



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA
NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS DO GÊNERO MASCULINO**

ORIENTANDO: PEDRO AUGUSTO SILVA CHAVEIRO
ORIENTADORA: PROFA: M. ROBERTA CRISTINA DE MORAIS SIQUEIRA

GOIÂNIA-GO
2022

PEDRO AUGUSTO SILVA CHAVEIRO

**APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA
NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS DO GÊNERO MASCULINO**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás Prof^a Orientadora: M. Roberta Cristina de Moraes Siqueira.

GOIÂNIA-GO
2022

PEDRO AUGUSTO SILVA CHAVEIRO

**APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA
NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS DO GÊNERO MASCULINO**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa.: M. Roberta Cristina de Moraes Siqueira
Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Titulação e Nome Completo
Nota

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 OS DIREITOS HUMANOS, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O GRUPO LGBTQIA+.....	07
2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	08
2.1 CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	08
2.2 CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	09
2.3 A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.....	10
3 A LEI MARIA DA PENHA, A OBJETIVIDADE DE GÊNERO E O JUDICIÁRIO.....	11
3.1 HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA.....	11
3.1 A ANÁLISE OBJETIVA DE GÊNERO.....	12
3.2 O PREENCHIMENTO DAS LACUNAS LEGISLATIVAS PARA PROTEÇÃO DO HOMEM HOMOSSEXUAL EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE.....	14
CONCLUSÃO.....	19
RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA.....	20
REFERÊNCIAS.....	21

APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS DO GÊNERO MASCULINO

Pedro Augusto Silva Chaveiro¹

O presente artigo visa explicar um assunto tanto quanto controverso e polêmico dentro do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a aplicação da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas do gênero masculino. O tema não tem relação apenas com a seara criminal, mas também o cível, mais especificamente o Direito de Família. Em primeiro momento discorreu-se acerca do histórico de violência contra a mulher e o surgimento da Lei nº 11.340/06, além da sua objetividade. Posteriormente, tratou-se da mutação constitucional acerca do conceito de família, de acordo com a ADI 4.277-DF julgada pelo plenário do STF. Por fim demonstrou-se a possibilidade de aplicação de tal legislação às relações homoafetivas do gênero masculino, hipótese esta demonstrada segundo as decisões proferidas em primeiro grau. A metodologia usada foi pautada em doutrinas penais e civilistas na área de família, além de julgados do STF, Tribunais Superiores e decisões singulares com efeito *inter partes*, artigos científicos de renomados juristas brasileiros e o estudo da lei propriamente dita.

Palavras-chave: Princípio da isonomia. Dignidade da pessoa humana. Violência doméstica. Casais homoafetivos. Lei Maria da Penha.

¹ Graduando de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. E-mail: pdraugustosilva@outlook.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico foi desenvolvido para analisar a viabilidade de aplicação da Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica envolvendo casais homossexuais do gênero masculino, demonstrando precisamente o binômio da necessidade e possibilidade de flexibilização da legislação infraconstitucional para salvaguarda dos direitos fundamentais presentes na Carta Magna de 1988.

Com o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da ampliação do conceito de família, através da mutação constitucional, o tema se faz atual e relevante para o ordenamento jurídico brasileiro, pois a luta não é mais concentrada apenas nos movimentos feministas, mas também nos movimentos LGBTQIA+², a fim de demonstrar a necessidade de ter assegurada a integridade física, moral e psicológica.

Ao se pesquisar sobre o assunto abordado, vários são os resultados de decisões singulares de primeiro grau, em que foi reconhecido o cabimento da aplicação da Lei Maria da Penha aos homens que são vítimas de seus próprios companheiros no ambiente familiar. Contudo, no papel de guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem sido negligente em não estender a proteção legislativa e não aplicar a igualdade material aos que não se enquadram no gênero feminino, mas vivem situações análogas às dispostas na Lei nº 11.340/06.

A violência doméstica tem como palco diário todos os meios de comunicação, mostrando cada dia mais que não basta existir uma lei que reprima a conduta típica, mas que deve ser eficaz para a proteção de quem é vulnerável no meio social, doméstico e familiar.

