da sociedade de cada época. Dessa forma, será realizada uma breve evolução do conceito de família com ênfase na Constituição Federal e na Lei Maria da Penha.

A família, a principal sociedade natural, “formou-se, portanto, da dupla reunião do homem e da mulher, do senhor e do escravo”¹². Percebe-se, portanto, que inicialmente o conceito de família era a junção do sexo masculino e do feminino.

É notório que ao decorrer do tempo a sociedade e a própria doutrina adequaram os seus posicionamentos quanto ao conceito de família. Em 2005, Venosa¹³, conceitua, sob a perspectiva sociológica, que família é uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos. Contudo, após três anos, expressou claramente que os casais homoafetivos vão paulatinamente obtendo reconhecimento judicial e legislativo. Em poucos anos, portanto, os paradigmas do direito de família são diametralmente modificados¹⁴.

Segundo Dias, a visão institucional da família, como instrumento de organização social, acaba sacralizando a ideia do casamento, que, segundo a doutrina tradicional, pressupõe, pela natureza de seu conteúdo ou objeto imediato, a diversidade de sexo entre seus sujeitos¹⁵.

Corroborando nesse sentido Rizzardo¹⁶ quando assegura que com o decorrer do tempo a sociedade altera seus hábitos quebrando os paradigmas antigos e incorporando novos. Nas palavras do autor:

¹² ARISTÓTELES. **A política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.3.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 24.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 86.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.4206, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1

Não há dúvida que se está diante de um ramo de direito de maior incidência prática ou aplicabilidade, envolvendo a generalidade das pessoas, eis que, de uma forma ou de outra, todas procedem de uma família, e vivem, quase sempre, em um conjunto familiar.

Consoante o entendimento de Dias¹⁷, acerca das regras sociais vigentes em cada tempo, embora autorizam e estipulam determinados tipos de relações e condenam à clandestinidade tudo o que escapa do modelo convencional há um fato incontroverso: o conceito de família alargou-se.

2.1 FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA

O presente ensaio tem como foco, por meio das disposições constitucionais, entender o conceito de família na constituição 1988, contudo, faz-se mister destacar através de uma breve evolução deste conceito a partir da constituição de 1824.

De acordo com Louzada¹⁸, a Constituição de 1824 não fez menção relevante à família, apenas assegurando o casamento religioso. Naquele tempo a igreja assumiu um caráter delineador da moralidade, não aceitando forma de união distinta da que considerava como correta.

Para Lôbo¹⁹, as Constituições de 1824 e 1891 são liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. No intento, foi a partir de 1891 que admitiu o casamento civil indissolúvel. Contudo, a primeira constituição que dispôs sobre a família no seu ordenamento foi a de 1934. Nesta determinou a indissolubilidade do casamento, tendo como ressalvas os casos de anulação e desquite. Já a constituição de 1937 introduziu a igualdade entre os filhos considerados legítimos e naturais. A de 1946 não acrescentou o conceito de família já existente, mas a de 1967 manteve a ideia de que só poderia ser considerada família aquelas que foram constituídas pelo casamento civil. Em compensação, a emenda constitucional de 1969, foi modificada através da criação da Lei do Divórcio de 1977, passando-se a haver aceitação de novos paradigmas. Contudo, com o advento da Constituição

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 111.

¹⁸ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29.

Federal de 1988, trouxe à seara constitucional um leque de arranjos de convivência de pessoas, não somente aquele oriundo do casamento admitiu, também, a existência de outras espécies de família.²⁰

Em diversas áreas do conhecimento, que têm como objeto de investigação e estudo a família ou as relações familiares, é possível identificar uma pluralidade e uma expansão do conceito de unidade familiar. No ponto de vista das áreas da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não era apenas aquela constituída pelo casamento, mesmo antes da Constituição de 1988, tendo em vista que não estavam delimitados ao modelo legalista, entendido como um entre outros.²¹

No período do Código Civil de 1916 até o advento da Constituição de 1988, a família brasileira era matrimonializada, haja vista que para ser considerada válida, tanto perante a lei quanto perante a sociedade, era necessário a consumação de um casamento válido e eficaz, caso assim não fosse, era socialmente repudiado. Quando ocorria a união de casal heterossexual, sem se casar, os fatos e efeitos jurídicos teriam de ser examinados no âmbito do Direito das Obrigações, devido serem, naquela época, entidades comparadas às sociedades de fato.²²

No entanto, os novos modelos familiares passaram a perder essa característica marginal com o advento da Constituição de 1988 que ampliou o conceito de núcleos familiares, cujos exemplos não mais se restringiam ao casamento, à união estável e à família monocrática, simplesmente, porque o vínculo de matrimônio deixou de ser o fundamento da família legítima e, na época presente, embora ausente o laço matrimonial, com efeito, que ninguém ousa afirmar esteja afastada uma entidade familiar fora do casamento, porquanto esta se expandiu ao se adequar às novas necessidades humanas construídas pela sociedade.²³

A Constituição Federal²⁴ de 1988 em seu art. 226 tutela a família como base da sociedade, adquirindo a proteção especial do Estado. Nesse contexto, Dias²⁵

²⁰ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

²² MADALENO. Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 30.

²³ MADALENO. Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31-32.

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 111.

ressalta que a expressão o homem e a mulher, constante no §3º, do referido artigo, não configura proibição implícita ao reconhecimento da união estável homoafetiva, até porque não existem proibições implícitas no Direito.

Entende Rizzardo²⁶ que o texto constitucional impõe ao Estado, ao lado da concessão de proteção especial à família, a assistência às pessoas que dela participam, mediante a instituição de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Diante desse contexto, é importante ressaltar a posição de Lôbo²⁷, ao mencionar as entidades familiares referidas nos parágrafos do art. 226 da Constituição Federal. Nas palavras do autor:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Nessa esteira, observa-se que com o decorrer da evolução da humanidade, novos temas estão a desafiar o legislador, sejam como as inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas, entre outros temas. Tal evolução ocorreu de forma rápida, assim, tem como consequência, a espera de respostas rápidas do direito.²⁸

Segundo Lousada²⁹, a Constituição de 1988 fez erigindo o afeto um princípio constitucional implícito, devido, aceitar, reconhecer, amparar e subsidiar as relações afetivas distintas do casamento. Ainda que se busque identificar a possibilidade do casamento homoafetivo, há quem entenda que a comunhão de pessoas do mesmo sexo só podem ser discutidas através do direito das obrigações, por se tratar de uma

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.4206, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 5.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 77.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15.

²⁹ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

sociedade de fato. Entretanto, existe a corrente que acata a igualdade dos direitos dos casais homossexuais com os casais heterossexuais.

