

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO

DIONE CARLOS FERRAZ RODRIGUES

**A INAPLICABILIDADE DA LEI 11.340/2006 QUANDO A VÍTIMA É O HOMEM:
Uma Análise do Tratamento Diferenciado na Condução dos Casos de Violência
Doméstica Ocorrida entre Casais Homossexuais Masculinos**

São Leopoldo/RS

2018

DIONE CARLOS FERRAZ RODRIGUES

**A INAPLICABILIDADE DA LEI 11.340/2006 QUANDO A VÍTIMA É O HOMEM:
Uma Análise do Tratamento Diferenciado na Condução dos Casos de Violência
Doméstica Ocorrida entre Casais Homossexuais Masculinos**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Ms. Alexandre Ayub Dargél

São Leopoldo/RS

2018

A meu pai Luis Carlos Soares Rodrigues (*in memoriam*), exemplo de retidão de caráter e generosidade, homem em que sempre me espelhei e que embora tenhamos passado pouco tempo juntos nesta vida, suas lições, sempre assertivas, rotineiramente se descortinam a minha frente, e, no mais das vezes, são determinantes em muitas situações.

AGRADECIMENTOS

À minha querida mãe, Inara Maria Candiota Ferraz, exemplo de bondade e superação. O homem que me tornei devo aos ensinamentos, ao afeto, ao amor e dedicação desta mulher.

À minha companheira de luta e de vida, Cintia Simões de Candio, mãe amorosa, esposa dedicada, pessoa determinante para que eu aqui chegasse, as batalhas foram muitas, muitos os espinhos, por vezes me carregaste, por vezes te carreguei, mas sempre caminhando juntos.

Aos meus filhos, Maria Luiza e Luis Felipe, por existirem! Nada no mundo provoca mais felicidade em alguém do que o fato de ter filhos. A vocês devo minha descendência e minha eterna alegria, aos filhos de vocês, se Deus permitir, entregarei todo meu afeto e o amor desmedido que só a velhice permite, para que através destas das lembranças, possa perpetuar meu nome, minha existência.

"Invictus"¹

Do fundo desta noite que persiste
A me envolver em breu - eterno e espesso,
A qualquer deus - se algum acaso existe,
Por mi' alma insubjugável agradeço.
Nas garras do destino e seus estragos,
Sob os golpes que o acaso atira e acerta,
Nunca me lamentei - e ainda trago
Minha cabeça - embora em sangue - ereta.
Além deste oceano de lamúria,
Somente o Horror das trevas se divisa;
Porém o tempo, a consumir-se em fúria,
Não me amedronta, nem me martiriza.
Por ser estreita a senda - eu não declino,
Nem por pesada a mão que o mundo espalma;
Eu sou dono e senhor de meu destino;
Eu sou o comandante de minha alma.

William E Henley

Tradução André C S Masini

¹ HENLEY, William Ernest. **Invictus**.
<http://casadacultura.org/Literatura/Poesia/g12_traducoes_do_ingles/invictus_henley_masini.html>.
Acesso em 07 de dez.2018.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade buscar a razão pela qual se justifica a diferenciação na condução dos casos de violência doméstica quando perpetrada entre conviventes que formam um casal homossexual masculino, o que se apresenta como um problema, sob a égide do direito, sobretudo no tocante ao princípio constitucional da isonomia. Nesse sentido, há que se considerar a equidade que o direito deve perseguir quando da sua aplicação e o fato é que em se tratando de violência doméstica, quando atos idênticos aos tutelados pela Lei 11.340/2006 são praticados entre casais homoafetivos masculinos, isto é simplesmente desconsiderado. Dito de outro modo, mesmo que a violência tenha ocorrido em igualdade de condições tal como ocorre entre os casais heterossexuais ou os casais homoafetivos femininos, a Lei 11.340/2006 é aplicada de plano, o que não ocorre quando em casos idênticos a mesma violência se dá entre conviventes de união homoafetiva masculinos. O que se objetiva com o presente estudo é analisar a possibilidade de essa lei se estender aos casais que vivem em união homoafetiva masculina, sendo aplicada com todos os seus efeitos em razão da equidade e fundada nos princípios constitucionais, os quais devem ser os informadores da ordem jurídica. Atualmente, a legislação, como está posta, de certa forma, alcança proteção a um determinado grupo da sociedade, em detrimento de outro. Nessa linha, a proposta deste estudo é aventar a possibilidade de estender os efeitos da legislação especial, se isso causaria algum prejuízo caso os efeitos da lei Maria da Penha fossem estendidos a todos aqueles que vivem em condição análoga, e que da mesma forma, estão sujeitos ao infortúnio da violência doméstica e familiar. Para tanto, o método indutivo será utilizado para guiar a pesquisa. As ferramentas utilizadas para a fundamentação teórica da pesquisa são obras bibliográficas físicas e eletrônicas e a Legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Violência Doméstica. União Homoafetiva. Princípio da Isonomia.

LISTA DE SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
NBR	Normas Brasileiras de Regulação
OEA	Organização Dos Estados Americanos
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização Das Nações Unidas
SMP	Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
OIDH	Organização Interamericana de Direitos Humanos
UNHRC	Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O SURGIMENTO DA DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR COMO UM PROBLEMA SOCIAL.....	13
2.1 Um Breve Histórico sobre a Lei de Proteção das Vítimas de Violência Doméstica no Brasil.....	14
2.1.1 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres.....	16
2.1.2 Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará.....	18
2.2 A Denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	21
2.2.1 Do Conteúdo da Denúncia	22
2.2.2 Do Fundamento Legal	23
2.2.3 Do Recebimento da Denúncia.....	25
2.2.4 Das Conclusões da Comissão	27
2.2.5 Das Recomendações da Comissão ao Estado Brasileiro	29
3 A LEI 11.340 DE 07 DE AGOSTO DE 2006, LEI MARIA DA PENHA	32
3.1 Conceito de Violência Doméstica	34
3.2 Tipos de Violência Doméstica.....	38
3.2.1 Violência Física	39
3.2.2 Violência Psicológica.....	46
3.2.3 Violência Sexual.....	48
3.2.4 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo nos crimes tutelados pela Lei 11.340/2006	53
3.3 Dispositivos Legais da Lei 11.340 de 2006	54
3.3.1 Da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher	56
3.3.2 Da Assistência a Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar	57
3.3.3 Dos Procedimentos	59
3.3.4 Da Equipe de Atendimento Multidisciplinar	64
3.3.5 Disposições Transitórias	65
3.3.6 Disposições Finais	65
4 UNIÃO HOMOAFETIVA	70
4.1 Breves considerações sobre união estável e sua equiparação com a união homoafetiva	71

4.1.1 Posicionamento das Cortes Superiores acerca do tema.....	72
4.1.2 Apontamentos sobre Gênero e Violência de Gênero	77
4.2 Princípio Constitucionais	85
4.2.1 Princípio da Isonomia.....	85
4.2.2 Princípio da Proporcionalidade.....	92
4.2.3 Dignidade da Pessoa Humana.....	96
5 CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS.....	102

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema o estudo sobre a possibilidade de aplicação da Lei 11.340/2006², quando a vítima da violência doméstica é do gênero masculino e convivente em união homoafetiva.

O objeto da pesquisa é discutir até que ponto é possível utilizar a legislação que protege esta espécie de violência somente em favor da mulher, ou, conforme se verifica na construção jurisprudencial, em favor do gênero feminino, excluindo, notadamente a vítima homossexual masculino, que em condições análogas sofrer violência doméstica sem ferir outros princípios constitucionais como o princípio da isonomia. Para tanto, analisar-se-á se a legislação, como vem sendo aplicada, ultrapassa a esfera dos direitos fundamentais inerentes a qualquer cidadão e garantidos constitucionalmente.

Nessa senda, o trabalho busca verificar os casos de violência doméstica ocorrida entre casais homoafetivos³ masculinos, em que atualmente não há previsão legal da aplicação das medidas contidas no referido diploma legal, restando, nesses casos, que se apliquem as disposições gerais positivadas no ordenamento jurídico brasileiro.

A controvérsia do tema em questão é evidente pelo fato de que o atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial entende que devem ser aplicados os efeitos penais e processuais penais decorrentes da Lei 11.340/2006⁴, quando, no caso concreto, a agressão é perpetrada pelo homem contra as mulheres, entre casais homoafetivos femininos ou na hipótese de se tratar de travestis e transgêneros.

² BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 05 de mai. 2018.

³ Homoafetivo é o adjetivo que qualifica uma pessoa que gosta e sente atração por pessoas do mesmo sexo.

⁴ BRASIL, op cit.

Não obstante, a ordem jurídica silencia quando a mesma violência é cometida contra homossexual masculino, com relação idêntica, ou qualquer vínculo familiar dos quais se ocupa a Lei 11.340/2006⁵.

Nesse diapasão, o objetivo geral da pesquisa é analisar o fundamento acerca do gênero, como critério objetivo que obsta a aplicabilidade da Lei Maria Da Penha⁶, no caso da violência ocorrer entre casais que estejam vivendo uma relação homoafetiva masculina.

Como objetivo específico, o estudo se propõe a identificar as consequências que esta legislação possa estar trazendo aos princípios gerais do direito, bem como às garantias constitucionais.

Para tanto, se buscar-se-á analisar se a legislação específica, nos moldes em que vem sendo aplicada, conferindo proteção a um determinado grupo, utilizando a questão do gênero como fator determinante, justifica-se no contexto social atual, frente aos novos modelos de família existentes na sociedade brasileira.

A justificativa para o tema deste estudo é demonstrar a relevância da violência doméstica, como um problema social e de saúde pública. O problema que iremos abordar é a desassistência legal sofrida pelos homossexuais masculinos vítimas de violência doméstica e familiar.

A norma em comento não ampara o homossexual masculino, no entanto, baseando no critério, único e exclusivo do gênero feminino, alcança os travestis e transgêneros. Diante disso, o que se busca com esta pesquisa é demonstrar a premência que se discuta a possibilidade de atualizar a Lei 11.340/2006⁷ com vistas a ampliar os seus efeitos a estes indivíduos que mesmo vivendo situações idênticas as tuteladas por esta lei, não dispõe dos mesmos efeitos que as vítimas do gênero feminino.

⁵ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 05 de mai. 2018.

⁶.Ibid.

⁷ Ibid.

As perspectivas para a explicação do que vemos como problema dar-se-ão sob a égide da Constituição Federal⁸, dos preceitos das convenções internacionais e dos tratados que versem sobre direitos humanos.

Para fundamentar o presente trabalho, foram consultadas, na doutrina, determinadas obras que cuidassem do problema da violência doméstica entre casais homoafetivos masculinos no Brasil. O método indutivo que vai guiar a pesquisa. Destarte, não foi possível encontrar na doutrina consultada, uma obra que cuidasse especificamente do tema proposto.

A exposição dos conceitos dar-se-á na forma de tópicos com vistas a conduzir o leitor de forma clara e objetiva ao entendimento proposto por este estudo.

Em princípio o trabalho vai abordar como foi o surgimento das primeiras leis de proteção à violência doméstica na Europa, Inglaterra e Estados Unidos da América, a seguir demonstraremos como surgiu a lei de proteção às vítimas de violência doméstica no Brasil.

Para tanto, será feita uma exposição dos Tratados Internacionais que serviram de embrião para a edição da Lei 11.340/2006⁹, notadamente, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres¹⁰ e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará¹¹.

A seguir apresentaremos o conteúdo da denúncia oferecida contra o Estado Brasileiro, perante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos do caso de violência doméstica sofrido pela senhora Maria da Penha Fernandes, bem como as

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

⁹ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 05 de mai. 2018.

¹⁰ ONU, **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres**, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em 5 mai. 2018.

¹¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher** – Convenção de Belém do Pará, de 09 de junho de 1994. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 5 mai. 2018.

recomendações formuladas pela Comissão ao Estado Brasileiro, as quais, em última análise, culminaram na promulgação da Lei 11.340/2006¹².

Será abordado o conceito de violência doméstica, bem como os tipos de violência doméstica tutelados pela lei, a questão sobre o gênero, os princípios constitucionais que se aplicam a hipótese, e ao final, a união homoafetiva e o princípio da igualdade.

¹² BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 05 de mai. 2018.

2 O SURGIMENTO DA DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR COMO UM PROBLEMA SOCIAL

O problema envolvendo violência doméstica não é novidade, tampouco se trata de um problema dos países menos desenvolvidos. De acordo com Soares¹³, a violência doméstica foi definida como um problema social pelo movimento feminista americano durante os anos 70.

Na mesma época, houve uma articulação no sentido de criar abrigos que pudessem receber e amparar as vítimas de violência doméstica.

Na Inglaterra, um grupo de mulheres organizava um protesto contra o preço dos alimentos. Ocorre que, ao alugar uma casa que serviria para sediar as reuniões do referido grupo para tratar deste e de outros assuntos, a sede do movimento começou a receber pedidos desesperados de mulheres da vizinhança para que o espaço fosse cedido, ainda que temporariamente, para que pudessem se abrigar com seus filhos fugindo dos maridos violentos.

Segundo a autora, “O primeiro refúgio criado no continente europeu teria sido inaugurado em 1974, em Amsterdam. No final dos anos 70, já haveria aproximadamente 150 abrigos, somente na Inglaterra e Gales, e 20 deles na Escócia”.

A rede de proteção às mulheres vítimas de violência desenvolveu-se com rapidez nos Estados Unidos, com a criação de abrigos e serviços de atendimento às vítimas. De acordo com Pagelow¹⁴, “em 1980, já havia 150 refúgios para vítimas em funcionamento, além de centenas de telefones de emergência e grupos de defesa de mulheres agredidas”.

Embora tenham surgido, nesta época, os primeiros movimentos de prevenção e de proteção às vítimas de violência doméstica, ainda seria preciso que fosse percorrido um longo caminho em busca de uma legislação efetiva.