O trabalho foi fruto de pesquisas bibliográficas e virtuais acerca do conteúdo que será discorrido, onde será feita uma análise comparativa, dispondo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

² “A sigla LGBTQIA+ engloba pessoas que são lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, queer, intersexuais, assexuais e mais”.

1 OS DIREITOS HUMANOS, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O GRUPO LGBTQIA+

Liberdade, igualdade e fraternidade, como lemas da Revolução Francesa, são o ponto de partida dos direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão. A doutrina clássica classifica os direitos fundamentais em gerações. Entretanto, a mais moderna usa o termo “dimensões”, no sentido de que uma nova “dimensão” não abandona as conquistas de uma anterior.

A sociedade, segundo a classificação apresentada, vive a era da fraternidade ou solidariedade. “Os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade” (LENZA, 2021, p. 960).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, teve como um dos primeiros signatários o Brasil. Em seu preâmbulo é possível encontrar o seguinte texto:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,
Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,
Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,
Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla (...) (UNICEF, 2019, p. 01).

O art. 3º da Constituição Federal de 1988 elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como construir uma sociedade livre, justa e

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

Considerando toda a redação garantista do texto constitucional, e que a Carta Magna é o topo da pirâmide de Kelsen³, cria-se a imagem de completude das normas brasileiras quando se trata de defender os direitos e garantias destinados ao ser humano como cidadão.

A ilusória impressão é rapidamente afastada quando feita a análise minuciosa das situações fáticas que enfatizam a marginalização dos que não se consideram heterossexuais. Não existem, até o presente momento, normativas específicas sobre liberdade sexual e de gênero nos sistemas global e regional, sendo utilizada a prerrogativa geral de liberdade e autonomia, como demonstrado anteriormente ao citar a Constituição Federal e a Declaração Universal de Direitos Humanos. Maria Berenice Dias (2008) diz que enquanto a homossexualidade for vista como “crime, castigo ou pecado”, não haverá de se falar em Estado Democrático de Direito.

2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE FAMÍLIA

2.1 CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As Constituições “podem ser classificadas segundo os mais variados critérios — uns puramente formais, outros pretensamente substanciais — tais como a forma, o conteúdo, a origem, o modo de elaboração, a estabilidade e a extensão” (MENDES, 2009, p.18).

A Constituição Federal de 1988, em relação à estabilidade, é considerada rígida. Gilmar Mendes descreve que uma carta política rígida é aquela “que, mesmo admitindo emendas, reformas ou revisões, dificultam o processo tendente a modificá-las, que é distinto, por essa razão, do processo legislativo comum” (2009, p.19). A modificação só pode acontecer através do Poder Constituinte Derivado Reformador,

³ “A hierarquia das normas foi criada pelo jurista Hans Kelsen, conhecida como pirâmide normativa, no qual escalona as normas de maior importância para menor relevância. Sendo assim, as normas obedecem a uma hierarquia, na qual a inferior deve submeter-se a superior, com o objetivo de solucionar conflitos aparentes entre elas”.

ou seja, por meio de Emendas à Constituição, estas que precisam passar por todo o processo previsto no art. 60 da CF.

A redação do referido dispositivo diz que a proposta de emenda pode partir de, no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; ou de mais da metade das Assembleias Legislativas de todos os Estados, incluindo a Câmara Legislativa do Distrito Federal, manifestando-se, cada uma, por maioria relativa. A proposta é discutida e votada em dois turnos em cada Casa, devendo atingir o quórum de três quintos dos votos. Por fim, é promulgada pelas Mesas de cada uma das Casas, com o respectivo número de ordem.

O processo mencionado é, indiscutivelmente, complexo e burocrático. Por esse motivo tornou-se preferível pelo Supremo Tribunal Federal o uso da mutação constitucional para adequação da suprema norma à realidade social, tendo em vista a maior facilidade em expansão de conceitos e entendimentos.

É entendido por mutação constitucional as alterações que não se consideram materialmente perceptíveis, ou seja, é um processo informal que não altera o texto constitucional, mas amplia o significado e o sentido interpretativo. “A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado” (LENZA, p. 144, 2012).

2.2 CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Tomando como base os princípios previstos na Constituição Federal de 1988, a família do novo milênio, ao contrário da família do passado, é agora plural, isonômica e eudemonística.