Em seus ensinamentos Madaleno³⁰ destaca que a família é a estrutura para a existência da convivência humana. Nas palavras do autor:

A família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado.

Para Sarlet³¹, o STF através do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, trouxe uma ampliação ao sentido atribuído ‘união entre homem e mulher’ pela a Constituição Federal em seu art. 226, §3º. Nas palavras do autor:

Outra decisão, esta sim amplamente aplaudida, especialmente no que diz com seu desiderato, diz com a extensão, pelo STF, da proteção com base no instituto da união estável às uniões homoafetivas, muito embora a expressa previsão no texto constitucional, de que somente será considerada para efeitos da proteção estatal a união entre o homem e a mulher (art. 226, § 3.o, da CF), cujo sentido foi “relido” pelo STF, para, num segundo passo, considerar em desconformidade com o texto (em verdade, o sentido atribuído a um texto que expressamente assegura algo distinto, no caso, a união entre homens e mulheres) uma fórmula prevista na legislação ordinária (Código Civil), que, em si, apenas reproduziu o texto constitucional.

Este julgamento marcou a ruptura de um paradigma antigo, onde proporcionou o surgimento de jurisprudências em que reconheceram a igualdade de direitos dos casais heterossexuais para os homoafetivos. Ademais, nesse mesmo contexto, Madaleno³² elucida a alteração do Código Civil diante do histórico julgamento. No entendimento do autor:

Julgamento cuja procedência foi proferida por unanimidade e que conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Diante do teor do artigo 102, § 2º, da CF, fica vedada qualquer desobediência das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas

³⁰ MADALENO. Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 5.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 164

³² MADALENO. Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 29.

ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, que produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, em suas esferas federal, estadual e municipal.

Através das mudanças significativas no tocante do reconhecimento jurídico de novas formas do conceito de família existente na sociedade, que obteve a qualificação da união homoafetiva como entidade familiar, teve como a ampliação da proteção do Estado conferida à união estável.³³

Tecidas essas considerações acerca da família constitucionalizada, convém dizer que o reconhecimento da união homoafetiva como família, mesmo que de forma tímida, é apenas a consequência lógica de uma sociedade democrática, que respeita a individualidade na sua forma integral e absoluta, bem como reconhece os direitos de uma sociedade plural.³⁴

2.2 FAMÍLIA NA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/2006³⁵, a chamada Lei Maria da Penha, foi a pioneira em elucidar, de modo expreso, o conceito moderno de família, alcançando as uniões homoafetivas.

Conforme pode verificar no art. 2º da Lei: “Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual (...) goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (...)”. Na opinião de Alves³⁶, a referida lei foi a pioneira ao consagrar, no âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros.

A norma reitera no art. 5º, inc. II que compreende como família: “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. Reconhecendo, dessa

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 40.

³⁴ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 274.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 11.340, 22 de Setembro de 2006**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

³⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9138>>. Acesso em: 24 set. 2016.

forma, o novo conceito de família. Em seu parágrafo único, assegura a proteção legal contra a violência doméstica, nas relações pessoais, independente da orientação sexual.

Observa-se então que, através do art. 5º, II, e o parágrafo único, da Lei Maria da Penha, foi consolidado e reconhecido a existência da família constituída por pessoas do mesmo sexo, sendo um marco na proteção da família.

Nesse mesmo contexto, cabe destacar os pensamentos de Moreira e de Teixeira³⁷, ao afirmarem que a Lei protege a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, assegurando a proteção tanto às lésbicas como às travestis, às transexuais e aos transgêneros com identidade social feminina e que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio.

A despeito disso, por ser amparada pelo direito de família, afasta-se a aplicabilidade da Súmula 380 do STF³⁸, visto que são entidades familiares e não sociedade de fato. Nesse sentido, cabe mencionar a afirmação de Alves:

[...] Além disso, afasta-se por completo a incidência da famigerada Súmula n. 380 do STF, visto que as uniões homoafetivas não são sociedades de fato e sim entidades familiares, daí porque sua apreciação deve se dar sempre na Vara de Família, nunca em uma Vara Cível.³⁹

Segundo Lôbo⁴⁰, a consequência prática dessa decisão é que a união homoafetiva, antigamente conhecida como entidade familiar autônoma, obteve a igualdade dos direitos e deveres jurídicos decorrentes do casamento ou da união estável com os casais heterossexuais.

A evolução do conceito de família na Lei demonstra que a família não se resume apenas a casais heterossexuais. A legislação permite uma interpretação no sentido de englobar os casais homossexuais para permitir que, na ausência de

³⁷ DIAS, Maria Berenice e outros. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 141.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Sessão Plenária de 03/04/1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>> Acesso em: 24 set. 2016.

³⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9138>>. Acesso em: 24 set. 2016.

⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81.

sustentação própria, o Estado intervenha para garantir a integridade física e psíquica dos membros de qualquer forma de família.⁴¹

Na opinião de Dias⁴², diante da nova definição de família na Lei, não mais se justifica que o amor entre iguais – tanto gays como de lésbicas – seja banido do âmbito da proteção jurídica.

Para Junior o principal objetivo da lei é a repressão da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. Nota-se, no entanto, que não só trouxe alteração no âmbito penal e processual penal, como também na esfera civil. Nas palavras do autor:

Nesse passo, a Lei Maria da Penha tem como objetivo principal coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 1º). Por regular conduta tipificada como ilícito penal, a referida Lei tem sido alvo de análise mais detida pelos estudiosos do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Sucede que a violência doméstica e familiar também configura ilícito civil, capaz, por isso mesmo, de gerar efeitos também na órbita civil dos envolvidos - tais como, por exemplo, a responsabilidade por perdas e danos, a separação do casal e a definição de obrigação de prestação alimentar.⁴³

A lei reconhece que a entidade familiar vai além da previsão jurídica, qual seja: o casamento, união estável e família monoparental, como intuito de incluir toda união de pessoas onde exista afeto. Devido a isso, o ordenamento jurídico deve reconhecer como família, qualquer grupo no qual as partes reconheçam uns aos outros como seu familiar. Apesar do *caput* do art. 5º da Lei mencione que “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

⁴¹ RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; SARAIVA, Rodrigo Viana. A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1170, 14 set. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8911/a-lei-maria-da-penha-e-o-reconhecimento-legal-da-evolucao-do-conceito-de-familia>>. Acesso em: 24 set. 2016.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 143.