¹³ SOARES, Barbara Musumeci, **Mulheres invisíveis: Violência Conjugal e as Novas Políticas de segurança**-Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p 117-123

¹⁴ SOARES apud PAGELOW., *ibid.*

2.1 Um Breve Histórico sobre a Lei de Proteção das Vítimas de Violência Doméstica no Brasil

O tema da violência doméstica no Brasil tem ganhado relevância após a promulgação da Lei 11.340/2006. Conforme a Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres¹⁵,

Ela é um marco histórico na defesa dos direitos das mulheres brasileiras. Segundo a Organização das Nações Unidas, a Lei é a terceira melhor e mais avançada no mundo em relação ao enfrentamento a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

A questão da prevenção da violência doméstica no Brasil é tão considerável que a referida secretaria está vinculada à Secretaria de Governo da Presidência da República.

De acordo com a publicação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹⁶, os primeiros movimentos para a criação de uma legislação que buscasse tutelar especificamente a violência doméstica se iniciaram frente à proposta de um conjunto de Organizações Não Governamentais – ONGs, notadamente Advocacy¹⁷, Agende¹⁸, Cepia¹⁹, Cfemea²⁰, Cladem/IPÊ²¹ e Temis²².

¹⁵ BRASIL, **Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres**. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha-11-anos>>. Acesso em 10/05/2018.

¹⁶ BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/lei-maria-da-penha/sobre-a-lei-maria-da-penha>>, Acesso em 10/05/2018.

¹⁷ O **advocacy** feminista foi decisivo para a elaboração e aprovação da Lei Maria da Penha. Um Consórcio que envolvia diversas ONGs, operadores de Direito, servidores da segurança pública e a Secretaria de Políticas para as Mulheres redigiu o anteprojeto em 2004 – e prosseguiu realizando pressões políticas até a aprovação da lei, em 2006. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/advocacy-o-que-e/>>. Acesso em 10/05/2018.

¹⁸ **Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento – AGENDE**. Apresenta informações sobre gênero, cidadania, desenvolvimento e saúde da mulher. Traz legislação; projetos; programas; dados e pesquisas em cidadania, saúde, política, violência, raça-etnia, trabalho, educação e publicações; informativos; notícias; datas de conferências e convenções. Disponível em: <<http://ses.sp.bvs.br/lis/resource/12841#.WvuOKUxFyRB>>. Acesso em 10/05/2018.

¹⁹ A **Cepia** é uma organização não governamental, sem fins lucrativos, voltada para a execução de projetos que contribuam para a ampliação e efetivação dos direitos humanos e o fortalecimento da cidadania dos grupos que, na história de nosso país, vêm sendo tradicionalmente excluídos de seu exercício, como as mulheres em sua diversidade. Disponível em: <<https://cepia.org.br/pt/a-cepia/>> Acesso em 10/05/2018.

²⁰ O **Centro Feminista de Estudos e Assessoria** (CFEMEA) é uma organização não governamental, sem fins lucrativos, fundada em 1989, com sede em Brasília-DF. O feminismo, os direitos humanos, a democracia e a igualdade racial são nossos marcos políticos e teóricos. Disponível em: <<http://www.cfemea.org.br/index.php/cfemea/quem-somos>>. Acesso em 10/05/2018.

²¹ O **CLADEM** é uma rede feminista que trabalha para contribuir à plena vigência dos direitos das mulheres na América Latina e Caribe, utilizando o direito como um instrumento de mudança. Conta com status consultivo na Categoria II perante as Nações Unidas desde 1995 e goza de

Após um longo processo, surgiu aquele que seria o embrião do texto da Lei 11.340/2006²³.

O grupo de trabalho interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas Para as Mulheres, enviou ao Congresso Nacional o anteprojeto que foi submetido a audiências públicas nas Assembleias Legislativas de todo o país. Participaram dessas audiências públicas entidades da sociedade civil organizada, parlamentares e a Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres.

Como resultado dos debates, surgiram as alterações que formaram um substitutivo enviado ao Congresso Nacional, o qual foi aprovado por unanimidade. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, a Lei 11.340/2006 veio efetivar os Tratados Internacionais que versavam sobre a prevenção e a proteção contra a violência doméstica, dos quais o Brasil era signatário.

Sancionada pelo Presidente da República em 07 de agosto de 2006, a lei que visa criar mecanismos para coibir a violência doméstica tem sua origem em Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos.

Mencionam-se, nesse sentido, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará.

Para Paloma Silveira²⁴ e Benedito Medrado²⁵, no capítulo sobre violência contra as mulheres, que escreveram na obra *Rotas Críticas II*²⁶, somente na década

reconhecimento para participar nas atividades da OEA desde 2002. Disponível em: <<https://www.cladem.org/pt/sobre-nosotras/sobre-o-cladem>>. Acesso em 10/05/2018.

²² A **NG Themis** – Gênero, Justiça e Direitos Humanos foi criada com o objetivo de enfrentar a discriminação contra mulheres no Sistema de Justiça. O trabalho da Themis é norteado por três estratégias de trabalho: a promoção da educação em Direitos; a articulação das demandas coletivas e individuais com o Poder Público; e o amparo jurídico na proteção e na promoção dos direitos das mulheres. Disponível em: <<http://themis.org.br/>>. Acesso em 10/05/2018.

²³ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

²⁴ **Psicóloga. Especialista em Psicologia Social** e Comunitária e Mestre em Psicologia (UFPE). Professora assistente do Departamento de Psicologia da UFBA. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Gênero e Masculinidades (Gema/UFPE). Atua na área de Psicologia Social e Psicologia da Saúde nos temas: gênero, violência contra as mulheres, gravidez na adolescência e direitos sexuais e reprodutivos.

de 1980 a violência contra as mulheres passou a ser considerada um problema de saúde pública, passando a ter visibilidade por meio dos movimentos feministas.

Nesse contexto, os tratados internacionais sobre direitos humanos contribuíram para que a pauta da violência contra a mulher ganhasse visibilidade social e política no país, culminando com os decretos legislativos citados. As ações e as mobilizações descritas anteriormente seriam a base da Lei 11.340/2006.

2.1.1 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres foi aprovada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 18 de dezembro de 1979 em Nova York, Estados Unidos da América.

O Estado Brasileiro, por meio do Congresso Nacional, aprovou o Decreto nº 93 de 14 de novembro de 1983²⁷, com reservas ao artigo 15, §4º, e ao artigo 16, §1º, alíneas *a*, *c*, *g* e *h*, *in verbis*:

Artigo 15

Os Estados-partes reconhecerão à mulher a igualdade com o homem perante a lei.

§4º

Os Estados-partes concederão ao homem e à mulher os mesmos direitos no que respeita à legislação relativa ao direito das pessoas, à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e domicílio.

Artigo 16

Os Estados-partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão:

²⁵ **Psicólogo. Doutor em psicologia social.** Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Gênero e Masculinidades (Gema/UFPE). Professor adjunto do Curso de Psicologia e do PPG de Psicologia da UFPE. Atua em temas relativos a saúde, comunicação, gênero, feminismo, homens e masculinidades, a partir da abordagem das práticas discursivas, na interface entre a psicologia social, linguagem e saúde pública.

²⁶ MENEGHEL, Stela Nazareth.(Organizadora) **Rotas críticas II-Ferramentas para trabalhar com a violência de gênero.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

²⁷ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 93 de 14 de novembro de 1983** Aprova o texto da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, assinado pela República Federativa do Brasil, em Nova York, no dia 31 de março de 1981, com reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4º e 16, parágrafo 1º, alínea "a", "c", "g" e "h". disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1980-1987/decretolegislativo-93-14-novembro-1983-360751-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em 10/05/2018.

- a) o mesmo direito de contrair matrimônio;
- c) os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução;
- g) os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação;
- h) os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso.

Diante da reserva à redação do artigo 15, § 4º, da Convenção, fica evidente a tradição patriarcal do Estado brasileiro em não reconhecer a igualdade entre homens e mulheres perante a lei.

Nas alíneas que integraram a referida reserva, o Decreto Legislativo não reconheceu, ao menos neste momento, direitos básicos, como a liberdade de movimento bem como a livre escolha da mulher à residência ou ao domicílio.

Da mesma forma, a reserva quanto ao artigo 16, *caput*, obsta a adoção de medidas com vistas a eliminar a discriminação em relação à mulher nas questões relativas ao casamento e às relações familiares, suprimindo direitos relativos ao matrimônio (*alínea a*), direitos e deveres quando da dissolução do casamento (*alínea c*), direitos pessoais de escolha ao sobrenome utilizado e profissão escolhida (*alínea g*) e, finalmente, direitos de propriedade (*alínea h*).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e diante da premente busca pela efetividade da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 26²⁸, de 26 de junho de 1994, no seu artigo 3º, revogou o Decreto Legislativo nº 93²⁹, ratificando plenamente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres ao retirar as reservas mencionadas.

Atualmente, a matéria está disciplinada no Decreto 4.377³⁰, onde consta expressamente que, em 20 de dezembro de 1994, houve a retirada das reservas

²⁸ BRASIL, **Decreto Legislativo nº 26 de 26 de junho de 1994**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-26-22-junho-1994-367297-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 24/05/2018.

²⁹ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 93, de 1 de junho de 1983**. Aprova o texto da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, com reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4º e 16, parágrafo 1º, alínea "a", "c", "g" e "h". disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1980-1987/decretolegislativo-93-14-novembro-1983-360751-exposicaoodemotivos-147053-pl.html>>. Acesso em 02 jul. 2108.

³⁰ BRASIL. **Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em 05 ago. 2018.

mencionadas no Decreto Legislativo nº 93. O Decreto 4.377³¹ de 13 de setembro trouxe a seguinte redação:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinada pela República Federativa do Brasil, em Nova York, no dia 31 de março de 1981, com reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4o, e 16, parágrafo 1o, alíneas (a), (c), (g) e (h);

Considerando que, pelo Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, o Congresso Nacional revogou o citado Decreto Legislativo nº 93, aprovando a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, inclusive os citados artigos 15, parágrafo 4o, e 16, parágrafo 1o, alíneas (a), (c), (g) e (h);

Considerando que o Brasil retirou as mencionadas reservas em 20 de dezembro de 1994;

Considerando que a Convenção entrou em vigor, para o Brasil, em 2 de março de 1984, com a reserva facultada em seu art. 29, parágrafo 2;

DECRETA:

Art. 1o A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de dezembro de 1979, apensa por cópia ao presente Decreto, com reserva facultada em seu art. 29, parágrafo 2, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2o São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3o Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4o Fica revogado o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984.

2.1.2 Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher³², concluída em 09 de junho de 1994, em Belém do Pará, foi

³¹ BRASIL. **Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em 05 ago. 2018.

³² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher** – Convenção de Belém do Pará,

promulgada pelo Presidente da República através do Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996³³. Foi submetida e aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 107 de 31 de agosto de 1995.

A Convenção de Belém do Pará entrou em vigor internacional em 03 de março de 1995. O governo brasileiro depositou a carta de ratificação do instrumento multilateral em 27 de novembro de 1995, e o documento passou a vigorar no Brasil em 27 de dezembro de 1995.

O conceito de violência contra a mulher vem expresso no artigo 1º³⁴ da Convenção de Belém do Pará.

No artigo 2º³⁵, destacam-se os tipos de violência contra a mulher, que são abarcados pelo Tratado Internacional em comento.

Nesse ponto, o texto destaca, em sua alínea *a*³⁶, a violência que o referido Tratado visa prevenir e/ou erradicar. Descreve que a violência física, sexual ou psicológica, ocorrida no seio familiar, no domicílio ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não de sua residência.

A redação da alínea *b*³⁷ trouxe a previsão que cuida da violência ocorrida na comunidade, cometida por qualquer pessoa e estendida a outras formas como: estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro, assédio sexual no local de trabalho e/ou em instituições de ensino, serviços de saúde, ou qualquer outro local.

Na alínea *c*³⁸, a providência fica a cargo da prevenção e da erradicação de violência contra a mulher perpetrada ou tolerada pelo Estado, ou seus agentes.

de 09 de junho de 1994. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 5 mai. 2018.

³³ BRASIL, **Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em 13/05/2018.

³⁴ **Artigo 1º**: Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

³⁵ **Artigo 2º**: Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica.

³⁶ **Alínea “a”**: ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

³⁷ **Alínea “b”**: ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e

³⁸ **Alínea “c”**: perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Nesse contexto, vale ressaltar que os Tratados Internacionais ora comentados serviram de base legal para o oferecimento de uma denúncia contra o Estado Brasileiro, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O caso de violência doméstica ocorrido no Brasil e denunciado perante a Comissão, anos depois, transformar-se-ia em um símbolo da luta contra a violência doméstica no Brasil, inclusive dando o nome da vítima, Maria Da Penha, à Lei 11.340/2006³⁹.

³⁹ BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

2.2 A Denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O relatório nº 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴⁰ faz referência ao caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes.

O caso das violências sofridas pela farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em virtude da negligência do Estado Brasileiro em entregar a prestação jurisdicional buscada pela vítima.

A denúncia foi apresentada pela própria vítima juntamente com o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional⁴¹ (CEJIL) e com o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher⁴² (CLADEM).

A fundamentação legal para o oferecimento da denúncia vem lastreada no artigo 44 e no artigo 46 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, os quais definem a competência, *in verbis*:

Artigo 44

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

Artigo 46

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

⁴⁰ A **Comissão Interamericana de Direitos Humanos** é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. É integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal e tem sua sede em Washington, D.C. Foi criada pela OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), instalada em 1979, é uma instituição do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH). Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em 12/05/2018.

⁴¹ **Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional**, Somos defensores y defensoras de derechos humanos que trabajamos para reducir la desigualdad, la discriminación y la violencia, a través del fortalecimiento de las democracias, la protección y promoción de los derechos humanos y el combate contra la impunidad imperante en la región. Disponível em: <<https://www.cejil.org/>>. Acesso em 12/05/2018.