Neste sentido, Luiz Edson Fachin explica que “a família saiu da estrutura unitária, hierarquizada e transpessoal, houve migração para uma família plural, igualitária e eudemonista, um novo paradigma da conjugalidade” (FACHIN, 2010, p.12).

O reconhecimento da constituição familiar de forma diversa do casamento se deu de forma gradual ao longo das décadas com a evolução social. Foram várias as inovações jurídicas que merecem destaque: a igualdade conferida aos homens e mulheres, tornando igualitária a proteção de ambos e se estendendo, também, aos filhos, fossem provenientes, ou não, do casamento ou por adoção; o divórcio, como

método de dissolver o casamento civil (nova redação dada ao §6º do art. 226 da CF) e, do mesmo modo, a equiparação, no que tange aos direitos garantidos à família formada através do casamento, assim como à constituída pela união estável e às monoparentais, figuras novas do ordenamento jurídico brasileiro.

Como se não bastasse a importante ampliação do conceito de família estabelecido pela Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, entendeu que as uniões entre homossexuais deveriam ser consideradas formas de famílias, recebendo, assim, a mesma proteção do Estado destinada aos casais unidos pelos vínculos da união estável.

2.3 A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

A união contínua e duradoura de pessoas do mesmo sexo foi, por muito tempo, tema não abordado expressamente na Constituição Federal e nem na legislação civil. Tradicionalmente era inserido no instituto das sociedades de fato, mas a doutrina já considerava como espécie de gênero familiar. Nesse sentido:

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei (DIAS, 2008, p. 01).

A família não é mais assente na figura do homem e da mulher como um casal heterossexual. Diante disso, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que reconheceram a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Para entender a extensão do conceito de família, é válido destacar a ementa da decisão:

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO

CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas (BRASIL, 2011, p. 612).

A sociedade exige evolução em seus aspectos doutrinários, político-sociais, religiosos e tantos outros. A mutação constitucional permitiu que o Supremo Tribunal Federal ampliasse o conceito de família e reconhecesse a união homoafetiva.

Em momento posterior à decisão do STF, mais especificamente no dia 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 175, assinada pelo então Ministro Joaquim Barbosa, que “dispõe sobre a habilitação, celebração do casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre as pessoas de mesmo sexo” (CNJ, 2013).

O art. 1º da referida Resolução diz que é vedado às autoridades, desde que competentes, a rejeição em habilitar, celebrar casamento civil ou converter a união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Já o art. 2º dispõe que, ocorrendo a recusa nas situações apresentadas no parágrafo anterior, resultará na comunicação imediata do magistrado corregedor, para que este tome as providências cabíveis.

3 A LEI MARIA DA PENHA, A OBJETIVIDADE DE GÊNERO E O JUDICIÁRIO

3.1 HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA

Toda a revolução legislativa ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de defender a figura da mulher, foi baseada na história da farmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, esta que vivenciou ao longo de seis anos inúmeras agressões e duas tentativas de homicídio do marido, o colombiano Marco Antonio Heredia Viveiros.

Após muito tempo de silêncio negligente do Brasil diante dos apelos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 07 de agosto de 2006 o projeto de lei, denominado “Lei Maria da Penha”, foi aprovado pelas Casas do Congresso Nacional e sancionado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

A Lei nº 11.340/06 é uma legislação voltada, em grande parte, às políticas públicas desenvolvidas para aumentar, gradativamente, o suporte para as mulheres vítimas e seus dependentes e diminuir o número de casos envolvendo a Lei Maria da Penha.

A mencionada lei traz medidas punitivas mais severas ao agressor quando o assunto é violência doméstica e familiar contra a mulher, como, por exemplo, afastar a aplicação dos benefícios da Lei nº 9.099/95, dentre eles a suspensão condicional do processo. Prevê um rol de medidas protetivas de urgência que serão decretadas pelo magistrado, com objetivo de preservar, de forma rápida e eficaz, a integridade física, moral e psicológica da vítima. Dispõe também que a ação penal do crime de lesão corporal, em qualquer das modalidades e graus, será pública incondicionada, ou seja, dando mais segurança jurídica em caso de a vítima sofrer ameaças para retirar a denúncia.