⁴³ JUNIOR, Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais Cíveis da Lei Maria da Penha: Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. **Revista Brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, vol. 4, Jun/Jul. 2008. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/Aspectos%20Processuais%20Civis%20da%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

dano moral ou patrimonial”, o conceito de família deve ser ampliado para todo o ordenamento jurídico pátrio.⁴⁴

4 APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Antes de adentrar nessa discursão, faz-se necessário destacar a importância da interpretação constitucional. Segundo Barroso⁴⁵ deve-se iniciar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, partindo do mais genérico ao mais específico, com intuito de formular a regra concreta que vai reger a espécie. Para ele, os princípios constitucionais unificam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, propagando por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Corroborando nesse sentido Lima⁴⁶ quando assegura que os princípios compõem os alicerces do ordenamento jurídico, sendo os seus núcleos fundamentais, uma vez que sustentam toda construção normativa do ordenamento jurídico, servindo-lhe de diretriz para a interpretação, pelo fato de definir a lógica e a racionalidade do próprio sistema. Por isso é que se fala do caráter de fundamental dos princípios, tanto por conta da sua importância estruturante no sistema jurídico, como por seu papel norteador. Estabelece ainda o autor que, entre as normas constitucionais, os princípios são as linhas mestras, os núcleos fundamentais da constituição, havendo uma superioridade deles em face das regras, ocupando posições privilegiadas na Constituição.

Diante desse contexto, é importante ressaltar a posição de Dias⁴⁷, quando explana que um Estado que se intitula democrático de direito não pode desrespeitar seus princípios, devendo a Lei Maior assegurar a realização das garantias, direitos e liberdades fundamentais. Menciona também que a Constituição e os princípios por

⁴⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9138>>. Acesso em: 28 set. 2016

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.155-157.

⁴⁶ LIMA, Alberto Jorge C. Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.54.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 71.

ela estabelecidos garantem, de forma satisfatória, que os direitos dos casais homoafetivos sejam reconhecidos e respeitados.

Por todo o exposto, é possível reconhecer que os princípios resguardados na Constituição possuem papel norteador, bem como servem de estrutura para o Estado Democrático de Direito, aproximando, por sua vez, o direito da justiça.

4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana significa dizer que pelo simples fato de ser pessoa deve haver o tratamento igualitário e digno.⁴⁸ Para Barros dignidade humana é a versão da ciência dos valores da natureza humana. Nos seus ensinamentos:

Fixar a universalidade de uma ou de outra como base dos direitos humanos é cair em petição de princípios, quanto à titularidade (os direitos são humanos porque são direitos dos seres humanos) e quanto ao objeto (um direito é digno de ser humano quando tem por objeto a dignidade do ser humano).⁴⁹

Vale ressaltar que a dignidade humana é um princípio protegido historicamente, para Aristóteles, no seu tempo histórico, a natureza incluía como natural e digna de certos seres humanos a escravidão. Nas palavras do autor:

Assim, em toda parte onde se observa a mesma distância que há entre a alma e o corpo, entre o homem e o animal, existem as mesmas relações; isto é, todos os que não têm nada melhor para nos oferecer do que o uso de seus corpos e de seus membros são condenados pela natureza à escravidão. Para eles, é melhor servirem do que serem entregues a si mesmos. Numa palavra, é naturalmente escravo aquele que tem tão pouca alma e poucos meios que resolve depender de outrem. Tais são os que só têm instinto, vale dizer, que percebem muito bem a razão nos outros, mas que não fazem por si mesmos uso dela. Toda a diferença entre eles e os animais é que estes não participam de modo algum da razão, nem mesmo têm o sentimento dela e só obedecem a suas sensações. Ademais, o uso dos escravos e dos animais é mais ou

⁴⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 199.

⁴⁹ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 418.

menos o mesmo e tiram-se deles os mesmos serviços para as necessidades da vida.⁵⁰

Nesse mesmo compasso, não se pode concluir que os direitos humanos não existem, mas sim que a dignidade a natureza humana e a sua dignidade não são universais.⁵¹

O estabelecimento de um Estado laico e fortalecido nos princípios da igualdade e da dignidade proporcionou o desenvolvimento das famílias brasileiras na sua história de forma muito dinâmica no final do século passado.⁵²

O princípio da dignidade humana norteia e orienta todo o sistema jurídico, sendo ele absoluto e não submetido a qualquer tipo de relativização. Nas palavras das autoras Teixeira e Moreira:

A atual Constituição Federal alçou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República. Isto nos permite afirmar, sem qualquer embargo, que este princípio constitui o núcleo fundante, estruturante e essencial de todos os direitos fundamentais previstos na ordem constitucional. Não há como dissociar um direito fundamental, qualquer que seja ele, do postulado da dignidade humana.⁵³

Na Constituição Federal tem em seu corpo como fundamento a dignidade da pessoa humana⁵⁴, conforme o disposto no art. 1º, III, contém não apenas mais uma norma, mas sim o reconhecimento de uma norma definidora de direitos e garantias, bem como deveres fundamentais⁵⁵.

Branco⁵⁶ lembra, nesse aspecto, que o princípio da dignidade da pessoa humana além de inspirar os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, é o

⁵⁰ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.13-14.

⁵¹ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey. p. 418.

⁵² SANCHES, Patrícia. O reconhecimento da família homoafetiva no Brasil. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Minorias sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012. p.197.

⁵³ TEIXEIRA, Daniele Chaves; MOREIRA, Luana Maniero. O conceito de família na Lei Maria da Penha. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179.

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.71.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 270-271.

princípio da dignidade que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.

Contudo, no art. 3º, IV, da CF, identifica como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e proíbe de genericamente outras formas de discriminação.⁵⁷ Faz mister ressaltar, que não há qualquer referência quanto à não-discriminação no tocante da orientação sexual.

Ao analisar o tema, Barroso ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana é imprescindível em um Estado democrático de direito. Nas palavras do autor:

Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculam, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. De tais opções resultará a configuração básica da organização do poder político. Também se incluem nessa categoria os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais à República e os princípios que a regem em suas relações internacionais. Por fim, merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais.⁵⁸

Nessa mesma perspectiva, Ragazzi e Garcia⁵⁹ afirma que a dignidade da pessoa humana é “o atributo que faz com que a pessoa seja respeitada independente das suas escolhas e em toda a sua existência e dimensão”, salvo se tais escolhas sejam ilícitas e contrárias à sociedade, a pessoa deverá responder por tal ilícito, mas, ainda assim, qualquer sanção deverá respeitar a sua dignidade. Isso demonstra que a dignidade da pessoa humana está intimamente associada à autonomia de sua vontade.

⁵⁷ CF, art. 3º, IV: promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 336-337.

⁵⁹ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios constitucionais, In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 180.

Ao analisar o tema, Sarlet destaca que a dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, não podendo ser ela própria concedida pelo ordenamento jurídico⁶⁰.