⁴² O **Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher** CLADEM é uma rede feminista que trabalha para contribuir à plena vigência dos direitos das mulheres na América Latina e Caribe, utilizando o direito como um instrumento de mudança. Conta com status consultivo na Categoria II perante as Nações Unidas desde 1995 e goza de reconhecimento para participar nas atividades da OEA desde 2002. Disponível em: <<https://www.cladem.org/pt/sobre-nosotras/sobre-cladem>>. Acesso em 13/05/2018.

b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e

d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

O artigo 12 da Convenção de Belém do Pará também traz previsão expressa que define a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para processar e julgar casos de violência, senão vejamos:

Artigo 12

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não-governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, poderá apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições referentes a denúncias ou queixas de violação do artigo 7 desta Convenção por um Estado Parte, devendo a Comissão considerar tais petições de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação e consideração de petições.

Deste modo, foi protocolizada a petição contendo o teor da denúncia, além de documentos probatórios que a instruíam, para que fosse submetida ao juízo de admissibilidade da Comissão.

2.2.1 Do Conteúdo da Denúncia

A denúncia aponta a tolerância do Estado brasileiro para com o agressor Marco Antônio Heredia Viveiros.

De acordo com o conteúdo da denúncia, as agressões perpetradas pelo então marido da vítima aconteceram durante anos, até que resultou em uma tentativa de homicídio, e, mais tarde, frente à inércia estatal, os ataques que se sucederam deixaram a vítima paraplégica.

A insurgência dos peticionários⁴³ gravita em torno da inércia do Estado brasileiro, em não ter dado uma resposta aos crimes cometidos, uma vez que haviam-se passado mais de 15 anos da ocorrência dos fatos, asseveram que nenhuma medida foi tomada no sentido de punir o agressor.

2.2.2 Do Fundamento Legal

Para além da tolerância do Estado brasileiro, foram arguidas violações ao direito à vida, à liberdade e à segurança e à integridade da pessoa, consoante ao artigo 1º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁴⁴, que traz a seguinte redação, “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa”.

Os direitos à residência e à liberdade de ir e vir também serviram de fundamento para a apresentação da denúncia, e a previsão expressa a este respeito vem contida no artigo 8º da mesma legislação, “Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade”.

Da mesma forma, foi elencado o direito de petição e de igualdade perante a lei, previsto no artigo 24, “Toda pessoa tem o direito de apresentar petições respeitadas a qualquer autoridade competente, quer por motivo de interesse geral, quer de interesse particular, assim como o de obter uma solução rápida”.

A privação da liberdade prevista no artigo 25 foi utilizada igualmente para formular o pedido, *in verbis*: “Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes”.

⁴³ **Peticionários** foi o termo utilizado pela comissão para qualificar os postulantes.

⁴⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em 13/05/2018.

Outrossim, utilizaram-se como fundamento dispositivos contidos na Convenção de Belém do Pará⁴⁵, notadamente o artigo 3º, “Toda mulher tem direito a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.” artigo 4º, “Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos [...]”, alíneas, *a, b, c, d, f, in verbis*:

- a. direito a que se respeite sua vida;
- b. direito a que se respeite sua integridade física, mental e moral;
- c. direito à liberdade e à segurança pessoais;
- d. direito a não ser submetida a tortura;
- f. direito a igual proteção perante a lei e da lei;

Para Lavigne⁴⁶, no capítulo em que escreveu sobre o tratamento da violência doméstica e familiar dispensado pelo Poder Judiciário, fica evidente não só a distorção no tratamento dos casos de violência perpetrada na esfera familiar, mas também a relativização da resposta estatal, senão vejamos:

O renitente desacerto do Poder Judiciário nos julgamentos em que a mulher figurava como parte, notadamente nos casos de violência doméstica e familiar, bem como nos atinentes a crimes sexuais, sobressaía na composição dos discursos jurídicos justificantes das decisões judiciais, formada por expressões e articulada por lógica que denotavam uma compreensão do ser feminino reduzido ao protótipo socioculturalmente construído, subsumido na desigualdade de gênero.

Diante disso, é possível concluir que, embora a Constituição Federal de 1988⁴⁷ trouxesse expresso em seu artigo 5º, inciso I, a afirmação de igualdade entre homens e mulheres, a questão cultural emperrava que o Estado, não somente em se tratando da prestação jurisdicional, mas de tantas outras questões sócias, pudesse realmente cumprir o disposto na Carta Magna.

Diante do silêncio do Estado brasileiro, que não apresentou comentários acerca da denúncia mesmo após reiterados requerimentos da Comissão, foi arguido

⁴⁵ **CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.** Disponível em: <<http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>>, acessado em 13/05/2018.

⁴⁶ LAVIGNE, Rosane Maria Reis; CUNHA, José Ricardo (org). Direitos Humanos e Poder Judiciário no Brasil: **O Movimento de mulheres chega ao Poder Judiciário** – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009. p.145-242.

⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

pelos peticionários que os fatos relatados na denúncia fossem presumidos verdadeiros, conforme previsto no artigo 41, inciso III, do regulamento da Comissão⁴⁸, que contém a seguinte redação: “Contestação do Estado [...], 3 (sic). A Corte poderá considerar aceitos aqueles fatos que não tenham sido expressamente negados e as pretensões que não tenham sido expressamente controvertidas”.

Neste diapasão, a denúncia seguiu seu trâmite, e, uma vez cumpridos os prazos para resposta do Estado brasileiro, passou-se à análise dos requisitos formais de admissibilidade da denúncia.

2.2.3 Do Recebimento da Denúncia

Analisados os requisitos formais de admissibilidade, a denúncia foi aceita com fulcro no disposto no artigo 46, “Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:[...]”, inciso II “As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: [...]”, *alínea c* “houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos” da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A admissibilidade no recebimento da denúncia foi igualmente fundamentada pela Comissão com base no artigo 12 da Convenção de Belém do Pará:

Artigo 12

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não-governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, poderá apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições referentes a denúncias ou queixas de violação do artigo 7 desta Convenção por um Estado Parte, devendo a Comissão considerar tais petições de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação e consideração de petições.

⁴⁸ **REGULAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: <file:///C:/Users/Casa/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/regulamento_da_corte_interamericana_de_direitos_humanos.pdf>. Acesso em 14/05/2018.

No relatório, a Comissão concluiu que o Estado brasileiro violou, em prejuízo da vítima, direitos e garantias judiciais previstos na Declaração Americana dos Direitos de Deveres do Homem, quais sejam, o artigo 2º, que tutela a igualdade perante a lei, e o artigo 17, que versa sobre o direito de reconhecimento à personalidade jurídica e aos direitos civis:

Artigo 2º:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra.

Artigo 17º:

Toda pessoa tem direito a ser reconhecida, seja onde for, como pessoa com direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais.

O relatório também utilizou como fundamento o artigo 7º da Convenção de Belém do Pará, por meio do qual apontou a responsabilidade do Estado brasileiro perante o caso concreto por este não adotar medidas suficientes para punir o imputado em tempo razoável:

Artigo 7º:

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo

acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

Ao elencar o artigo 7º, que traz como título os “deveres do Estado”, a Comissão aponta o descumprimento do Tratado Internacional firmado pelo Estado brasileiro.

A alínea c do dispositivo em comento tem a previsão expressa de que os Estados signatários devem:

incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

O relatório aduz, ainda, que a violação “segue um padrão discriminatório com respeito a tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial”⁴⁹.

Para Dias⁵⁰, foi por meio desta denúncia que Brasil, em atendimento à recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, promulgou a Lei 11.340/2006.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que o nascedouro da Lei 11.340/2006 foi a recomendação da Comissão feita após a apresentação da denúncia do caso Maria da Penha.

2.2.4 Das Conclusões da Comissão

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes conclusões:

1. Que tem competência para conhecer deste caso e que a petição é admissível em conformidade com os artigos 46.2,c e 47 da Convenção Americana e com o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará, com respeito a violações dos direitos e deveres estabelecidos nos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos, 8 (Garantias

⁴⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 54/01. Caso 12.051 – Maria Da Penha Fernandes.** Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 16/05/2018.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Rotas Críticas: Mulheres Enfrentando a Violência** São Leopoldo. Editora Unisinos, 2007.

judiciais), 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

Afirma que a competência para conhecer da denúncia, bem como para examinar os requisitos formais de admissibilidade, é da Comissão, ao que fundamenta com dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵¹, assim como com base na Convenção de Belém do Pará, os quais já foram oportunamente abordados neste capítulo.

2. Que, com fundamento nos fatos não controvertidos e na análise acima exposta, a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil.

Aduz que o Estado Brasileiro é responsável pela violação do direito às garantias e à proteção judicial previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a julgar pelo longo período que se estende a tramitação do caso, sem que o Poder Judiciário tenha efetivamente julgado. De acordo com as conclusões da Comissão, esta conduta aponta a negligência da justiça brasileira na tramitação do caso de violência doméstica denunciado a Comissão.

3. Que o Estado tomou algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas ainda não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher.

Referenda que, em que pese o Estado Brasileiro tenha tomado medidas com vistas a reduzir a violência doméstica e a condescendência estatal nestes casos, o efeito prático das ações ainda está muito aquém do esperado, sobretudo no que diz

⁵¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. acessado em 16/05/2018.

respeito aos agentes do Estado, estes, no mais das vezes, tolerantes, pois carecem de efetividade na atuação policial e judicial nos casos de violência doméstica.

4. Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida.

Por fim, conclui a Comissão que o Estado brasileiro infringiu direitos ao deixar de cumprir os deveres de Estado assumidos quando da assinatura de Tratados Internacionais, forte nos dispositivos referenciados da Convenção de Belém do Pará, bem como nos dispositivos da Convenção Americana sobre Recursos Humanos, frente à tolerância e à omissão estatal no caso 12.051⁵².

2.2.5 Das Recomendações da Comissão ao Estado Brasileiro

O Capítulo VIII do relatório nº 54/01 trouxe a reiteração das recomendações que já haviam sido transmitidas ao Estado brasileiro em 1º de novembro de 2000.

O informe 105/00 foi aprovado em 19 de outubro de 2000, durante o 108º período de sessões da Comissão, no qual constavam as recomendações formuladas.

Ao transmitir o relatório, a Comissão concedeu o prazo de 60 dias para que o Estado brasileiro desse cumprimento efetivo às recomendações. Os peticionários foram informados da aprovação do relatório.

Não obstante a fixação do prazo para o cumprimento das recomendações formuladas pela Comissão, o Estado brasileiro manteve-se silente.

As recomendações⁵³ formuladas e aprovadas no 108º período de sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foram, a saber:

VIII. RECOMENDAÇÕES

⁵² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório nº 54/01. Caso 12.051 – Maria Da Penha Fernandes. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em 16/05/2018.

⁵³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Relatório nº 54/01 Caso 12.051 – Maria Da Penha Fernandes**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftn17>, acessado em 17/05/2018.

61. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.

2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.

3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;

b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;

c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;

d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e).Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana.

A Comissão fez recomendações no sentido de que o Estado brasileiro conduzisse uma investigação séria, imparcial e exaustiva com vistas a imputar ao autor a responsabilidade penal que lhe cabe.

Na mesma esteira, recomendou que fossem apuradas possíveis ações ou omissões de agentes públicos que conduziram o caso e eventualmente possam ter

obstado o processamento rápido e efetivo do caso e, conseqüentemente, procrastinado a resposta estatal.

Por derradeiro, recomendou que a vítima recebesse reparação efetiva, bem como a “adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres”

Contudo, transcorrido o prazo concedido, a Comissão não recebeu nenhuma manifestação do Estado brasileiro.

Diante disso, a Comissão considerou que não houve o cumprimento das recomendações formuladas.

3 A LEI 11.340 DE 07 DE AGOSTO DE 2006, LEI MARIA DA PENHA

Como pudemos observar no capítulo anterior, o problema da violência doméstica, com razão, merece atenção do Estado. Nos últimos anos, o Brasil vem implementando e aprimorando ações no sentido de minorar este fenômeno. No entanto, os números da violência doméstica ainda devem ser observados atentamente.

Isso porque, segundo a Secretaria de Proteção às Mulheres, em pesquisa realizada, denominada mapa da violência 2015⁵⁴ a taxa de homicídios de mulheres por 100 mil habitantes no Estado do Rio Grande Do Sul foi de 3,8% em 2013⁵⁵; entre os anos de 2003 a 2013, foi registrado um crescimento na taxa de homicídios de mulheres de 14,6 %; e, no período entre 2006 a 2013, a taxa ficou com 30,6%⁵⁶ de aumento.

Estes fatos, vale lembrar, ocorrem no seio das famílias e, na maioria das vezes, pode permanecer encoberto pela privacidade do lar. A nosso sentir, o problema da violência doméstica, antes de qualquer coisa, deve ser tratado como um problema social e de saúde pública.

Não se justifica um tema com esta envergadura ser tratado como uma questão única e exclusivamente de polícia, ou servindo de agenda política para alguns poucos oportunistas. Isso porque

A violência doméstica causa efeitos nefastos às famílias que passam por esta experiência.

Parodi e Gama⁵⁷ aduzem que a lei emerge como resposta estatal específica para tratar o que chama de “violência degradante” praticada contra a mulher, mal este que, de acordo com os autores, há muito aflige muitas famílias.

Consoante os autores, “o convívio familiar reclama a criação de inúmeras regras comportamentais visando sempre facilitar o exercício de direitos e o cumprimento de obrigações entre os membros da família”.

⁵⁴ BRASIL, Governo Federal. **Secretaria de Proteção as Mulheres**. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/pesquisas-e-publicacoes/mapaviolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em 20 de mai. 2018.

⁵⁵ Ibid., p.15.

⁵⁶ Ibid., p.16.

⁵⁷ PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria Da Penha: Comentários a Lei nº11.340/06**, Ed.Campinas: Russell Editores, 2009.

Asseveram também que o problema da violência doméstica, para além de desestruturar a família em que se perpetrou, compromete o futuro de todos os membros da família, cada qual a sua maneira.

Nessa linha, os autores classificam como oportuna a edição da Lei 11.340/2006⁵⁸, mesmo que o objetivo seja o de estabilizar as relações entre cônjuges e companheiros, o que, em princípio, não deveria ser de competência do Estado, contudo a crescente quantidade de casos de violência doméstica exigiu do Estado uma resposta, razão por que veio a referida lei.