3.2 A ANÁLISE OBJETIVA DE GÊNERO

Com a ampliação do conceito de família e o reconhecimento de união estável entre casais homoafetivos, é possível partir do pressuposto de que todos os tipos de unidade familiar gozam dos mesmos direitos e garantias constitucionais e

infraconstitucionais, à luz do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Infere-se, portanto, que a família formada por duas pessoas do mesmo sexo passa pelos mesmos problemas presentes em qualquer outro ambiente familiar.

O art. 1º da Lei Maria da Penha cita o §8º do art. 226 da Constituição Federal, este que diz: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 2006). Nesse sentido, fica clarividente que a referida lei não protege apenas a vulnerabilidade da mulher, mas sim a fragilidade do núcleo familiar, sem distinção de sujeitos e/ou orientação sexual.

Sobre a diferença cultural e biológica entre homem e mulher, descreve Luiz Flávio Gomes:

Sexualmente falando a diferença entre o homem e a mulher é a seguinte: o homem faz a mulher engravidar; a mulher menstrua, faz a gestação e amamenta. Fisicamente falando essa é a diferença. Fora disso, qualquer outro tipo de distinção é cultural (e é aqui que reside a violência de gênero). Cada sociedade (e cada época) forma (cria) uma identidade para a mulher e para o homem (a mulher deve fazer isso, isso e aquilo; o homem deve fazer isso, isso e aquilo). O modo como a sociedade vê o papel de cada um, com total independência frente ao sexo (ou seja: frente ao nosso substrato biológico), é o que define o gênero. Todas as diferenças não decorrentes da (pura) biologia e "impostas pela sociedade" são diferenças de gênero (GOMES, 2009, p. 01).

A análise de gênero permanece engessada nos moldes arcaicos, conservadores e objetivos, apontando uma pessoa apenas como homem ou mulher, não levando em consideração a identidade de gênero⁴, esta cada vez mais abordada e discutida. Um dos paradigmas que o grupo LGBTQIA+ luta para que seja quebrado

⁴ “A identidade de gênero diz respeito a como uma pessoa se sente em relação ao próprio gênero. Embora, como mencionado anteriormente, o masculino e o feminino sejam os mais conhecidos, um indivíduo pode se identificar em outra “categoria” de gênero. Ao contrário do que muitos pensam, o gênero não está somente relacionado à anatomia dos órgãos genitais. A autoimagem da pessoa é o fator que mais se sobressai, já que ela se define conforme a sua percepção de si mesma. Além de envolver a maneira como a pessoa se enxerga no mundo, engloba também o modo de expressão, como as roupas e a aparência. Consequentemente, o seu comportamento, linguagem corporal, modo de falar e até o modo de pensar também são influenciados pela identidade com a qual se identifica. O conflito surge quando a pessoa age e pensa de forma diferente das normas atribuídas ao gênero. Cada cultura, seja de outra nação ou de uma região diferente, possui seus próprios conceitos do que é certo e errado para cada gênero, mas nem sempre esses condizem com individualidade da pessoa”.

é justamente esse, pois alegam que existem pessoas que não se enquadram dentro do conceito dicotômico de gênero.

Em julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 19, proposta pela Presidência da República no ano de 2012, que tinha como objetivo declarar constitucionais os arts. 1º, 33 e 41 da lei nº 11.340/06, o Ministro Marco Aurélio fundamentou sua decisão dizendo:

A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros (BRASIL, 2012, p. 04).

Usando como ponto de partida a análise objetiva de gênero, se a violência contra a mulher advém de fatores culturais e sociais que a colocam como “eminente vulnerável”, as agressões entre casais do mesmo sexo não deveriam acontecer.

Criando a hipótese em que uma mulher agride a sua companheira por razões da condição do sexo feminino, seria a mesma coisa que chover no molhado, vulgarmente falando. O paradoxo é mais do que evidente, sendo que ambas são pessoas do gênero feminino.

Agora mudando, criticamente, a linha de raciocínio e pensando na análise subjetiva e individual, se um homem, que se identifica como transgênero⁵, é agredido pelo seu companheiro por este o considerar frágil em razões do gênero, é completamente possível adequar ao disposto na Lei Maria da Penha, ficando, assim, rechaçado o argumento do Ministro Marco Aurélio.