Diante dessa análise, fica demonstrada a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana na análise das relações homossexuais, uma vez que a pessoa deve ser respeitada em toda sua existência, devendo, portanto, qualquer Estado democrático de direito proteger juridicamente a dignidade da pessoa humana como alicerce dos direitos fundamentais, vedando qualquer tipo de discriminação.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Com o entendimento da importância do princípio da igualdade, a Constituição Federal, expresso no caput do artigo 5º, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”⁶¹.

Ao analisar o tema, Moraes⁶² destaca que todos cidadãos têm o direito de tratamento igualitário perante a lei, configurando como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada da norma constitucional não deve ser recepcionada, uma vez que não mostra compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema proclama.

De acordo com Rios⁶³, a igualdade prevista na Constituição está atrelada tanto na igualdade perante a lei quanto a igualdade na lei. Nas palavras do autor:

o direito brasileiro, enraizado na tradição jurídica continental, compreende o princípio da igualdade na dupla dimensão formal e material. Este princípio se apresenta, em nosso direito constitucional positivo, pela simultânea afirmação da igualdade perante a lei e da igualdade na lei, expressões que encerram distintas e complementares compreensões do direito de igualdade, cuja convivência possibilita o entendimento desse princípio.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.71.

⁶¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, **art. 5º, caput**: 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:

⁶² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 32

⁶³ RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 67.

A igualdade jurídica, aqui entendida como um princípio constitucional, veda a discriminação quanto a orientação sexual. Nesse compasso, vale a pena mencionar a indagação de Ragazzi e Garcia quanto a igualdade dos direitos dos casais homossexuais:

Seria constitucional, portanto supor que todos são igual perante a lei, mas que esta igualdade não se estende aos homossexuais que queriam constituir uma união estável? Qual seria o fator aceitável de discriminação? Jurídico, a toda evidência não há.⁶⁴

Nesse seguimento, não se pode permitir que a realização de uma interpretação literal se sobrevalença aos princípios dispostos na Constituição brasileira, uma vez que a mesma não autoriza, em hipótese alguma, qualquer discriminação com fundamento na orientação sexual.⁶⁵

Corrobora nesse sentido Rios⁶⁶ quando assegura que o princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio de aplicação da mesma lei a todos, devendo, portanto, ser aplicado o mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, independente da orientação sexual homossexual ou heterossexual.

Segundo Moraes⁶⁷ o intérprete não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalta ainda, em especial ao poder judiciário, no exercício da sua função jurisdicional de dizer e aplicar o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.

Portanto, todo o cerne da discussão reside no campo do reconhecimento da igualdade, do qual decorre o respeito à diferença, independente da orientação sexual. Com isso, não é coerente a interpretação literal de uma norma quando está sobrevalencer aos princípios Constitucionais, uma vez que é vedada na Constituição, qualquer forma de discriminação, sobretudo com fundamento na orientação sexual.

⁶⁴ RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios constitucionais, In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 186.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 336-337.

⁶⁶ RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 70.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 32.

No próximo capítulo, o objetivo principal, será abordado os entendimentos jurisprudenciais acerca da aplicabilidade da Lei 11.340/06 nos relacionamentos homoafetivos.

5 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

As diferenças associadas ao gênero, raça, idade e etnia, formam uma diversidade, que por sua vez proporciona ao Brasil a sua grande riqueza social e cultural. Entretanto, quando tais riquezas são transformadas em desigualdades, nasce a violação dos direitos humanos. Assim sendo, essas pessoas, que são excluídas pela “sociedade politicamente correta”, tornam-se vulneráveis.

Nessa mesma perspectiva, cabe salientar que o aplicador do Direito deve realizar a hermenêutica jurídica conforme a necessidade do caso, afastando a possibilidade da aplicação da Lei como um mero “boca da Lei”. É notório que a Lei Maria da Penha busca combater a violência doméstica contra a mulher, mas uma vez que ocorrer a violência doméstica contra gays, lésbicas e transexuais, a Lei deve ser aplicada pelo simples fato de serem cidadãos como as demais pessoas da sociedade. Logo, privá-los da proteção legal, configura uma forma cabal de preconceito e discriminação, algo que a Lei Maria da Penha pretende exterminar.

Quanto a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, é importante ressaltar que, desde a entrada da Lei em vigor, inúmeras foram as interpretações quanto à sua aplicabilidade, tendo em vista que o art. 1º da Lei estabelece que o principal objetivo é a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Contudo, foi através da Ação Declaratória Constitucional proposta pelo o presidente da República perante o E. STF que declarou a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei, *in verbis*:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e

familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.⁶⁸

O disposto no art. 1º da Lei Maria da Penha, visa coibir a reiterada prática de violência contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, independente do sexo do agressor, buscando a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher.⁶⁹ O artigo 33 da Lei, no que se refere a ‘varas criminais’ evidencia a transferência de competência, mesmo que transitória para os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, mas na ausência dos juizados, as medidas protetivas deverão ser enviadas ao juízo criminal.⁷⁰ Contudo, o disposto no artigo 41 afasta a aplicação da Lei 9.099/05 nos casos de crimes praticados com violência doméstica contra a mulher.⁷¹

O avanço foi significativo, uma vez que estabelecida a constitucionalidade da Lei restringe a discussão entre as doutrinas e os tribunais. Assim, a eficácia da Lei mostra-se em plena consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Constituição, uma vez que prever a obrigatoriedade do Estado em adotar mecanismos para coibir a violência no seio das relações familiares.

Importante salientar o entendimento de Dias quanto à aplicabilidade da lei nos relacionamentos homoafetivos, nas palavras da autora:

É função do Direito acompanhar a evolução dos tempos e, na ausência de Leis que venham a dirimir as questões dos tempos e, na ausência de leis que venham a dirimir as questões homossexuais apresentadas, sejam elas entre homens ou entre mulheres, formar,

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 19**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2584650>>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁶⁹ SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26.

⁷⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 152.

⁷¹ SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 171.

através da jurisprudência, uma regulamentação da matéria, de acordo com as normas gerais do ordenamento jurídico.⁷²

No tocante da competência para julgar os crimes decorrentes de violência doméstica entre casais homossexuais são dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, mas na ausência destes, compete as varas criminais conhecer e julgar. No entanto, encontram-se inúmeras discussões quanto a temática, tanto entre doutrinadores, quanto entre os tribunais.