Imperativo o fato de que, nos casos de violência doméstica submetidos ao Poder Judiciário, quando há pedido de medida protetiva de urgência, o *periculum in mora* não permite uma cognição judicial mais aprofundada, que é definida por Câmara⁵⁹ como:

A técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las” trazendo ao deslinde os fatores que possam ter desencadeado a agressão.

Nesse passo, quando é encaminhado ao juízo competente o pedido de medida protetiva, mesmo com todas as consequências que irão desencadear esta decisão, não se contempla a possibilidade de ser operada pelo juízo uma avaliação mais aprofundada do contexto em que se deram os fatos; os detalhes do caso concreto somente serão apreciados em audiência.

A seguir, passaremos a analisar o conceito de violência doméstica, os tipos de violência elencados, bem como os dispositivos legais da Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006⁶⁰.

⁵⁸ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

⁵⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

⁶⁰ Op.cit.

3.1 Conceito de Violência Doméstica

De acordo com Diniz e Pondaag⁶¹, o uso do termo violência doméstica se presta a definir casos de violência ocorridos nos ambientes domésticos, ou seja, aqueles perpetrados no seio familiar.

Podem ocorrer entre os entes, aqueles entre os quais existe alguma relação de consanguinidade, ou contra quem não tenha qualquer relação parental, como por exemplo a violência cometida contra empregada doméstica ou contra alguma agregada da família.

Contudo, o termo violência contra a mulher busca atacar especificamente o fenômeno que, segundo os dados apontados historicamente, apontam que a maior parte das vítimas de violência doméstica é a mulher, independentemente de idade ou de classe social.

Não significa dizer, no entanto, que mulheres não sejam nunca as agressoras, contudo é mais raro, e, em geral, as agressões tendem a ser menos severas.

Nesse sentido, as palavras de Diniz e Pondaag⁶²:

Homens aparecem como os grandes perpetradores de violência doméstica. Essa constatação não implica que mulheres também não sejam autoras de atos violentos. Os castigos físicos e emocionais perpetrados por mulheres tendem a ser de natureza mais leve, enquanto as ações violentas masculinas frequentemente causam danos sérios.

Nesse passo, é que se encontra a razão, quando da luta das mulheres, para que fosse considerada a questão do gênero como fator determinante na criação não somente de legislação especial, mas também de políticas públicas para a proteção e a assistência às mulheres vítimas de violência doméstica.

Soares⁶³ traz à luz a dificuldade de conceituar o termo violência doméstica. Para a autora, caso se entenda como critério para afirmar como violência doméstica a violência ocorrida entre sujeitos que possuam alguma relação de afinidade ou de

⁶¹ DINIZ, Gláucia; PONDAAG, Miriam. **A Face Oculta da Violência Contra a Mulher**. IN: ALMEIDA, Ângela Maria de Oliveira (organizadora). *Violência, Exclusão e Representações. Sociais*. Brasília, DF: Editora UNB, 2006.

⁶² Ibid.

⁶³ SOARES, Barbara Musumeci. **Mulheres Invisíveis: Violência Conjugal e as Novas políticas de segurança**. Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira, 1999.

consanguinidade, excluem-se, conseqüentemente, os casos em que a violência é perpetrada por outros agentes, sobre isso:

Se escolhermos os critérios de afinidade/ consanguinidade, ficam excluídos, por exemplo, agregados (as), colegas de quarto, namorados (as), vizinhos (as), amantes, rivais ou empregados (as) domésticos (as), personagens que gravitam em torno da família e que compartilham em maior ou menor grau a privacidade (o que quer que ela represente) de cada um de seus membros

Entretanto, se considerarmos a possibilidade de somar a afinidade e/ou a consanguinidade à ideia de intimidade e de coabitação, o termo alcança um horizonte mais amplo do que aquele limitado ao entendimento de parentesco.

Em que pese parecer mais adequada, esta ampliação pode ocasionar excessos. Em se tratando de critério para a aplicação de norma que busca conferir direitos às vítimas e, ao mesmo tempo, imputar punições aos agentes, carece de maior cuidado.

O problema de ampliar demasiadamente o conceito e, conseqüentemente, os efeitos que dele advierem, consiste, em última análise, na possível banalização da medida estatal, que muito provavelmente não cumprirá o objeto a que se propôs.

A esse respeito, a autora exemplifica:

[...] estes personagens, vistos em escala, se aproximam e, algumas vezes, se confundem com aqueles que classificamos como meros conhecidos. As relações de quem divide um quarto ou uma casa podem ser estritamente formais. Um anúncio de jornal pode colocar dois indivíduos em relação de proximidade física, quando passam a coabitar um mesmo espaço, sem que isso signifique, necessariamente, intimidade, afetividade ou amizade.

Como exemplo da dificuldade para a conceituação da violência doméstica, Soares⁶⁴ apresenta também o que pensa sobre a relação entre a empregada doméstica e a família a quem ela presta serviço.

Empregadas tem *status* mais do que ambíguo e experimentam múltiplas formas de integração ao mundo doméstico: são 'quase membros da família' (ainda que jamais se sentaram à mesa dos patrões) ou simples assalariados prestando serviços profissionais bem definidos.

⁶⁴ SOARES, Barbara Musumeci. **Mulheres Invisíveis**: Violência conjugal e as novas políticas de segurança. Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira, 1999

A autora chama atenção para o cuidado necessário ao se formular o que significa violência doméstica para fundamentar a competência do processamento e julgamento desses crimes, o que implica a tramitação em rito diferenciado.

Como se vê, os esforços classificatórios, nesse campo, produzem resíduos que demandam, permanentemente, novas demarcações. [...] meu objetivo é simplesmente chamar a atenção para a fragilidade dessa distinção e, por conseguinte, da própria abrangência conceitual do termo violência doméstica.

Acerca do entendimento feminista sobre o conceito de violência doméstica, a autora aduz:

De uma perspectiva feminista o problema da violência é recortado pelo ângulo de gênero. Não importa se os abusos são perpetrados no domínio público ou privado, se ocorrem no trabalho, na escola, na rua ou dentro de casa.

A justificativa do movimento feminista, que ao primeiro contato parece ser um alargamento do conceito de violência doméstica, em verdade, restringe o conceito sobre quem é a vítima, bem como amplia as hipóteses de ocorrência de violência doméstica sobre o lugar e as ações ou omissões.

Para justificar como critério único e objetivo o gênero, o movimento feminista, de acordo com Soares⁶⁵, argumenta que, “a mulher é a vítima majoritária de um certo tipo de violência masculina e essa violência atravessa todas as dimensões da experiência feminina”.

Podemos concluir que, para esta corrente, não é correto restringir a atribuição dos crimes de violência doméstica a determinados agentes ou locais, “O que importa é a modalidade de agressão ou do abuso perpetrado pelo agressor, seja ele um estuprador desconhecido, um amigo ou o próprio marido”.

Nesse sentido, a dificuldade enfrentada é como deve ser conceituada a violência doméstica de forma mais abrangente e, ao mesmo tempo, afastar-se da banalização ou da perda de objeto que isso possa vir a causar, ou, de outra banda, de forma restrita, arriscando deixar, fora do alcance da norma, algumas das vítimas as quais ela se propõe proteger.

⁶⁵ SOARES, Barbara Musumeci. **Mulheres Invisíveis**: Violência conjugal e as novas políticas de segurança. Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira, 1999

Nas palavras de Soares⁶⁶, “O desafio consiste, aqui, em conceituar as formas de abuso: dizer o que é e o que não é violência, o que deve e o que não deve ser criminalizado”.

Outrossim, há quem contraponha a ideia de que somente as mulheres, ou sujeitos do gênero feminino, possam ser as únicas vítimas de violência doméstica. A mesma autora assim descreve o fenômeno:

[...] para os estudiosos e profissionais que não compartilham a visão feminista, as mulheres não são as únicas vítimas de estupros, espancamentos, ameaças ou abusos físicos e emocionais. A violência é multidirecionada e, segundo essa perspectiva, o eixo central do problema é a própria família, já que todos os seus membros podem ser, igualmente, vítimas e perpetradores.

A autora apresenta argumento no sentido de que, de acordo com a visão dos profissionais e estudiosos, o conceito torna-se mais amplo frente ao vínculo familiar e às questões de gênero, porém resta mais enxuto no que se refere à violência conceituada pela corrente feminista. A esse respeito, Soares⁶⁷ aduz:

Nesses termos, violência doméstica ou violência familiar adquirem sentido mais abrangente no que diz respeito às relações de gênero e as relações familiares, embora ao mesmo tempo, mais restrito, porque não são contempladas, nessa perspectiva, as outras formas de violência apontadas pelo feminismo.

A Lei 11.340/2006⁶⁸ adotou, como conceito central da violência doméstica, a perspectiva feminista, considerando, sobretudo, o gênero para a sua aplicação e ampliando, igualmente, as hipóteses em que possam caber as aplicações da norma, sob uma perspectiva territorial ao desvincular a necessidade da violência ter ocorrido no ambiente doméstico.

Contudo restringiu a possibilidade de alcance da lei, vinculando, inflexivelmente, o gênero como condicionante da incidência da norma.

⁶⁶ SOARES, Barbara Musumeci. Mulheres Invisíveis: **Violência conjugal e as novas políticas de segurança**. Rio de Janeiro. Ed. Civilização Brasileira, 1999.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

Nessa linha, buscou ainda dirimir qualquer interpretação literal, ou de quem pudesse ser capaz de se socorrer da semântica, alegando que o termo “doméstica e familiar” significa no “domicílio ou no âmbito da família”, na tentativa de se eximir do rito diferenciado e das medidas de urgência contidas na norma especial.

3.2 Tipos de Violência Doméstica

Acerca da violência sexual e outras formas de violência doméstica, o referido estudo traz dados do SINAN⁶⁹ (Sistema de Informação de Agravos de Notificação), o qual está vinculado ao Ministério da Saúde, o qual aduz que:

A notificação de violência doméstica, sexual e/ou outras violências foi implantada no SINAN em 2009, devendo ser realizada de forma universal, contínua e compulsória diante da suspeita ou confirmação de violências dirigidas a crianças, adolescentes, mulheres e idosos, atendendo às Leis 8.069 (Estatuto da Criança e Adolescente), 10.741 (Estatuto do Idoso) e 10.778 (notificação compulsória da violência contra a mulher). Essa notificação é realizada pelo gestor de saúde do SUS, mediante o preenchimento de uma ficha específica.

Os dados que compõem a pesquisa do SINAN⁷⁰ correspondem ao ano de 2014, portanto não estavam atualizados à época do estudo; contudo, servem de base para termos um norte acerca do tamanho do problema. Dos 223.796 (duzentos e vinte e três mil, setecentos e noventa e seis) atendimentos de vítimas dos diversos tipos de violência, 147.691 (cento e quarenta e sete mil, seiscentos e noventa e um) eram mulheres, ou seja, duas em cada três vítimas eram mulheres que precisavam de atendimento médico tendo como causa a violência doméstica, sexual ou outras.

A estimativa é que, no ano de 2014, 405 (quatrocentos e cinco) mulheres por dia foram atendidas nas unidades de saúde do Brasil em consequência das agressões sofridas em função do gênero.

⁶⁹ SINAN, **Sistema de Informação de Agravos de Notificação**. Disponível em: < Sistema de Informação de Agravos de Notificação>. Acesso em 17 mai.2018.

⁷⁰ Ibid.

3.2.1 Violência Física

A Lei 11.340/2006⁷¹, tutela não somente as vítimas que sofrem agressões físicas, mas também aquelas que podem ser perceptíveis facilmente em razão das marcas deixadas.

A norma especial ocupa-se de ampliar o rol do que deve ser considerado o crime de violência doméstica, estendendo seus efeitos às vítimas que sejam maltratadas psicologicamente, sexualmente, moralmente ou, ainda, aquelas que tenham sofrido alguma lesão em seu patrimônio pelos motivos que ensejam a aplicação da Lei Maria da Penha.

As formas de violência doméstica expressas no texto legal são, pois, as violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Para Bianchini⁷², “o rol é meramente ilustrativo, visto que o dispositivo faz menção a expressão *entre outras*”. Conforme abordado anteriormente, a lei amplia-se, buscando conferir a tutela em aspectos outros que não somente a agressão física.

Novamente, a norma especial amplia direitos, desde que reste atendido o critério primeiro que é o gênero feminino.

De acordo com Fernandes⁷³, a tutela conferida pela Lei Maria da Penha não traz um rol de crimes. Segundo seu entendimento, a lei traz uma “referência às formas de violência praticadas contra a mulher, dada a sua condição peculiar”.

Por violência física se entende por qualquer ação ou omissão que ofenda a integridade física ou a saúde da vítima, provocadas dolosamente, ainda que as agressões não deixem marcas evidentes.

A autora afirma que, no mais das vezes, a violência contra a mulher se inicia na forma de violência moral ou psicológica e depois progride para a violência física.

⁷¹ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

⁷² BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero**.3 ed-São Paulo: Saraiva 2016 livro eletrônico (Coleção Saberes Monográficos)

⁷³ FERNADES, Valéria Diez Scarance . **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade**. Atlas. 2015. Livro eletrônico.

Fernandes⁷⁴ assevera que “a raiz da violência doméstica está no sentimento de posse do homem em relação a mulher, como se ela fosse sua propriedade”.

Aduz, ainda, que a violência física revela-se através de “tapas, socos, empurrões e agressões com instrumentos, contundentes ou cortantes, que podem provocar marcas físicas e danos à saúde da vítima”.

A intensidade das agressões sofridas é determinante para a tipificação do crime, eis que destas agressões podem resultar, além de vias de fato, ou por consequência desta, no crime de lesão corporal, ou, em casos mais extremos, ainda que não raros, em feminicídio, consoante a Lei 13.104/2015⁷⁵.

Vale ressaltar, nesse aspecto, que a lei alterou o art. 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o artigo 1º da Lei 8.072⁷⁶, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Acerca das vias de fato, ao descrever as formas de violência física, Fernandes⁷⁷ afirma que, “não havendo vestígio físico ou dano à saúde, resta configurado contravenção penal, para qual é prevista pena de 15 dias a 3 meses de prisão simples ou multa [...]”.