Deduz-se, então, que a tentativa de resistência do Judiciário em pacificar o entendimento resguardando os homens homossexuais dentro das relações familiares, firmada na classificação de gênero viola diretamente o garantismo constitucional da dignidade da pessoa humana.

⁵ “Transgênero: é quem se identifica com um gênero diferente daquele atribuído no nascimento”.

3.3 O PREENCHIMENTO DAS LACUNAS LEGISLATIVAS PARA PROTEÇÃO DO HOMEM HOMOSSEXUAL EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

Antes de se estudar a possibilidade de aplicação de uma norma legal ao caso concreto, é preciso fazer a análise do que ocorre antes da entrada em vigor da lei. Segundo o que é ensinado por Maria Berenice Dias (2021, p. 70), a realidade antecede o Direito e os atos e fatos tornam-se jurídicos a partir do agir de modo reiterado.

O legislador ao fazer um projeto de lei não seria capaz de prever todas as situações dignas de tutela. Seria humanamente impossível listar exaustivamente as relações sociais passíveis de proteção. A partir dessa premissa é que se verifica as lacunas no direito e a real necessidade de ampliação do alcance da norma.

Acreditar que a omissão legislativa é um silêncio eloquente é equivocado, mas colocar tal atitude como desleixo ou preconceito soa tão injusto quanto. Dessa forma, sem que se viole a separação dos poderes e que se considere ativismo judicial, a responsabilidade de dizer o Direito recai sob as autoridades judiciárias, estas que têm o dever, dentro de sua imparcialidade, de relativizar a amplitude da norma e alcançar os desamparados.

A Justiça não pode se negar à prestação jurisdicional se acobertando na alegação de inexistência de respaldo legislativo e nem limitar o alcance de norma vigente sob qualquer pretexto. “A Justiça não é cega nem surda. Também não pode ser muda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social, os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam e coragem para dizer o Direito em consonância com a Justiça” (DIAS, 2008, p. 01).

Diante do exposto, percebe-se que os Tribunais, ao longo dos anos, praticamente não se manifestaram sobre o assunto. Entretanto, as decisões prolatadas em primeiro grau visando reconhecer o homem homossexual como sujeito passivo da Lei nº 11.340/06 para a devida aplicação de Medidas Protetivas de Urgência, tiveram expressiva e positiva repercussão.

O juiz Alcides da Fonseca Neto, da 11ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, no ano de 2011, decidiu por estender a proteção legal e protagonizar o respeito ao princípio da isonomia, para a salvaguarda de um homossexual vítima de violência doméstica e familiar:

Por fim, 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 (BRASIL, 2011).

No caso acima apresentado, a vítima foi ferida por seu companheiro com uma garrafa e sofreu várias lesões no rosto, na perna, nos lábios e na coxa. O magistrado ainda narra na decisão que a vítima relatou sofrer agressões habituais e até ameaças de morte advindas do réu.

No Estado do Pará, no ano de 2013, chegou à delegacia um caso em que um comerciante alegava ter sofrido violência e ameaças de morte por parte de seu companheiro, com quem mantinha um relacionamento desde 2005 e que este foi oficializado pela união estável em 2011. O Delegado responsável pelo inquérito policial, Elinelson Silva, representou em juízo a decretação de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha.

Em entrevista ao portal do G1, a autoridade policial disse que, desde que demonstrado o risco na situação, as medidas protetivas da referida lei merecem ser aplicadas em casos de violência doméstica e familiar, mesmo que a vítima não seja mulher.

O caso foi julgado pela juíza Tarcila Maria de Campos, esta que determinou o afastamento do agressor do lar, sob o argumento:

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 Federal 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 (G1, 2013).

Em 07/08/2019 o site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais publicou a notícia de que o juiz da 4ª Vara de Família de Belo Horizonte, Dr. Marco Aurélio Ferrara Marcolino, estabeleceu o afastamento do agressor homossexual do lar, após vários boletins de ocorrência feitos por seu companheiro, este que alegava sofrer ameaças, agressões físicas e psicológicas. O magistrado explanou que decisões nesse sentido não são novas. Todavia, são raras nas varas de família.