Quanto ao sujeito passivo vítima de violência doméstica na Lei Maria da Penha, o desembargador Silvânio Barbosa Dos Santos, do Distrito Federal, na análise do Recurso em sentido estrito nº 20130710404924, decidiu que o pedido da recorrente era ilógico, uma vez que não houve constatação que a vítima estivesse em condição de vulnerabilidade ou hipossuficiência frente à recorrida. O relator descreve que a Lei Maria da Penha deverá sempre ser aplicada quando o sujeito passivo vítima da violência doméstica for mulher, independente da orientação sexual da vítima, contudo, é necessária a existência de hipossuficiência ou vulnerabilidade da vítima na relação familiar. Vejamos a ementa do acórdão:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. RELAÇÃO ÍNTIMA PRETÉRITA. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA. MOTIVAÇÃO DESVINCULADA DO GÊNERO. INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE. INAPLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os dispositivos da Lei Maria da Penha são também aplicáveis às mulheres que, no uso de sua liberdade sexual, mantêm relacionamentos homoafetivos. É dizer: a lei não desampara a mulher pelo fato de sua relação íntima estabelecer-se com pessoa do mesmo sexo, sendo certo que conclusão diversa seria absolutamente inconstitucional.

2. A Lei Maria da Penha define com clareza o sujeito passivo da violência doméstica, que será sempre a mulher. Contudo, o sujeito

ativo poderá ser tanto o homem quanto a mulher, devendo a análise do caso concreto atentar-se à existência ou não de motivação degênero e utilização da relação doméstica, familiar ou de afetividade como escopo para a prática da violência, fatores que serão determinantes para concluir-se pela (in)aplicabilidade da referida norma.

3. Não se verifica a permanência de qualquer vínculo íntimo entre a ofendida e a recorrida: o transcurso de significativo lapso temporal entre o término do relacionamento (2008) e a data da suposta ameaça (2013), bem como a prova da existência de sério relacionamento afetivo posterior, obstam eventual presunção de que a violência tenha sido decorrente da relação de afeto mantida, no passado, entre a vítima e a agressora.

⁷² DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 30.

4. A motivação da suposta ameaça teria sido um desentendimento entre agressora e ofendida, fundado no receio por parte da agressora de que a vítima estivesse colaborando para que os credores encontrassem o seu endereço, motivo que não guarda qualquer pertinência com a relação homoafetiva mantida e encerrada anos atrás. 5. Não se constata que a vítima estivesse em condição de vulnerabilidade ou hipossuficiência frente à recorrida. 6. Recurso desprovido.⁷³ (grifei)

Nestas circunstâncias, Gomes⁷⁴ esclarece que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada aos homens desde que constatada a violência doméstica no âmbito familiar, independente da orientação sexual, uma vez que nada impede o judiciário conceda a tutela judicial para a proteção daquele que se encontra ameaçado ou possui direitos lesionados.

Em contrapartida, cumpre frisar o que pensa Souza⁷⁵, ao expressar que a Lei sob comento define apenas a mulher como sujeito passivo, assim, não é passível a aplicação aos homossexuais que não possuam aparelho reprodutor feminino, tendo em vista que “tenham feito uma opção sexual construída psicológica e socialmente”.

Acerca da aplicabilidade da Lei ao sujeito passivo do sexo masculino, o desembargador do E. TJ-MG, Jaubert Carneiro Jaques entende que, embora a Lei Maria da Penha não seja taxativa quanto a sua aplicação ao sujeito passivo do sexo masculino, poderá ser aplicada quando constatada a situação de vulnerabilidade, visando à proteção dos indivíduos nas relações, de modo a justificar as medidas de proteção, *in verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO - **HOMEM COMO VÍTIMA DE AGRESSÃO EM RELAÇÃO HOMOAFETIVA** - APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006 - IMPOSSIBILIDADE - LEGISLAÇÃO PARA COMBATE E PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER - INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA, SOCIOLÓGICA E SISTEMÁTICA DO DIPLOMA LEGAL - COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIAL CRIMINAL - PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. - **Sendo o homem vítima de lesão corporal em relação homoafetiva e não estando evidenciada sua situação de vulnerabilidade é inaplicável a Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha.** - A Lei Maria da Penha é uma legislação especial que se destina ao combate e à prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, por um histórico de opressão e violência contra a mulher, não podendo ser aplicada

⁷³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Criminal. **RSE nº 20130710404924**. Relator: Silvânio Barbosa Dos Santos. Distrito Federal, 03 de abril de 2014. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 10 out. de 2016.

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: aplicação em favor do homem**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009062611380333>. Acessado em: 10 out. 2016.

⁷⁵ SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 44.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VÍTIMA HOMEM. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. **O homem não pode ser sujeito passivo de violência doméstica no âmbito da Lei nº 11.340/2006 (entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça). Além disso, no caso concreto, não está evidenciada a vulnerabilidade da vítima.** Impossibilidade de prevalência da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal. Evidente que, quando uma nova lei ingressa no ordenamento jurídico, ela irradia os seus efeitos para além das situações previstas no novo diploma legal. **A partir desta percepção, tem-se que alguns "princípios" introduzidos pela Lei Maria da Penha podem ser aplicados a situações outras, visando à proteção dos indivíduos em relações em que se verifique, por exemplo, vulnerabilidade, de modo a justificar, eventualmente, medidas de proteção.** Não é possível, reitera-se, adotar regimes de competência, mas apenas aplicar os princípios de proteção. RECURSO DESPROVIDO.⁷⁸ (grifei)

Insta observar que, embora o julgador não enfatize a inaplicabilidade da Lei ao gênero masculino devido a Lei não elucidar de forma expressa quanto a proteção a este gênero, entende que, mesmo assim, é possível à luz dos princípios inseridos pela Lei, julgar os casos de violência doméstica onde contenha a vulnerabilidade da vítima, mesmo esta sendo do sexo masculino.

Nesse compasso, faz mister enfatizar o julgado do E. TJRS, acerca da Lei Maria da Penha, ao estabelecer que não só pode como deve ser aplicada nos casos de violência doméstica em relações homoafetivas. Vejamos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. RELAÇÃO HOMOAFETIVA ENTRE O SEXO FEMININO. INCIDÊNCIA DA LEI N.º11.340/06. **A incidência da Lei n.º 11.340/2006 depende de que a violência seja baseada em questões de gênero, indicativas da vulnerabilidade da mulher ofendida em relação ao masculino. Questão que não se confunde com a diferença biológica entre homens e mulheres, mas, sim, guarda relação com a desigualdade que se estabelece culturalmente entre os papéis destinados ao masculino e ao feminino nas relações familiares e íntimas de afeto.** Hipótese concreta de ameaças proferidas entre companheiras do sexo feminino. **Presença de indícios de submissão de uma em relação à outra,** notadamente diante do afirmado perante a autoridade policial. Cenário fático suficiente para fins de fixação da competência do juízo a quem compete o

⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Câmara Criminal. **RSE nº 70057112575**. Relator: Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=RECURSO+EM+SENTIDO+ESTRITO.+DECLINA%C3%87%C3%83O+DA+COMPET%C3%8ANCIA.+VIOL%C3%8ANCIA+DOM%C3%89STICA.+V%C3%8DTIM+A+HOMEM.+RELA%C3%87%C3%83O+HOMOAFETIVA.+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_in dex&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 30 set. 2016.

juízo dos delitos envolvendo violência doméstica. Parecer ministerial pela improcedência. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE.⁷⁹

Nesse sentido ensinam Teixeira e Moreira⁸⁰ que para a aplicação da Lei 11.340/2006 não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que sejam ou tenham sido casados, ademais se aplica desde que haja o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, independente da orientação sexual do casal.