É importante frisar, aqui, que houve mudança jurisprudencial em relação às vias de fato nos casos de violência doméstica.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 588⁷⁸ e fechou a questão quanto à tentativa de aplicação literal do texto do artigo 41 da Lei Maria da Penha⁷⁹.

⁷⁴ FERNADES, Valéria Diez Scarance . **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade**. Atlas. 2015. Livro eletrônico.

⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

⁷⁶ BRASIL, Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em 05 mai.2018.

⁷⁷ FERNANDES, op.cit.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 588**. A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/STJ-edita-seis-novas-súmulas>. Acesso em: 1 jun. 2018.

⁷⁹ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível

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

O referido artigo faz previsão expressa aos “crimes” e silencia sobre as “contravenções penais”.

Neste passo, uma interpretação literal da norma poderia levar ao entendimento de que, no caso da ocorrência de vias de fatos praticadas contra a mulher, a reprimenda deveria ser processada pelo rito previsto na Lei 9.099/1995.

À vista disso, muito se discutiu sobre se as condutas previstas como contravenção penal poderiam ser processadas e julgadas pelos Juizados de Violência Doméstica, ou seriam de competência dos Juizados Especiais Criminais.

A esse respeito, Guimarães⁸⁰ afirma que, em razão de o Direito Penal brasileiro ter adotado o sistema bipartido, algumas condutas foram tipificadas como crime, outras como contravenção penal.

Nesse sentido, uma interpretação literal da norma poderia ensejar o pleito dos agressores pela capitulação da sua conduta ser processada e julgada pela forma menos gravosa, qual seja, a contravenção penal.

Entretanto, a questão restou sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, sumula 588⁸¹, e referendada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme os acórdãos abaixo relacionados⁸².

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando

em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

⁸⁰ GUIMARÃES, André Santos. **A contravenção de vias de fato no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: <<http://www.direitopenalemcontexto.com.br/vias-de-fato-maria-da-penha/>>. Acesso em 26 mai.2018

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 588**. A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/STJ-edita-seis-novas-súmulas>. Acesso em: 1 jun. 2018.

⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 137.888/MS**. Impetrante: Defensoria Pública da União – Defensor Público-Geral da Federal. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Clayton dos Passos. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília 31 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313694730&ext=.pdf>> acesso em 11 nov. 2018. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 105005**. Recorrente: E.S.S. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5209653>>. Acesso em 11 nov. 2018.

consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher. (HC 106212, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011 RTJ VOL-00219-01 PP-00521 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 307-327) (grifo nosso)

Cumprе ressaltar que, à época da publicação da obra consultada, ano de 2015, Fernandes⁸³ expressou-se em sentido contrário, pois a questão ainda não havia sido pacificada pela jurisprudência das cortes superiores, tendo em vista que a edição da súmula ocorreu apenas no ano de 2017. Das três decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, duas foram proferidas no mesmo ano de 2017.

Outro subtipo de violência física é a lesão corporal, consistente no crime que causa dano à integridade ou à saúde da vítima. De acordo com Fernandes⁸⁴, o artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal⁸⁵, o qual prevê a violência praticada contra parentes, contempla um tipo penal mais amplo do que a Lei Maria da Penha; no seu entendimento, a previsão legal destina-se a qualquer pessoa, com vínculo familiar ou doméstico, independente do sexo.

Aduz que não se trata de um tipo penal específico, pois “as fórmulas genéricas do tipo permitem incluir várias situações de violência física [...] a simples convivência com a vítima configura crime”.

A prova da materialidade pode ser verificada por laudo, fotografias ou filmagens. Quanto à autoria, Fernandes⁸⁶ alerta que “tem relevância a palavra da vítima, especialmente quando seu relato é compatível com as lesões. Não é imprescindível a existência de testemunhas”.

⁸³ FERNADES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade**. Atlas. 2015. Livro eletrônico.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ **Artigo 129 § 9º, do Código Penal** prevê a lesão praticada contra parentes sanguíneos (ascendentes, descendentes, irmão), cônjuge ou companheiro, pessoa com quem o agente conviva ou tenha convivido, ou em razão de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade. Trata-se de um tipo penal de violência familiar e doméstica, com âmbito de aplicação mais amplo que a Lei Maria da Penha, posto que destinado a ambos os sexos.

⁸⁶ Op.cit.

Para o crime de lesão corporal, a ação é penal pública incondicionada, sem a necessidade da representação da vítima, tendo como titular da ação o Ministério Público.

Dentro da forma de violência física, há também o crime de tortura. O conceito formal para este crime está disposto na redação do artigo 1º da Lei 9.455/1997⁸⁷. Para os casos de violência doméstica, o mais comum é a ocorrência das condutas previstas no inciso I, alínea “a”, do referido artigo, a saber:

Art. 1º Constitui crime de tortura:
I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; [...]

Para Fernandes⁸⁸, “esse tipo penal diz respeito à tortura praticada com a finalidade de obrigar a mulher a fornecer informação, declaração ou confissão”.

A autora explica que a tortura pode ser utilizada pelo agressor para forçar a vítima a lhe prestar alguma informação, sobre si ou sobre terceiros; no mais das vezes, é motivada pelo ciúme ou pela desconfiança do agressor de estar havendo infidelidade da vítima.

No caso de a conduta ocorrer durante a instrução processual, ou mesmo após aberto o inquérito, pretendendo o agressor obrigar a vítima a confessar qualquer informação que o prejudique, o crime será de coação, previsto no artigo 344 do Código Penal⁸⁹, vejamos:

Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Nesse passo, a diferença entre o crime de tortura e o de lesão corporal reside em que, no primeiro, o agressor utiliza a violência como um meio para descobrir

⁸⁷ BRASIL. **Lei 9.455 de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9455.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

⁸⁸ FERNADES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: O Processo Penal no Caminho da Efetividade. Atlas. 2015. Livro eletrônico.

⁸⁹ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

alguma coisa, enquanto que, no segundo, a violência física é empregada como um meio de castigar, intimidar ou subjugar a vítima.

A tortura utilizada como violência de intenso sofrimento para aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, crime previsto no inciso II do artigo 1º da Lei 9.455/1997⁹⁰, ocorre, segundo a lição de Fernandes⁹¹, “[...] quando o homem submeter a mulher, sobre a qual exerce dominação, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal”.

Art. 1º Constitui crime de tortura:

[...]

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

O enquadramento da conduta ao tipo penal carece da condição de o agressor ter a vítima sob sua autoridade ou guarda, ou seja, deve haver relação doméstica ou familiar entre eles.

Lamentavelmente, como resultado da violência física, sobrevém a morte da vítima. O tipo penal criado pela Lei 13.104/2015 introduziu ao Código Penal o crime de homicídio praticado contra mulheres pela razão da condição de sexo feminino, como qualificadora, ao introduzir o inciso VI no parágrafo 2º do artigo 121⁹², vejamos:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

[...]

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

⁹⁰ BRASIL. **Lei 9.455 de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9455.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

⁹¹ FERNADES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade**. Atlas. 2015. Livro eletrônico.

⁹² BRASIL. **Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

O conceito de razões de condição do sexo feminino vem expresso no parágrafo 2º-A, incisos I e II, do artigo 121, do Código Penal⁹³, incluído pela nova lei, *in verbis*:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

§ 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Fernandes⁹⁴ entende que o homicídio de mulheres no Brasil, em sua esmagadora maioria, é cometido por seus parceiros, “a violência entre homens ocorre no meio das ruas e é eventual, ao passo que a violência contra a mulher ocorre dentro de casa e tem como característica primordial a sua cronicidade”.

A autora aduz que o sujeito ativo do crime de feminicídio pode ser homem ou mulher. Segundo ela, na ocorrência de homicídio, tendo como autora e vítima duas mulheres que mantêm uma relação homoafetiva, é possível que a autora responda por feminicídio.

Acerca do sujeito passivo do crime de feminicídio, a redação do artigo 5º da Lei Maria da Penha refere expressamente a mulher, ou seja, a aplicação literal do texto legal afasta a possibilidade do homem como vítima.

Todavia, segundo Fernandes⁹⁵, “divergem os doutrinadores a respeito do conceito de ‘mulher’ – biológico, jurídico ou psicológico – se a vítima transexual estaria compreendida no tipo”.

Para Cavalcante⁹⁶, adotado o critério biológico, não há mais que se falar em feminicídio quando a vítima é o homossexual masculino, o travesti ou o transexual.

O autor assevera que, mesmo que tenha realizado cirurgia de mudança de sexo e alterado o registro civil, ainda assim “[...] a transexual sob o ponto de vista

⁹³ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

a a mulher: inaplicabilidade da lei dos juizados criminais. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano VII, n. 40, p. 69-71, out.-nov. 2006.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ FERNADES, 2015 apud CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários ao tipo penal do feminicídio**. (art. 121 § 2o, VI, do CP). Disponível em:<<http://www.dizendodireito.com.br/2015/03/comentários-ao-tipo-penal-do-html>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

estritamente genético, continua sendo pessoa do sexo masculino, mesmo após a cirurgia”.

Greco⁹⁷ alinha-se à corrente que adota o critério jurídico para o enquadramento ou não da vítima como vítima de feminicídio, pois, uma vez alterado o registro civil “onde figure, expressamente, o seu sexo feminino”, a vítima pode ser considerada sujeito passivo de feminicídio.

Gomes e Bhianchini⁹⁸ entendem que, se a vítima for “transexual (sexo biológico não corresponde a identidade de gênero, sexo masculino e identidade de gênero feminina), caso haja violência baseada no gênero, pode caracterizar o feminicídio”.

Existem outras divergências jurisprudenciais e doutrinárias, notadamente a que envolve a competência constitucional do Júri para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida.

Existem doutrinadores que defendem que a instrução, no caso de feminicídio, deve ocorrer na Vara de Violência Doméstica e, se ao final sobrevier sentença de pronúncia, aí sim deverá ser declinada a competência para a Vara do Júri.

Já outros defendem a necessidade da especialização dos membros do Ministério Público e dos magistrados das Varas de Júri, para que esses possam considerar e valorar a questão do gênero quando determinante para a ocorrência do delito.

Não obstante sua relevância, não iremos nos aprofundar neste instituto que, para além de ser promulgado recentemente, não é o objeto principal deste estudo. O tema é vasto e ainda está em construção doutrinária e jurisprudencial. O intuito de referir o tema era apenas o de informar que a morte da vítima de violência doméstica sempre ocorre por consequência da violência física.

3.2.2 Violência Psicológica

Entende-se por uma forma de violência que causa dor e sofrimento à vítima de maneira silenciosa e por seu turno, difícil de ser identificada.

⁹⁷ FERNADES, 2015 apud GRECO, Rogério. **Feminicídio**. Comentários sobre a Lei 13.104 de 9 de março de 2015. Disponível em: <hppt://www.rogeriogreco.com.br/?P=2906>. Acesso em: 17 mar. 2015

⁹⁸ GOMES; BIANCHINI, apud FERNADES, Alice. **Lei da violência contra a mulher: inaplicabilidade da lei dos juizados criminais**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano VII, n. 40, p. 69-71, out.-nov. 2006.

Na lição de Fernandes⁹⁹, “a violência psicológica é uma forma de dominação oculta, muitas vezes não identificada pela vítima”.

O conceito formal de violência psicológica vem disposto no inciso II, do artigo 7º, da Lei 11.340/2006¹⁰⁰. Trata-se de uma conduta é revestida de perversidade, pois o agressor se utiliza da intimidade e das informações que tem sobre a vida pessoal da vítima para maltratá-la.

Esta forma de violência pode ocorrer através de chantagem, um exemplo é ameaçar tornar público algum fato que desabone, ou cause vergonha à vítima.

Outras formas de violência psicológica podem ser percebidas pela determinação que o homem impõe à mulher de como deve ser a maneira dela se vestir, o modo de falar, de comer, de pensar etc.

Críticas extremadas por qualquer coisa que fuja das prescrições do agressor, não agir conforme aquilo que foi recomendado, e reiteradas insurgências a qualquer iniciativa da mulher, também é visto como uma forma de violência psicológica.

De acordo com Bianchini¹⁰¹, a violência psicológica demanda cuidado, sua obra aponta que pesquisas realizadas nos anos de 2010 e 2011 revelaram a gravidade desta forma de violência doméstica.

A singularidade desta forma de violência é que no mais das vezes ela é imperceptível a terceiros, e difícil também de ser percebida pela própria vítima já que ela ocorre de maneira gradual, em outras palavras, vai se avolumando no curso da relação.

As pesquisas citadas pela autora revelaram que:

Pesquisa Perseu Abramo, realizada em 2010, comprovou que a violência psicológica representa 23% dos casos de violência contra a mulher no ambiente doméstico, ao passo que, no ano de 2011, pesquisa DataSenado constatou que a violência psicológica

⁹⁹ FERNADES, Valéria Diez Scarance . **Lei Maria da Penha**: O Processo Penal no Caminho da Efetividade. Atlas. 2015. Livro eletrônico.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹⁰¹ BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: lei n. 11.340/2006 aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. Coleção saberes monográficos. 3ª edição. Saraiva, 4/2016.livro eletrônico.

representou 38% dos casos de violência. Este último percentual é mantido pelo DataSenado em 2013.

Com relação a dificuldade enfrentada até mesmo pela vítima em identificar a violência psicológica Bianchini¹⁰², esclarece:

as formas de violência psicológica doméstica nem sempre são identificáveis pela vítima. Elas podem aparecer diluídas, ou seja, não reconhecidas como tal por estarem associadas a fenômenos emocionais frequentemente agravados por fatores tais como: a perda do emprego, problemas com filhos, sofrimento ou morte de familiares e outras situações de crise.

Diante dessa afirmação, infere-se que a vítima de violência doméstica psicológica não entende os sinais comportamentais revelados pelo agressor, como “algo injusto ou ilícito”¹⁰³ porque tende a encontrar como justificativa para aquele agir, o jeito de ser, ou os problemas enfrentados por seu opressor.