O afastamento compulsório do lar é destinado a garantir a segurança e a integridade física, emocional e psicológica da pessoa que está sendo agredida, em função da dificuldade na ruptura do relacionamento conjugal. Nesse contexto, a medida de afastamento do lar tem cabimento quando se verifica algum risco à segurança ou integridade de quem faz o pedido, não importa o gênero (PORTAL TJMG, 2019).

Além do afastamento, ficou determinado que o companheiro, ora réu, não poderia se aproximar da vítima, nem mesmo entrar em contato por qualquer meio de comunicação ou comparecer no ambiente profissional.

Em 04 de setembro de 2021 chegou ao Plantão Judicial da Comarca de Manaus um pedido de Medida Protetiva de Urgência em favor de um homossexual agredido verbal e fisicamente por seus vizinhos em um condomínio residencial. O juiz plantonista, Dr. Áldrin Henrique de Castro Rodrigues, entendeu que o caso era hipótese de violência doméstica e familiar e deferiu a referida medida e determinou a ordem de afastamento dos acusados em relação à vítima e seus familiares, bem como a proibição de contato por qualquer meio.

Embora a Lei Maria da Penha, via de regra, não seja aplicável a casos como dos autos, tem-se que a legislação em questão veio por uma necessidade de trazer segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar. O ambiente condominial pode ser considerado como doméstico, eis que os apartamentos são bastante próximos, ressaltando que a legislação em comento é aplicável, inclusive, em casos de violência que envolvem vizinhança. Nessa senda, tenho que as medidas protetivas podem ser deferidas em benefício de grupos hipervulneráveis, historicamente fragilizados pela omissão legislativa. Na impede que o Magistrado amplie o alcance da Lei de Violências, não para aplicá-la na integralidade, mas apenas na parte que determina que se evite novos ilícitos ou potenciais desarmonias nas relações entre vizinhos, como no caso em apreço. O Magistrado, no poder de sua atuação, pode estabelecer medidas suficientes para manter a

ordem pública e a paz social, fazendo prevalecer um princípio maior estabelecido na Constituição da República/88, em especial a dignidade da pessoa humana, independente de classe social, cor, raça ou qualquer outra espécie de distinção. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo esse tipo de interpretação, em especial nas hipóteses de discriminações como a homofobia (BRASIL, 2021, p. 43).

Nery Júnior leciona que: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (1999, p.42). Sob essa visão, para os considerados vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos, deficientes e mulheres) foram criadas leis com mecanismos para coibir as diferenças de tratamento. Entretanto, como demonstrado, os homossexuais do gênero masculino ainda não têm proteção de sua integridade quando se trata de violência doméstica e familiar.

CONCLUSÃO

O conceito de família se ajustou após décadas de evolução social. Contudo, a omissão legislativa, de certa forma, vincula o silêncio negligente do Judiciário. A resistência em não aplicação da Lei Maria da Penha às relações homoafetivas do gênero masculino aguça, cada vez mais, o descaso em garantir os direitos e garantias previstos no texto constitucional.

É totalmente possível entender que o ordenamento jurídico não consegue caminhar ao mesmo passo das inovações sociais, mas, como foi argumentado ao longo do presente artigo, a falta de legislação nunca significará a falta de um direito.

O reconhecimento da entidade familiar homoafetiva não foi, e está longe de ser, a solução para inclusão dos pertencentes ao grupo LGBTQIA+. A aplicação ampliada da Lei nº 11.340/06 é indiscutivelmente possível, tendo em vista que os casais homoafetivos, dos mais variados gêneros, possuem a mesma proporção de vulnerabilidade e necessidade de resguardo da vida e integridade que as mulheres.

Dessa forma, o Judiciário não pode, e não deve, se manter encapsulado no conservadorismo ao ser provocado por aqueles que necessitam de justiça. As situações que envolvem as relações afetivas, em sentido amplo, precisam ser julgadas com maior sensibilidade e garantismo, deixando de lado o preconceito e o que se entende por politicamente correto. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia precisam presidir qualquer decisão judicial.

A imparcialidade da figura do juiz não deve ser empecilho para o reconhecimento da diversidade e sua proteção. A diferença entre os seres humanos não pode ser alvo de marginalização dos menos favorecidos quando se trata de preservação da vida.