Assim, neste seguimento, a quinta câmara criminal do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu através do que o sujeito passivo da violência doméstica, objeto da Lei Maria da Penha é a mulher, contudo o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique evidenciado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. Vejamos o julgado:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. **RELAÇÃO HOMOAFETIVA ENTRE DUAS MULHERES.** AGRESSÃO DA DENUNCIADA À OFENDIDA. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO AO FUNDAMENTO DE QUE TRATANDO DE CRIME COMETIDO POR MULHER CONTRA SUA EX-COMPANHEIRA, INEXISTE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO QUE JUSTIFIQUE A APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/06. ALEGAÇÃO DO SUSCITANTE DE QUE O CRIME IMPUTADO À ACUSADA OCORREU NO CONTEXTO FAMILIAR CONTRA “VÍTIMA” DO SEXO FEMININO, O QUE SE COADUNA AO ESCOPO DA REFERIDA LEI. **O SUJEITO PASSIVO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, OBJETO DA LEI MARIA DA PENHA É A MULHER. O SUJEITO ATIVO PODE SER TANTO O HOMEM QUANTO A MULHER, DESDE QUE FIQUE CARACTERIZADO O VÍNCULO DE RELAÇÃO DOMÉSTICA, FAMILIAR OU DE AFETIVIDADE.** PRECEDENTE DO STJ. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, RECONHECENDO-SE COMO COMPETENTE PARA PROFERIR A SENTENÇA O JUÍZO SUSCITADO.⁸¹ (grifei)

Nota-se, portanto, que a Lei é taxativa quanto ao sujeito passivo, devendo ser aplicada à mulher, entretanto o sujeito ativo independe do sexo. Nesse sentido, é

⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. **Conflito de Jurisdição nº 70066527185.** Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 26 de novembro de 2015. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=CONFLITO+DE+COMPET%C3%8ANCIA.+VIOL%C3%8ANCIA+DOM%C3%89STICA.+RELA%C3%87%C3%83O+HOMOAFETIVA+ENTRE+O+SEXO+FEMININO.+INCID%C3%8ANCIA+DA+LEI+N.%C2%BA11.340%2F06.+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁸⁰ TEIXEIRA, Daniele Chaves; MOREIRA, Luana Maniero. O conceito de família na Lei Maria da Penha. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 287.

⁸¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Quinta Câmara Criminal. **Conflito de Jurisdição nº 0046089-30.2015.8.19.0203.** Relator: Luciano Silva Barreto. Rio de Janeiro, 23 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 10 out. 2016.

nítida a aplicação da Lei para a vítima do sexo feminino em uma relação homoafetiva, tanto nos entendimentos jurisprudenciais quanto nos doutrinários. Entretanto, ainda há divergência entre doutrinas, bem como entre os tribunais acerca da aplicabilidade da Lei Maria da Penha às vítimas do sexo masculino no tocante da violência doméstica nos relacionamentos homoafetivos.

Cumpre salientar o disposto por Souza, ao afirmar que existe duas correntes quanto a temática do sujeito passivo da Lei. Nas palavras do autor:

[...] havendo uma corrente que defende que, por se tratar de crime de gênero e cujos fins principais estão voltados para a proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, com vistas a valorizá-la enquanto ser humano igual ao homem e evitar que este se valha desses métodos repugnáveis como forma de menosprezo e de denominação de um gênero sobre o outro, razão pela qual no polo ativo pode configurar apenas o homem e, quando muito, a mulher que, na forma do parágrafo único deste artigo, mantenha uma relação homoafetiva com a vítima, ao passo que uma segunda corrente defende que a ênfase principal da presente Lei não é a questão de gênero [...]⁸²

Como se pode observar a Lei não contempla o homem como sujeito passivo, mas para tais agressões e violências causadas a vítima do sexo masculino, será aplicado o disposto do art. 129, § 9º do Código Penal. Assim, verifica-se que seja a vítima mulher, seja a vítima do sexo masculino, o tratamento será igualitário no tocante às violências ocorridas no âmbito doméstico.⁸³

No tocante das agressões praticadas por uma companheira no relacionamento homoafetivo, não há divergência doutrinária e jurisprudencial, visto que a Lei é explícita quanto ao combate da violência doméstica contra a mulher.

Nesse cenário, a décima câmara criminal do E. TJSP através do julgamento do Recurso em sentido estrito decidiu que a mulher vítima de violência doméstica, em contexto de relação homoafetiva, é passível de figurar no polo ativo da Lei, uma vez que trata-se de entidade familiar. Vejamos o julgado:

RESE - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO - Lei Maria da Penha - Relação homoafetiva de mulheres - Alcance da norma - Reconhecimento como entidade familiar - Inteligência do artigo 5º, parágrafo único, da Lei 11.343/06 - Mulher como sujeito ativo do crime - Possibilidade Súmula 114,

⁸² SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 46-47.

⁸³ TEIXEIRA, Daniele Chaves; MOREIRA, Luana Maniero. O conceito de família na Lei Maria da Penha. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 285.

do TJSP - PROVIMENTO AO RECURSO, para reconhecer a competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar para o julgamento da ação.⁸⁴

Consoante ao entendimento do TJSP, o julgado realizado pela câmara criminal do E. TJDF reconheceu a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar no conflito negativo de jurisdição, tendo em vista que a violência ocorreu no âmbito de uma relação de afeto entre duas mulheres onde estava presente a situação de vulnerabilidade, *in verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. AMEAÇA. LESÕES CORPORAIS. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. FATOS PRATICADOS POR COMPANHEIRA. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO. VULNERABILIDADE CARACTERIZADA. CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. **Caracteriza-se o contexto de relação doméstica e familiar de convivência para fins da proteção especial da Lei nº 11.340/2006, quando os fatos ocorrem no âmbito de uma relação de afeto existente entre mulheres, na qual está presente situação de vulnerabilidade ou subordinação proveniente do gênero.** Conflito Negativo de jurisdição conhecido. Competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Ceilândia.⁸⁵ (grifei)

No que se refere à aplicação das medidas protetivas da Lei 11.340/06, de acordo com Teixeira e Moreira⁸⁶, nada impede que seja aplicado às vítima do sexo masculino por analogia. Para tal aplicação é indispensável a situação de vulnerabilidade da vítima do sexo masculino, caso ao contrário não será aplicado o disposto da Lei Maria da Penha, e sim o código Penal.