Considerando as características da violência psicológica, Fernandes¹⁰⁴, indica que o fato do agressor querer afastar a vítima de seus familiares e/ou amigos, ou através de ações que visam desqualificar as pessoas com as quais mantêm qualquer espécie de relacionamento, inclusive profissional, é um sinal característico de que naquela relação está ocorrendo violência doméstica psicológica.

Ofensas verbais dirigidas à vítima, situações onde a vítima é humilhada em público feitas como se fosse “brincadeira”, também são consideradas formas de violência psicológica.

3.2.3 Violência Sexual

Conforme Caponi e Coelho¹⁰⁵, o entendimento acerca da violência sexual derivada de violência doméstica pode ser, muito amplo, porque são alcançados pela

¹⁰² BIANCHINI, 2016 apud CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de; COELHO, Elza Berger Salema; SILVA, Lucia- ne Lemos da. **Violência silenciosa**: violência psicológica como condição da violência física doméstica. Íntegra disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-3283-2007000100009&lng=es&userID=-2#q1>. Acesso em: 13-8-2012.

¹⁰³ BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: lei n. 11.340/2006 aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. Coleção saberes monográficos. 3ª edição.. Saraiva, 4/2016.

¹⁰⁴ FERNADES, 2015 apud GRECO, Rogério. Femicídio. Comentários sobre a Lei 13.104 de 9 de março de 2015. Disponível em:<[hppt://www.rogeriogreco.com.br/?P=2906](http://www.rogeriogreco.com.br/?P=2906)>. Acesso em: 17 mar. 2015

¹⁰⁵ CAPONI; COELHO, apud BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero.3 ed-São Paulo: Saraiva 2016 (Coleção Saberes Monográficos). Acesso em: 13 ago. 2018.

norma especial a conduta do agressor que, se valendo de intimidação, ameaça, coação ou uso de força, obrigue a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada.

Da mesma forma incorre no crime de violência sexual previsto pela lei Maria da Penha¹⁰⁶, o agente que por meio de coação, chantagem, suborno ou manipulação, induza a vítima a comercializar ou utilizar, de qualquer modo a sua sexualidade.

O agente que cause qualquer impedimento ou proibição do uso de método contraceptivo, force a gravidez ou o matrimônio, force a prostituição ou o aborto da vítima, ou ainda, limite ou anule o uso dos seus direitos sexuais e reprodutivos, também incorre nos crimes de violência sexual previstos pela referida lei.

Acerca dos direitos sexuais a autora discorre:

Os direitos sexuais pressupõem a livre exploração da orientação sexual, podendo a pessoa promover a escolha do parceiro (s) e exercitar a prática sexual de forma dissociada do objetivo reprodutivo. Deve ser assegurado o direito à prática sexual protegida de doenças sexualmente transmissíveis, além do necessário respeito a integridade física e moral.

Quanto ao que se entende por direitos reprodutivos a explicita:

Os direitos reprodutivos levam em conta a livre escolha do número de filhos que um casal deseja ter, independentemente de casamento, sendo assegurado o direito ao matrimônio desde que haja concordância plena de ambos.

A autora explica que o rol de condutas por ela apresentado não é taxativo, ou seja, havendo situação análoga a qualquer das agressões descritas, existe a possibilidade da violência ser enquadrada nas condutas previstas na Lei Maria da Penha¹⁰⁷.

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção

Junque e Fuller¹⁰⁸, referendam o conceito de violência sexual descrito por Bianchini¹⁰⁹, e complementam trazendo os dispositivos do Código Penal que disciplinam os crimes contra a dignidade sexual, quais sejam:

Estupro, previsto no Capítulo I, artigo 213, que dispões sobre os crimes contra a liberdade sexual:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Estupro de vulnerável, que tem sua redação no Capítulo II, conforme disposto no artigo 217-A, bem como a conduta descrita no artigo 218-B:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹⁰⁸ JUNQUE, Gustavo Diniz, FULLER, Paulo Aranda. **Legislação Penal Especial** Vol. 1, 6ª edição. Saraiva, 08/2009. Livro eletrônico.

¹⁰⁹ BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: lei n. 11.340/2006 aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. Coleção saberes monográficos. 3ª edição.. Saraiva, 4/2016. Livro eletrônico.

§ 4º. Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Penas - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Referem os autores que o crime de lenocínio previsto no Capítulo IV, consoante os artigos 227 a 230, os quais se ocupam de penalizar condutas como a mediação para satisfazer a lascívia de outrem, se favorecer da prostituição ou qualquer forma de exploração sexual, manter casa de prostituição ou a prática de rufianismo, que significa tirar proveito da prostituição alheia, participando dos lucros auferidos por esta atividade ou utilizando-o, desses recursos, para sustentar-se no todo ou em parte.

Quanto ao crime de assédio sexual, os autores indicam que, este, pode constituir violência doméstica sexual, para tanto, deve haver relação profissional, além da relação íntima ou de afeto entre agressor e vítima.

Junque e Fuller¹¹⁰, mencionam que para os crimes contra a liberdade sexual não há previsão especial na lei Maria da Penha¹¹¹, *in verbis*:

Cabe salientar que, mesmo em caso de violência doméstica ou familiar contra a mulher, os crimes contra a liberdade sexual (arts. 213 a 216-A do CP) continuam sendo perseguidos, em regra, por ação penal pública condicionada à representação, nos termos do art. 225, caput, do Código Penal, em face da ausência de disposição especial na Lei n. 11.340/06.

Referem que não houve alteração pela Lei 11.340/2006 do artigo 226, inciso I do Código Penal:

¹¹⁰ JUNQUE, Gustavo Diniz, FULLER, Paulo Aranda. **Legislação Penal Especial** Vol. 1, 6ª edição. Saraiva. 2009. [Minha Biblioteca].

¹¹¹ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005).

Nesse diapasão, o aumento de pena pela metade, somente poderá ser aplicado se o agente estiver enquadrado no rol daquele dispositivo:

o art. 226, inc. II, do Código Penal, não foi modificado pela Lei n. 11.340/06, de sorte que a causa especial de aumento da pena de metade somente pode ser aplicada se o agente for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título possuir autoridade sobre ela, não bastando, para tanto, a configuração de qualquer das situações descritas no art. 5º, inciso. I a III, da Lei n. 11.340/06 (o estupro praticado pelo primo da ofendida, v.g., constitui violência sexual no âmbito familiar — laço de parentesco natural —, mas não tipifica qualquer das relações enunciadas no art. 226, II, do CP).

Os desdobramentos disso são percebidos no exemplo descrito pelos autores, que explicam; caso o agente do crime de violência doméstica não esteja compreendido no artigo 226, inciso, II do Código Penal, poderá responder apenas pela circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, (*alínea f*) do Código Penal, a qual foi incluída pela Lei 11.340¹¹².

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).[...]

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). [...]

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006). [...].

¹¹² BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

A esse respeito Junque e Fuller¹¹³, enunciam que a alteração decorrente do artigo 43 da Lei Maria da Penha¹¹⁴, somente adicionou ao texto existente a expressão “com violência contra a mulher na forma de lei específica”.

A utilidade da inovação, contudo, praticamente se restringe às situações de relação íntima de afeto (art. 5º, III, da Lei n. 11.340/06 — supra, n. 2.2.3) ou de relações familiares distintas daquelas em que a ofendida seja ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do sujeito ativo. Isso porque a prática de crime em ambiente doméstico já se inseria na segunda parte da mesma alínea f (“prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”), enquanto grande parte do âmbito familiar (ascendente, descendente, irmão ou cônjuge) continua sendo abrangida pela alínea e do inc. II do art. 61 do Código Penal.

Nessa perspectiva, afirma que a alteração de fato, se limita a circunstância onde houver relação íntima ou familiar, conforme a inteligência do artigo 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006.

3.2.4 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo nos crimes tutelados pela Lei 11.340/2006

Em primeira análise, o sujeito ativo de quem trata a lei é o marido, o companheiro, o filho, o pai, o sogro, outros parentes ou pessoas que vivam na mesma casa. O art. 5º da Lei 11.340/06 conceitua família quando, em sua parte final, aduz que são considerados familiares os indivíduos que se unem por “vontade expressa”.

De acordo com Parodi e Gama¹¹⁵, a vítima é sempre a pessoa do sexo feminino, e a violência doméstica familiar deve sempre ser tomada como violência

¹¹³ JUNQUE, Gustavo Diniz, FULLER, Paulo Aranda. **Legislação Penal Especial** Vol. 1, 6ª edição. Saraiva, 08/2009. [Minha Biblioteca].

¹¹⁴ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018. BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

contra a mulher porque a razão de ser da edição da dita lei foi a violência cometida contra a mulher no ambiente doméstico.

No entanto, os autores afirmam que a analogia autoriza a encampar o homem como vítima de violência doméstica, desde que este conviva com outro homem formando um casal homossexual.

Asseveram, porém, que, quando a agressão é cometida contra o homem em uma relação heterossexual, este não deve receber a proteção da lei Maria da Penha, devendo, assim, o delito ser processado e julgado pela via comum do tipo penal previsto no art. 129, §§ 1º ao 3º, do Código Penal.

3.3 Dispositivos Legais da Lei 11.340 de 2006

Conforme comentado no capítulo que trata do surgimento da lei de proteção às vítimas de violência doméstica no Brasil, a redação do artigo 1º¹¹⁶ faz referência expressa que a legislação ora promulgada atende aos Tratados Internacionais que versam sobre violência contra a mulher, ratificados pelo Brasil.

Estabelece também a criação de juizados de violência doméstica e outras medidas que visam à assistência das vítimas de violência doméstica.

O artigo 2º¹¹⁷ ocupa-se de assegurar que os direitos contidos na legislação especial sejam assegurados a todas as mulheres sem diferença de qualquer ordem. No artigo 3º¹¹⁸, de forma genérica, reafirma, no texto da Lei especial, direitos e garantias outrora disciplinados no ordenamento jurídico. A especificidade em relação à vítima fica explícita no parágrafo primeiro.

¹¹⁵ PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria Da Penha: Comentários a Lei nº11.340/06**, Ed. Campinas: Russell Editores, 2009.

¹¹⁶ **Artigo 1º.** Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar

¹¹⁷ **Artigo 2º.** Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

¹¹⁸ **Artigo 3º.** Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. [...].

Todavia, em que pese o texto legal trazer a expressão “mulher”, a interpretação mais acertada para o dispositivo é que os efeitos legais se aplicam à espécie de violência perpetrada em razão do gênero.

O disposto no artigo 4^o¹¹⁹ informa que a perspectiva para a aplicação da lei deve levar em consideração o fim para a qual se destina, bem como a condição da vítima em situação de violência.

A redação do artigo 5^o¹²⁰, por sua vez, objetiva impedir e/ou acautelar a violência de gênero não somente na esfera doméstica, mas também em qualquer relação afetiva, existindo ou não coabitação entre as partes, ainda que tenha havido a ruptura da união. Com efeito, quando a violência ocorrer em razão desta, a Lei 11.340/2006¹²¹ é cabível no caso concreto.

Para Bianchini¹²², o objeto da Lei 11.340/2006¹²³, não se aplica a qualquer violência contra a mulher. De acordo com a autora, a redação do artigo 5^o¹²⁴ restringe a aplicação da norma à violência baseada no gênero.

¹¹⁹ **Artigo 4º.** Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

¹²⁰ **Artigo 5º.** Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...].

¹²¹ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹²² BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero.** 3 ed. - São Paulo: Saraiva 2016 livro digital (Coleção Saberes Monográficos)

¹²³ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹²⁴ Op.cit Artigo 5º.

3.3.1 Da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

Neste ponto, a Lei 11.340/2006¹²⁵ referenda o texto contido nos Tratados Internacionais, os quais equiparam a violência doméstica à violação dos direitos humanos, o que vem disposto no artigo 6º¹²⁶.

O comando legal se mostra frívolo, ao passo que é cediço que a conduta agressiva, capaz de violar qualquer direito fundamental e/ou individual é interpretado como uma violação aos direitos humanos.

Não bastasse isso, o dispositivo, quando interpretado na sua literalidade, induz a pensar que os crimes previstos na nesta lei devem ser processados e julgados pela Justiça federal consoante ao previsto no artigo 109, inciso V-A da Constituição Federal¹²⁷.

Os incisos do artigo 7º¹²⁸ fazem referência às formas de violência que a Lei visa tutelar, das quais trataremos no subcapítulo 3.7 deste estudo.

Neste artigo o legislador faz a previsão de condutas criminalizadoras bem como alguns reflexos penais que derivam destas condutas. Notadamente a *alínea f*, do inciso II do artigo 61 do Código Penal¹²⁹ que foi incluída pela Lei Maria da Penha, a qual classificou como circunstância agravante a circunstâncias em que “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”.

Para NUCCI¹³⁰ a inclusão dos incisos do artigo 7º¹³¹ da Lei Maria da Penha, quando aplicadas, podem causar “lesão a vários princípios penais, dentre os quais o da taxatividade e da legalidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima”.

¹²⁵ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹²⁶ **Artigo 6º**. A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

¹²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

¹²⁸ **Artigo 7º**. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...]

¹²⁹ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**.- vol. 1 – 10 ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017. p. 949.

¹³¹ Op.cit. Artigo 7º.

Um exemplo desta violação dos princípios penais é a previsão de circunstância agravante a violência física, cometida contra a mulher nos casos de violência doméstica e familiar, ao passo que a mesma lei já criminaliza a conduta no artigo 129, parágrafos 9º e 10º do Código Penal¹³², ou seja, no caso da aplicação da agravante do inciso I, do artigo 7º¹³³ da Lei Maria da Penha, estaríamos incorrendo em *bis in idem*.

3.3.2 Da Assistência a Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar

Acerca das ações do poder público para coibir a violência doméstica, o artigo 8º¹³⁴ apresenta um conjunto de providências que deve ser adotado por todos os entes federativos.

Aqui nos resta fazer uma constatação crítica, pois pouco se vê na prática as ações previstas neste título, a estrutura estatal ainda não atingiu os objetivos propostos por este dispositivo, seja por ausência de investimento, seja por não entender como matéria prioritária da política criminal.