APPLICATION OF THE MARIA DA PENHA LAW IN HOMOAFECTIVE RELATIONSHIPS OF THE MALE GENDER

Pedro Augusto Silva Chaveiro

ABSTRACT

This article aims to explain a subject as controversial and polemic within the Brazilian legal system, namely, the application of the Maria da Penha Law in male homosexual relationships. The theme is not only related to the criminal field, but also to civil, more specifically Family Law. At first, we discussed the history of violence against women and the emergence of Law No. 11,340/06, in addition to its objectivity. Subsequently, it was about the constitutional mutation about the concept of family, according to ADI 4.277-DF judged by the plenary of the STF. Finally, the possibility of applying such legislation to male homosexual relationships was demonstrated, a hypothesis demonstrated according to the decisions rendered in the first degree. The methodology used was based on criminal and civil doctrines in the family area, in addition to judgments of the STF, Superior Courts and singular decisions with *inter parts* effect, scientific articles by renowned Brazilian jurists and the study of the law itself.

Keywords: Principle of isonomy. Dignity of human person. Domestic violence. Homoaffective couples. Maria da Penha Law.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 06 de jan. de 2022.

BRASIL. **Lei nº. 11.340, de 7 de ago. de 2006. Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 06 de jan. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. Requerente: Procuradoria Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 06 de jan. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (Central de Plantão Criminal da Capital). **Decisão Autos nº 0718823-58.2021.8.04.0001**. Requerente: Bruno Carvalho Medina. Requeridos: Paula Paiva e Gerson de Araújo Sampaio. Juiz: Áldrin Henrique de Castro Rodrigues, 04 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000&gateway=true>>. Acesso em 17 de out. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (11ª Vara Criminal). **Decisão Autos nº 0093306-35.2011.8.19.0001**. Requerente: Ministério Público Estadual. Requerido: Renã Fernandes Silva. Juiz: Alcides da Fonseca Neto, 18 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2011.001.078699-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em 17 de out. de 2022.

CAVALCANTE, Thamires. **O que é mutação constitucional?** Disponível em <<https://www.politize.com.br/mutacao-constitucional/>>. Acesso em: 06 de jan. de 2022.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. **UNICEF**, 2019. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 16 de out. de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**, 14 ed. Ver. Ampl. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Família homoafetiva**, 2008. Disponível em <<https://berenicedias.com.br/familia-homoafetiva/>>. Acesso em 01 de out. de 2022.

FACHIN, Luiz Edson. **O outro ninho: mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo**. Revista Jurídica Del Rey. Belo Horizonte, n. 7 jul./dez. 1999. p.12 *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; et. Al. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2010. p.20.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas**, 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 01 de out. de 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Vol. VI - Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LEI Maria da Penha também é aplicada a homossexuais. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, 2019. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/lei-maria-da-penha-tambem-e-aplicada-a-homossexuais-1.htm#>>. Acesso em 01 de out. de 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 16 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, vol. I. Niterói-RJ: Impetus, 2016.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

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

PIMENTA, Tatiana. **Identidade de gênero: tudo o que você precisa saber**. Disponível em: <<https://www.vittude.com/blog/identidade-de-genero/#:~:text=Quantos%20g%C3%AAneros%20existem%3F,nenhum%20ou%20uma%20combina%C3%A7%C3%A3o%20destes.>>>. Acesso em 01 de out. de 2022.

QUEM é Maria da Penha. **Instituto Maria da Penha**. Disponível em: <<https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em 06 de jan. de 2022.

RIELLO, Claudia. **Conheça o significado da sigla LGBTQIA+**. Disponível em: <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/estilo-de-vida/sisi/conheca-o-significado-da-sigla-lgbtqia-1.3103180>>. Acesso em 06 de jan. de 2022.

SÓTER, Gil. **Lei Maria da Penha protege gay ameaçado pelo ex no Pará.** Disponível em <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2013/09/homem-e-amparado-pela-lei-maria-da-penha-em-obidos-no-para.html>>. Acesso em 01 de out. de 2022.

TELES, Ana Rita Ribeiro. **Hierarquia das Normas**, 2021. Disponível em <<https://www.infoescola.com/direito/hierarquia-das-normas/>> Acesso em 01 de out. de 2022.