Nesse mesmo contexto, ensina Gomes que as medidas protetivas podem ser aplicadas em favor do homem, uma vez que comprovada que a violência ocorreu no âmbito doméstico, familiar ou relacionamento íntimo. Nas palavras do penalista:

Constatada que a violência está sendo utilizada pela mulher como uma forma de imposição, não há dúvida que todas as medidas protetivas da Lei 11.340/2006 podem favorecer o homem, impondo-se a analogia *in bonam partem* (TJMG, Apel. Crim. 1.0672.07.249317-0, rel. Judimar Biber, j.

⁸⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Criminal. **RSE nº 0039881-64.2012.8.26.0001**. Relator: Rachid Vaz de Almeida. São Paulo, 31 de janeiro de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8160556&cdForo=0&vlCaptcha=jitks>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁸⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Câmara Criminal. **Conflito de Jurisdição nº 857289**. Relator: Souza e Ávila. Distrito Federal, 23 de março de 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 11 out. 2016.

⁸⁶ TEIXEIRA, Daniele Chaves; MOREIRA, Luana Maniero. O conceito de família na Lei Maria da Penha. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. p. 286.

06.11.07). Nesse mesmo sentido, decisão do juiz Mário R. Kono de Oliveira (Cuiabá-MT), que sublinhou: o homem que, em lugar de usar violência, busca a tutela judicial para sua situação de ameaça ou de violência praticada por mulher, merece atenção do Poder Judiciário.⁸⁷

De acordo com o entendimento da Juíza Aline Luciane Ribeiro Viana Quinto⁸⁸, da Comarca Primavera do Leste do Estado do Mato Grosso, ao conceder medida protetiva pleiteada por um homem em face de seu ex-companheiro no Processo nº 6670-72.2014.811, afirmou que embora a Lei dispõe expressamente a sua aplicabilidade nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, é possível conceder medida protetiva de urgência expressa na Lei a qualquer pessoa que esteja vulnerável em razão de espécie de violência doméstica e familiar, seja homem ou mulher.

Acerca disso, ao julgar o Recurso em sentido, no qual o sujeito passivo do sexo masculino pleiteava medida protetiva em face de seu ex-companheiro, posiciona o desembargador relator Alexandre Victor de Carvalho, que para ser reconhecida a competência do Juizado Especial criado pela Lei nº 11.340/06 é necessário que a vítima seja do sexo feminino. Vejamos:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - CASAL HOMOSEXUAL COMPOSTO POR DOIS HOMENS - PEDIDO DE MEDIDAS PROTETIVAS AFORADO NA VARA ESPECIALIZADA EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO DETERMINAÇÃO A REDISTRIBUIÇÃO - ACERTO - MANUTENÇÃO. 1. É condição sine qua non a ofendida ser do sexo feminino para que se reconheça a competência do Juizado Especial criado pela Lei nº 11.343/06.⁸⁹ (grifei)

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: aplicação em favor do homem**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009062611380333> Acesso em 25 maio 2016

⁸⁸ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Vara Criminal. **Medida Protetiva nº 6670-72.2014.811**. Juíza Aline Luciane Ribeiro Viana Quinto. Primavera do Leste, 29 de julho de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-gays.pdf>>. Acesso em 27 maio 2016.

⁸⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Criminal. **RSE nº 10024120690656001**. Relator: Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte, 19 de março de 2013. Disponível em: <

Vale observar que na fundamentação do seu voto, o ilustre desembargador reconhece que embora a Constituição de forma expressa prevê a igualdade perante a lei entre os gêneros, entende-se que esta deve ser utilizada quando houver a existência de grupos minoritários ou hipossuficientes, que “necessitam de uma proteção especial para alcançá-la não apenas no plano normativo, mas baseada em concretos ideais de justiça”⁹⁰. Sendo esse o objetivo da Lei Maria da Penha.

Diante do exposto, é possível observar que trata-se de um tema bastante polêmico e com vários posicionamentos. Não abranger a Lei Maria da Penha aos casais homossexuais seria desacatar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Seria um paradoxo, pois tal Lei busca exatamente combater o preconceito, a discriminação e a busca da igualdade. Afinal, em uma sociedade democrática de direito não pode haver imposição da opção sexual, visto que todos são livres para optar e decidir sobre sua orientação sexual, tendo em vista que através de tal igualdade que se poderá perceber a plena democracia do Estado.

6 CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea é caracterizada pela sua singularidade. Com o crescimento das diferenças diante da pluralidade de segmentos da sociedade, as minorias eram encurraladas e viviam no seu anonimato, sem existência de qualquer amparo legal pelo simples fato de ser minoria. Diante dessa problemática, o objetivo principal do presente trabalho visa elucidar a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha no que concerne aos casais homossexuais. Sua proposta foi baseada no estudo de doutrinas e nos argumentos jurisprudenciais.

No primeiro capítulo foram abordados os aspectos gerais acerca da Lei Maria da Penha, tendo como intuito apresentar o seu surgimento e o objetivo da sua criação. Embora ainda existam críticas e incontroversas judiciais quanto a sua

⁹⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Criminal. **CCP nº 10024120690656001**. Relator: Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte, 19 de março de 2013. Disponível em: <

aplicabilidade, mesmo assim, deve ser assegurada a proteção legal às vítimas independente da sua orientação sexual, desde que ocorra a violência no seio familiar.

No segundo capítulo, teve o escopo de discorrer através de uma breve evolução do conceito de família a partir da Constituição de 1824 até o ingresso da Constituição Federal de 1988, bem como o novo conceito advindo da Lei Maria da Penha. Observou-se, portanto, a evolução multidisciplinar com o reconhecimento do novo conceito de família.

Conforme se observa no terceiro capítulo, não abranger a Lei Maria da Penha a lésbicas, travestis, transexuais seria diretamente ir à contramão da essência dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Tendo em vista que nesse contexto de igualdades e diferenças, faz-se necessário a intervenção do Estado no tocante das agressões ocorridas no meio familiar independentemente da orientação sexual agressor ou da vítima.

Através de julgados, o quarto capítulo demonstra a controvérsia quanto a aplicabilidade da Lei Maria da Penha quando o sujeito passivo for do sexo masculino.

É notório o avanço significativo da lei, tanto para a prevenir quanto para amparar as vítimas de violência doméstica, quanto o reconhecimento da configuração de família entre pessoas do mesmo sexo. Embora na sua aplicabilidade ainda existam críticas e incontroversas judiciais, deve ser assegurada a proteção legal às vítimas independente da sua orientação sexual, desde que ocorra a violência no seio familiar.