A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, vem prevista no capítulo II, o artigo 9º¹³⁵, o qual ocupa-se da atribuição assistencial que a Legislação especial impõe ao poder público com vistas a garantir sua efetiva aplicação.

Acerca da efetividade deste dispositivo, não encontramos informações capazes de comprovar ou não a sua aplicabilidade ou efetividade.

¹³² BRASIL **Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

¹³³ **Artigo 7º**. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; [...].

¹³⁴ **Artigo 8º**. A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: [...].

¹³⁵ **Artigo 9º**. A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.[...].

O atendimento pela autoridade policial, vem expresso no capítulo III e inicia-se pelo artigo 10¹³⁶, que disciplina o atendimento da vítima de violência doméstica pela autoridade policial.

A redação do artigo 10-A¹³⁷ destoa da realidade, infelizmente os Estados não dispõem de uma estrutura suficiente para tornar efetivas as previsões contidas na redação do referido artigo.

No cenário atual, não diferente do contexto pretérito, quando a lei passou a vigorar, a estrutura policial não dispõe de agentes especializados, em número suficiente, tampouco do sexo feminino, para prestar atendimento ininterrupto as vítimas.

Da mesma forma, não se tem notícia que fora alcançada de forma satisfatória a salvaguarda da integridade física da pessoa em situação de violência doméstica, conforme preconiza o inciso I deste artigo.

Os artigos 11¹³⁸ e 12¹³⁹ da Lei determinam quais as providências deverá a autoridade policial tomar quando receber o registro de ocorrência de violência doméstica.

O artigo 11¹⁴⁰ estabelece deveres, conforme descreve o verbo nuclear do tipo, os quais a autoridade policial tem que observar ao atender a vítima de violência doméstica.

Dos cinco incisos elencando as situações que a lei impõe o dever a autoridade policial, ao menos quatro, com exceção do inciso V¹⁴¹, envolvem há necessidade de recursos para a sua realização.

Em relação ao inciso I¹⁴², recursos humanos para viabilizar a proteção policial pretendida, a qual não fica descrita de forma objetiva como deve se operar.

¹³⁶ **Artigo 10.** Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.[...].

¹³⁷ **Artigo 10-A.** É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados.

¹³⁸ **Artigo 11.** No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências: [...].

¹³⁹ **Artigo 12.** Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: [...].

¹⁴⁰ Op.cit. Artigo 11.

¹⁴¹ **Artigo 11.** No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências: [...]; V- informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta lei e os serviços disponíveis.

Para o encaminhamento da vítima ao atendimento de saúde ou instituto médico legal, é imprescindível o uso de algum meio de transporte (ambulância, viatura policial ou outro veículo que se destine a este fim), porém, nem sempre algum destes meios está disponível da autoridade policial, sobretudo em cidades menores.

Se mostra, portanto, em alguma medida ineficaz também a previsão do acompanhamento da ofendida para a retirada de seus pertences do local da agressão ou domicílio pelas razões expostas acima.

Sobre o artigo 11^o da Lei Maria da Penha, NUCCI¹⁴³ aduz que:

[...] o rol exposto nos incisos I a V do art. 11 desta lei é positivo e tem por finalidade alcançar a melhor proteção possível à mulher vítima de violência doméstica ou familiar. Porém, em determinadas situações, vislumbramos mais uma lei editada somente para servir de modelo do que seria o ideal, embora fique, na prática, distante do plano da realidade.

Quanto ao artigo 12^o¹⁴⁴, a novidade trazida pelo dispositivo, diz respeito tão somente ao disposto no inciso III, que na lição de NUCCI¹⁴⁵ no mais, aborda situações anteriormente disciplinadas pelo Código de Processo Penal¹⁴⁶, as quais já eram adotadas pela autoridade policial.

3.3.3 Dos Procedimentos

O Título IV trata dos procedimentos, e o seu artigo 13¹⁴⁷ traz previsão acerca do processamento e do julgamento das causas cíveis e criminais resultantes da

¹⁴² Ibid. Inciso I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

¹⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. - vol. 1 – 10 ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017. p.953.

¹⁴⁴ **Artigo 12.** Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: [...]; III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

¹⁴⁵ Ibid, p.955.

¹⁴⁶ BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 11 nov.2018.

¹⁴⁷ **Artigo 13.** Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei.

prática de violência doméstica, as quais deverão obedecer às normas do direito processual cível e penal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como do Estatuto do Idoso, desde que não conflitem com a Lei especial.

O artigo 14¹⁴⁸ cuida da organização do Poder Judiciário, com vistas a dar maior efetividade à aplicação, por isso antevê a criação de juizados de violência doméstica, flexibilizando também o horário de realização dos atos processuais conforme a organização de cada órgão jurisdicional.

O artigo 15¹⁴⁹, por sua vez, dispõe sobre a competência territorial para processar e julgar as ações cíveis, em conformidade com a opção da ofendida nos casos regidos pela Lei 11.340/2006.

Quanto à renúncia da representação nas ações penais públicas condicionadas, o artigo 16¹⁵⁰ impõe as condições, estipulando o prazo e o momento processual em que poderá ser recebida a renúncia.

Finalmente, o artigo 17¹⁵¹ desautoriza, como penas alternativas, a aplicação de pena pecuniária, o pagamento de multa ou a doação de cestas básicas.

A esse respeito deste dispositivo, NUCCI¹⁵² assevera:

O absurdo da prática forense de muitos magistrados leva, agora, o legislador a inserir na lei a proibição de uma pena ilegal. Este é o panorama do sistema judiciário brasileiro, casando-se com o processo legislativo. Enquanto um, em nome da *celeridade*, cria penas inexistentes, o outro Poder, tentando fazer cessar tal conduta, proíbe o que não existe juridicamente.

O autor se refere ao fato que a redação deste dispositivo não obedeça a melhor técnica legislativa, sobretudo ao referir o termo “penas de cesta básica” que salvo melhor juízo não existe formalmente no sistema jurídico pátrio, o termo correto

¹⁴⁸ **Artigo 14.** Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. [...].

¹⁴⁹ **Artigo 15.** É competente, por opção da ofendida, para os processos cíveis regidos por esta Lei, o Juizado: [...].

¹⁵⁰ **Artigo 16.** Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

¹⁵¹ **Artigo 17.** É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

¹⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.**- vol. 1 – 10 ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017. p. 962.

seria prestação de outra natureza, a qual, em regra, deveria ser subsidiária as demais medidas previstas em lei, quando couber no caso concreto.

As Medidas protetivas de urgência inauguram o capítulo II da Lei 11.340/2006¹⁵³, o qual dispõe sobre as medidas protetivas de urgência.

O artigo 18¹⁵⁴ estipula o prazo para o juízo se manifestar acerca do conhecimento do expediente, da concessão das medidas protetivas, do encaminhamento da vítima à assistência judiciária, bem como para dar vista ao Ministério Público.

As hipóteses em que poderão ser concedidas pelo juiz as medidas protetivas vêm descritas no artigo 19¹⁵⁵. O referido artigo disciplina sobre os legitimados para formular o pedido, bem como sobre a possibilidade de o juiz decidir *inaudita altera pars*.

A decisão sobre as medidas de urgência pode ser estendida na proteção dos familiares ou do patrimônio da vítima, ampliadas por meio de novas providências ou revogadas a qualquer tempo conforme a necessidade do caso concreto, buscando sempre mitigar a violação dos direitos tutelados pela Lei 11.340/2006¹⁵⁶.

O artigo 20¹⁵⁷ traz a previsão expressa de medida mais gravosa, caso requeira o caso concreto, porquanto aventa a possibilidade de prisão preventiva, ainda na fase do inquérito policial.

A medida extrema pode ser decretada de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial.

A notificação das fases do processo para a vítima, notadamente quanto à prisão ou à soltura do agressor, está disposta no artigo 21¹⁵⁸. O referido dispositivo

¹⁵³ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹⁵⁴ **Artigo 18**. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas: [...].

¹⁵⁵ **Artigo 19**. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. [...].

¹⁵⁶ Op.cit. BRASIL.

¹⁵⁷ **Artigo 20**. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

legal ainda veda que a vítima possa entregar qualquer notificação ou intimação sobre o feito ao agressor.

Esta medida visa informar a vítima sobre a situação do agressor, tem efetiva importância para que a mulher tome as cautelas necessárias para se preservar de qualquer nova tentativa de importunação ou ameaça.

O artigo 22¹⁵⁹ traz o rol das medidas protetivas que está contemplado pela Lei 11.340/2006¹⁶⁰. Tais medidas podem ser tomadas cumulando duas ou mais, ou individualmente, conforme requer a necessidade do caso em exame.

A restrição de direitos do agressor vai da suspensão da posse à restrição do porte de arma, ao afastamento do lar, às restrições à liberdade de locomoção e de permanência do autor da violência em locais frequentados pela vítima.

Para além da esfera penal e processual penal, a Lei Maria da Penha projeta-se aos institutos da esfera cível, notadamente o direito de família, ao disciplinar sobre a restrição do direito de visita aos dependentes menores, assim como ao instituir a possibilidade de o juiz fixar a prestação de alimentos provisórios pelo agressor.

O artigo 23¹⁶¹ prevê medidas direcionadas à vítima que poderão ser tomadas pelo juiz, ainda que outras garantias para assegurar sua integridade já tenham sido observadas.

A proteção do patrimônio da família fica por conta do artigo 24¹⁶². A previsão versa acerca da devolução de bens retirados do domicílio pelo agressor, da restrição para venda ou locação de propriedade que seja comum ao casal, da suspensão de instrumentos de mandato da vítima ao agressor e inclusive de garantia pecuniária,

¹⁵⁸ **Artigo 21.** A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público. [...].

¹⁵⁹ **Artigo 22.** Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: [...].

¹⁶⁰ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹⁶¹ **Artigo 23.** Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: [...].

¹⁶² **Artigo 24.** Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: [...].

na forma do depósito de caução provisória nos casos em que houver danos materiais em decorrência da violência perpetrada.

Desta forma a lei busca entregar uma proteção ampla a vítima de violência doméstica, ao passo que existem previsões para preservar além da integridade física e psicológica, também o patrimônio.

O crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência consta do artigo 24-A¹⁶³, inaugurando a Seção IV, do Capítulo II, da Lei Maria da Penha. O dispositivo foi incluído durante a realização do presente estudo, por meio da Lei 13.641, de 03 de abril de 2018¹⁶⁴, sancionada pelo Presidente da República, a qual prevê a reprimenda ao autor de violência doméstica que descumprir medidas protetivas concedidas em favor da vítima.

Dispositivo inovador que prevê que a configuração do crime de desobediência no âmbito da Lei Maria de Penha, “independe de competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas”, ainda que a pena imposta seja privativa de liberdade.

A garantia da intervenção do Ministério Público, nas esferas cível e criminal, quando o órgão ministerial não for parte, está disciplinada pelo artigo 25¹⁶⁵.

O artigo 26¹⁶⁶ dispõe sobre a atuação e a organização do *Parquet* nos casos de violência doméstica.

A redação deste dispositivo busca, através do Ministério Público, dar efetividade as medidas assistencias previstas nesta lei.

A Lei assegura à vítima que esteja acompanhada por advogado em todos os atos processuais, artigo 27¹⁶⁷, porém dispensa a obrigatoriedade de estar acompanhada pelo patrono, quando do pedido de concessão de medida protetiva.

A garantia do acesso à justiça, por meio da Defensoria Pública ou da Assistência Judiciária Gratuita, desde a abertura do inquérito policial, encontra

¹⁶³ **Artigo 24-A.** Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: [...].

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

¹⁶⁴ BRASIL, **Lei 13.641 de 03 de abril de 2018** Altera a Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm>. Acesso em 25 ago. 2018.

¹⁶⁵ **Artigo 25.** O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.

¹⁶⁶ **Artigo 26.** Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário: [...].

¹⁶⁷ **Artigo 27.** Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

previsão no artigo 28¹⁶⁸ da citada Lei. O referido artigo ainda assevera que a assistência prestada deve se dar de forma específica e humanizada.

Veja, que o artigo reitera o compromisso assistencial que deve ser disponibilizado pelo estado.

3.3.4 Da Equipe de Atendimento Multidisciplinar

Ainda sobre a estrutura estatal, o artigo 29¹⁶⁹ preconiza que os juizados de violência doméstica que forem criados poderão contar com uma equipe multidisciplinar, com profissionais das áreas psicológica, social, jurídica e de saúde.

A equipe a que se refere o artigo 29¹⁷⁰, de acordo com o artigo 30¹⁷¹ deve ter a competência de, além do que for estabelecido pela legislação local, fornecer auxílio aos envolvidos no processo por meio de documento da lavra dos profissionais da equipe habilitados para tanto, como laudos e pareceres técnicos que auxiliem na condução do feito ou no esclarecimento de fatos controversos.

O artigo 31¹⁷², por sua vez, prevê que, caso a equipe multidisciplinar, sobre a qual remete o artigo 29¹⁷³, não for capaz de avaliar um caso em particular frente à sua especificidade ou à sua complexidade, o juiz poderá requerer a manifestação de profissional especializado que deverá ser indicado pela equipe.

A verba para que sejam possíveis a implementação e a manutenção da equipe multidisciplinar de que trata o artigo 29¹⁷⁴, de acordo com o artigo 32¹⁷⁵, poderá ser prevista na proposta orçamentária dos órgãos do Poder Judiciário.

¹⁶⁸ **Artigo 28.** É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

¹⁶⁹ **Artigo 29.** Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ **Artigo 30.** Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

¹⁷² **Artigo 31.** Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

¹⁷³ Op.cit. Artigo 29.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ **Artigo 32.** O Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Não foram apurados dados possíveis de analisar, nos dias atuais, como e o que especificamente está sendo previsto na proposta orçamentária dos órgãos do Poder Judiciário para o efetivo cumprimento deste dispositivo.

3.3.5 Disposições Transitórias

Complementando o comando legal sobre a criação de juizados de violência doméstica, o artigo 33¹⁷⁶ garante a competência das varas criminais para processar e julgar os casos de violência doméstica, enquanto os juizados de violência doméstica não forem estruturados nas suas respectivas comarcas.