Logo, o julgador tem que aplicar a norma de acordo com o caso concreto, deixando de ser um mero aplicador da Lei atrelado às formalidades, mas sim buscando a verdadeira essência da norma que é a prevenção e amparo das vítimas vulneráveis quando ocorrer violência doméstica independente do sexo do sujeito passivo e ativo. Assim, há de se preocupar com as minorias, pelo simples fato de existirem e serem cidadãos como os demais indivíduos da sociedade, uma vez que todos são iguais. Logo, privá-los do amparo da Lei, configura uma cabal forma de preconceito e discriminação, algo que a Lei Maria da Penha busca exterminar.

Conclui-se, destarte, tanto nas jurisprudências quanto nas doutrinas estudadas no presente trabalho, percebe-se que ainda há grandes controvérsias quanto a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica nos

relacionamentos homoafetivos – Homem x Homem. Contudo, é pacífica, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, a aplicação da Lei quando a vítima for do sexo feminino independentemente se o relacionamento é composto por duas mulheres.

Para a busca da igualdade na aplicação da Lei é necessário que o aplicador do Direito realize a hermenêutica jurídica à luz dos princípios constitucionais, devendo a Lei ser interpretada dentro de um ordenamento social e jurídico para garantir a igualdade, abarcando qualquer tipo de união, para que assim possa ser afastado a possibilidade da aplicação da Lei como um mero “boca da Lei”.

É notório que a Lei Maria da Penha busca combater a violência doméstica contra a mulher, mas uma vez que ocorrer a violência no seio doméstico nos relacionamentos homoafetivos – Homem x Homem e Mulher x Mulher – a Lei deve ser aplicada pelo simples fato de serem cidadãos como as demais pessoas da sociedade. Logo, privá-los da proteção legal, configura uma forma cabal de preconceito e discriminação, algo que a Lei Maria da Penha pretende exterminar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família – O art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, p. 329-347, nov. 2007. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/225/reconhecimen%20legal%20conceito_Alves.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 set. 2016.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu – violência doméstica e políticas criminais no Brasil. **Jornal do Conselho Regional de Psicologia**, Rio de Janeiro, ano 5, n. 17, p. 12-13, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.crprj.org.br/site/wp-content/uploads/2016/05/jornal17-condicao-feminina.pdf>>. Acesso em 27 set. 2016

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

BRASIL. **Lei nº 11.340, 22 de Setembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 19**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2584650>>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Sessão Plenária de 03/04/1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>> Acesso em: 24 set. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Organização dos Estados Americanos. Relatório nº54/01. Caso 12.051, Maria da Penha Fernandes**. Brasil. 4 de abr. 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Câmara Criminal. **Conflito de Jurisdição nº 857289**. Relator: Souza e Ávila. Distrito Federal, 23 de março de 2015. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 11 out. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Criminal. **RSE nº 20130710404924**. Relator: Silvano Barbosa Dos Santos. Distrito Federal, 03 de abril de 2014. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 10 out. de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: aplicação em favor do homem**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009062611380333>. Acessado em: 10 out. 2016.

JUNIOR, Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael. **Aspectos Processuais Cíveis da Lei Maria da Penha: Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Revista

Bresileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, vol. 4, Jun/Jul. 2008. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/Aspectos%20Processuais%20Civis%20da%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

LIMA, Alberto jorge C. Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 264-274.

MADALENO. Rolf. **Curso de direito de família.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Vara Criminal. **Medida Protetiva nº 6670-72.2014.811.** Juíza Aline Luciane Ribeiro Viana Quinto. Primavera do Leste, 29 de julho de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-gays.pdf>>. Acesso em 27 maio 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Criminal. **RSE nº 10024120690656001.** Relator: Alexandre Victor de Carvalho. Belo Horizonte, 19 de março de 2013. Disponível em: <[MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. sexta Câmara Criminal. **Conflito de Jurisdição nº 0020691-76.2015.8.13.0000.** Relator: Jaubert Carneiro Jaques. Belo Horizonte, 02 de junho de 2015. Disponível em: <](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=RECURSO%20SENTIDO%20ESTRITO%20-%20VIOL%20CANCIA%20DOM%20C9STICA%20-%20CASAL%20HOMOSEXUAL%20COMPOSTO%20DOIS%20HOMENS&pesquisaPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&.>. Acesso em: 12 out. 2016.</p>
</div>
<div data-bbox=)

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº54/01. Caso 12.051, Maria da Penha Fernandes**.

Brasil. 4 abr. 2001. Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016.

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; SARAIVA, Rodrigo Viana. A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1170, 14 set. 2006. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/8911/a-lei-maria-da-penha-e-o-reconhecimento-legal-da-evolucao-do-conceito-de-familia>>. Acesso em: 24 set. 2016.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios constitucionais, In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 175-198.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Quinta Câmara Criminal.

Conflito de Jurisdição nº 0046089-30.2015.8.19.0203. Relator: Luciano Silva

Barreto. Rio de Janeiro, 23 de março de 2016. Disponível em:

<<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 10 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Câmara Criminal. **RSE nº 70057112575**. Relator: Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 07 de agosto de 2014. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=RECURSO+EM+SENTIDO+ESTRITO.+DECLINA%C3%87%C3%83O+DA+COMPET%C3%8ANCIA.+VIOL%C3%8ANCIA+DOM%C3%89STICA.+V%C3%8DTIMA+HOMEM.+RELA%C3%87%C3%83O+HOMOAFETIVA.+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 30 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. **Conflito de Jurisdição nº 70066527185**. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 26 de novembro de 2015. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=CONFLITO+DE+COMPET%C3%8ANCIA.+VIOL%C3%8ANCIA+DOM%C3%89STICA.+RELA%C3%87%C3%83O+HOMOAFETIVA+ENTRE+O+SEXO+FEMININO.+INCID%C3%8ANCIA+DA+LEI+N.%C2%BA11.340%2F06.+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 out. 2016.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.4206, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANCHES, Patrícia. O reconhecimento da família homoafetiva no Brasil. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Minorias sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012. p. 197-204.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Criminal. **RSE nº 0039881-64.2012.8.26.0001**. Relator: Rachid Vaz de Almeida. São Paulo, 31 de janeiro de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8160556&cdForo=0&vICaptcha=jitks>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

TEIXEIRA, Daniele Chaves; MOREIRA, Luana Maniero. O conceito de família na Lei Maria da Penha. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 275-288.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. A família, a violência e a justiça: Conflitos familiares, Lei Maria da Penha e concepções jurídicas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 136-153, jan./abr. 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 199-248.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.