Acertadamente, o legislador previu o acúmulo de competência das varas criminais, para processar e julgar os casos previstos nesta lei até que sejam criados os juizados especiais de violência doméstica.

3.3.6 Disposições Finais

O artigo 34¹⁷⁷ faz referência à possibilidade de criação de curadorias, caso seja medida necessária, nos juizados de violência doméstica, bem como de serviço de assistência jurídica.

No artigo 35¹⁷⁸, a Lei aduz que o Estado, nos três níveis de governança, quais sejam, federal, estadual e municipal, poderá criar e promover centros de atendimento interdisciplinar, casas de abrigo, delegacias e demais órgãos de atendimento especializados no atendimento à vítima de violência doméstica.

A novidade fica por conta do inciso V¹⁷⁹, pois faz referência à criação e promoção de centros de educação e de reabilitação para atender aos autores dos crimes tutelados pela Lei Maria da Penha.

¹⁷⁶ **Artigo 33.** Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente. [...].

¹⁷⁷ **Artigo 34.** A instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher poderá ser acompanhada pela implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária.

¹⁷⁸ **Artigo 35.** A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências: [...].

¹⁷⁹ **Ibid. Inciso V** - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

A adequação dos órgãos estatais e de seus programas, de acordo com o artigo 36¹⁸⁰, deve se alinhar ao cumprimento da Lei.

A previsão dos legitimados para agir na defesa dos direitos das vítimas de violência doméstica vem disposta no artigo 37¹⁸¹.

O artigo 38¹⁸² ocupa-se das estatísticas e da organização das informações sobre os crimes de violência doméstica, que serão compilados e servirão, em seguida, para alimentar o sistema nacional de dados e de informações relativo às mulheres.

O artigo 39¹⁸³ faz referência à possibilidade de os entes federativos incluírem, na sua previsão orçamentária, recursos para implementar as medidas suficientes para dar cumprimento efetivo à Lei.

Em seguida, o artigo 40¹⁸⁴ aduz que a Lei 11.340/2006¹⁸⁵ não tem o condão de excluir ou de dispensar outros princípios que porventura não estejam expressos no texto legal, mas que se alinhem aos direitos garantidos por esta Lei.

No artigo 41¹⁸⁶, encontra-se uma das maiores evoluções trazidas pela Lei Maria da Penha. Consoante previsão legal, não é possível que os crimes de que cuida esta Lei sejam processados e julgados pelos juizados especiais criminais.

De acordo com a Lei 9.099/1995¹⁸⁷, a competência para processar e julgar os crimes com menor potencial ofensivo, como por exemplo o crime de lesão corporal

¹⁸⁰ **Artigo 36.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a adaptação de seus órgãos e de seus programas às diretrizes e aos princípios desta Lei.

¹⁸¹ **Artigo 37.** A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil. [...].

¹⁸² **Artigo 38.** As estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher serão incluídas nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a fim de subsidiar o sistema nacional de dados e informações relativo às mulheres. [...].

¹⁸³ **Artigo 39.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no limite de suas competências e nos termos das respectivas leis de diretrizes orçamentárias, poderão estabelecer dotações orçamentárias específicas, em cada exercício financeiro, para a implementação das medidas estabelecidas nesta Lei.

¹⁸⁴ **Artigo 40.** As obrigações previstas nesta Lei não excluem outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

¹⁸⁵ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹⁸⁶ **Artigo 41.** Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

leve ou a lesão culposa, em não se tratando de violência doméstica, é do juizado especial criminal. Na lição de Maria Berenice Dias¹⁸⁸:

[...]porém, lei posterior (Lei 11.340/2006), e da mesma hierarquia, exclui deste rol a violência doméstica. Assim, quando a vítima é a mulher e o crime aconteceu no ambiente doméstico, as lesões que sofre não mais podem ser consideradas de pouca lesividade, ficando fora da égide da Lei de Juizados Especiais.

A vedação da aplicação da lei dos juizados especiais nos casos de violência doméstica, disposta no artigo 41¹⁸⁹, visa efetivar o cumprimento da Lei de violência doméstica, afastando, em definitivo, a possibilidade de a condenação do acusado ser fixada como pena pecuniária, ou outro meio menos gravoso, como era a *práxis* até o advento da Lei 11.340/2006¹⁹⁰.

Neste ponto, a Lei 11.340/2006¹⁹¹ provoca mudança no Código de Processo Penal¹⁹², uma vez que, de acordo com o inciso III do art. 313¹⁹³, os crimes que envolvem violência doméstica são passíveis da decretação de prisão preventiva, com vistas a assegurar a execução das medidas protetivas de urgência.

¹⁸⁷ BRASIL, Presidência da República, **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 14 mai. 2018.

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice, MENEGHEL, Stela Nazareth (organizadora) **Rotas Críticas: Mulheres Enfrentando a Violência**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2007. p. 152.

¹⁸⁹ **Artigo 41**. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹⁹¹ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹⁹² BRASIL, **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 11 de nov. 2018.

¹⁹³ **Artigo 313**. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: [...], **inciso III**- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A alteração no Código Penal vem contida na redação do artigo 43¹⁹⁴, que altera a *alínea “f”* do artigo 61¹⁹⁵ do dito diploma legal. O referido artigo ocupa-se das circunstâncias agravantes.

De acordo com a alteração, passa a ser considerada circunstância agravante, quando no caso concreto de violência doméstica, o agressor que abusa da sua autoridade ou se aproveita da relação de coabitação ou hospitalidade para perpetrar o crime.

Da mesma forma, o artigo 44¹⁹⁶ da Lei Maria da Penha¹⁹⁷ altera o artigo 129¹⁹⁸ do Código Penal, o qual cuida dos crimes de lesão corporal, aumentando a pena máxima prevista para o crime tipificado caso haja lesão corporal resultante de violência doméstica, passando a ser de três anos.

Assevera, ainda, que a pena prevista no parágrafo 9º, do artigo 129, do Código Penal, será aumentada no caso de a violência doméstica ser perpetrada contra pessoa com deficiência.

A alteração da Lei de Execução Penal está disposta no artigo 45¹⁹⁹. Esta alteração dá ao juiz a possibilidade de obrigar o comparecimento do agressor aos programas de recuperação e/ou de reeducação disponíveis na jurisdição do juízo emissor do comando.

¹⁹⁴ **Artigo 43.** A *alínea f* do inciso II do art. 61 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação: [...]; ***alínea f*** com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

¹⁹⁵ **Artigo 61 do Código Penal.** São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...].

¹⁹⁶ **Artigo 44.** O art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações: [...].

¹⁹⁷ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

¹⁹⁸ **Artigo 129 do Código Penal.** Ofender a integridade corporal ou saúde de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. [...]; § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. [...];

¹⁹⁹ **Artigo 45.** O art. 152 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 152. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Observa-se, aqui, uma punição, a qual pode assim ser entendida por conta da obrigatoriedade, mas que, em verdade, não visa punir, mas sim reeducar o agressor. Não obstante haver a previsão legal de encaminhar compulsoriamente o agressor a programas de conscientização e de reeducação dos seus valores, na prática, não é o que se percebe.

Essa dificuldade não se sabe se é gerada por falta de estrutura estatal ou por antagonismo dos juízes, por não acreditarem ser esta uma solução eficaz.

Em verdade, quando aplicada ao caso concreto, a Lei 11.340/2006²⁰⁰ ocupa-se tão somente das consequências, priorizando a prestação de medidas suficientes para o atendimento imediato da demanda, notadamente medidas protetivas de urgência, no mais das vezes destinadas a garantir a integridade física, psicológica ou patrimonial da vítima, o que concordamos ser extremamente necessário; porém, ao agressor só resta a imposição de medidas em seu desfavor, derivadas da concessão de medidas protetivas, algumas bem gravosas inclusive.

À vista disso, é possível afirmar que a parte em que a Lei Maria da Penha²⁰¹ dispõe sobre as ações de cunho assistencial, sobretudo no auxílio para a reeducação do agressor, resta prejudicada, seja pela falta de estrutura estatal, seja pela inobservância da aplicação pelo Poder Judiciário.

Por fim, fechamos este capítulo, com artigo 46²⁰² cuida da vacância da lei. Cumpre ressaltar, que não foi a intenção interpretar a lei, o que para além de não termos a pretensão de fazer, sequer é o objeto deste estudo. A exposição da lei, aqui, se presta, tão somente a informar seu conteúdo.

²⁰⁰ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² **Artigo 46**. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação.

4 UNIÃO HOMOAFETIVA

O objetivo de dedicar um capítulo deste estudo a união homoafetiva é expor, sem qualquer pré-conceito, de forma técnica, uma visão global dos valores e princípios envolvidos por este tema, para assim, possibilitar a compreensão acerca da necessidade e importância do debate sobre uma realidade fática, que atinge, através da negação ou da relativização do direito uma parcela importante da sociedade brasileira.

Para tanto, buscou-se o conceito teórico de união homoafetiva que de acordo com Martinez²⁰³ em sua obra sobre união homoafetiva e direito previdenciário define:

A relação jurídica da união homoafetiva envolve dois sujeitos do mesmo sexo: homens ou mulheres. Pessoas juridicamente capazes, examinando-se com atenção quando for consumada por menores de 16 anos.

A capacidade referida pelo autor, bem como a ressalva ao relativamente incapazes, diz respeito a aquelas disciplinadas pelo Código Civil que são pressupostos para o casamento válido.

De acordo com Moraes²⁰⁴ o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que a Constituição Federal de 1988²⁰⁵ faz proibição expressa ao preconceito entre homens e mulheres em razão do sexo biológico ou das diferenças naturais advindas deste.

Assevera o eminente Ministro²⁰⁶, que a isonomia entre homens e mulheres deve ser entendida de forma mais ampla do que “conformação anatomofisiológica e de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade, além de, nas situações de uso empareirado da sexualidade fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo ou não”

Feitas as justificativas iniciais acerca da pertinência deste capítulo por meio desta pequena nota introdutória passaremos a expor argumentos no intento de

²⁰³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A união homoafetiva no direito previdenciário**- São Paulo: LTr, 2008. p.75.

²⁰⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 34ª edição. Atlas, 03/2018. Livro eletrônico.

²⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

²⁰⁶ MORAES, op.cit.

demonstrar a similitude entre as relações familiares, bem como as várias composições de família existentes na sociedade, justificando de forma lógica e coerente nosso entendimento sobre a necessidade da discussão acerca da (in) aplicabilidade da Lei 11.340/2006²⁰⁷ aos casais homoafetivos masculinos, conviventes em união homoafetiva.

4.1 Breves considerações sobre união estável e sua equiparação com a união homoafetiva

A técnica adotada neste trabalho para fundamentar o que entendemos como necessidade, ou seja, uma revisão/atualização da Lei 11.340/2006²⁰⁸, é a interpretação extensiva ou a analogia, conforme o ensinamento de Vecchiatti²⁰⁹

Isso significa que, verificada a arbitrariedade, entendida como inexistência de motivação lógico-racional que justifique o tratamento diferenciado do grupo que foi resguardado pela regulamentação legal em relação ao grupo não contemplado, dever-se-á constatar uma *inconstitucionalidade por omissão*, que deverá ser sanada pela utilização das técnicas hermenêuticas da interpretação extensiva ou da analogia, como forma de se conceder ao grupo discriminado os direitos conferidos ao outro grupo.

Cumpre reiterar que não se pretende com este trabalho propor uma restrição dos direitos conferidos pela Lei 11.340/2006²¹⁰, mas ampliá-los, logo não é nosso objetivo falar em inconstitucionalidade da lei em comento.

²⁰⁷ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008. p.120.

²¹⁰ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

Destarte, aquilo que Vecchiatti²¹¹ chama de arbitrariedade, culmina, segundo o autor, em inconstitucionalidade por omissão, devendo desta forma ser sanada através de “técnicas hermenêuticas da interpretação extensiva ou analogia” para alcançar a aquele grupo, que em que pese viver em condições análogas ao contemplado pela legislação especial em análise, ficou a margem desta.

4.1.1 Posicionamento das Cortes Superiores acerca do tema

De muitas decisões relevantes sobre este tema, o presente trabalho irá se limitar a pinçar aquela que considera a mais significativa, ou seja, aquela que mudou o paradigma até então estabelecido pela legislação pátria, ao consagrar a união homoafetiva, como entidade familiar.

Em que pese não ser o direito de família o objetivo principal deste trabalho, além de socorrer dele, acho imprescindível trazer à baila esta questão para que possamos ter um panorama dos valores envolvidos nestas relações afetivas que sofrem, ainda hoje, além de preconceito, uma valoração negativa, demonizada, quase criminosa por parte da sociedade.

Analisaremos, de forma sucinta, conforme apontamento retro, a ação direta de inconstitucionalidade – ADI nº4277-DF²¹².

A ação trata, inicialmente de arguição de descumprimento de preceito fundamental acerca de dispositivos do Decreto Lei 220/1975²¹³ (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), os quais, os incisos II e V do artigo 19 e os incisos I a X do artigo 33, pela interpretação que vinha sendo conferida a estes dispositivos.

²¹¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008. p.120.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional; Conectas Direitos Humanos; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT; Associação de incentivo à educação e saúde de SÃO PAULO; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Associação Eduardo Banks; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNB, Relator: Ministro. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em:<<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

²¹³ RIO DE JANEIRO. **Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Riode Janeiro. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e>>. Acesso em: 04 de nov. 2018.

Ocorre que a interpretação, de acordo com o relator, Ministro Ayres Britto²¹⁴ utilizada implicava na “efetiva redução de direito a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual”.

Durante o relatório, foi consignado que a corte superior solicitou informações aos arguidos, contudo, nem todos os Tribunais de Justiça prestaram informações sobre ações que tramitavam em sua área de jurisdição.

Entre os que informaram os dados referentes a processos desta natureza, estes, destacaram suas posições majoritárias, vejamos:

Em favor da equiparação entre união estável heterossexual e união homoafetiva figuram os Tribunais de Justiça dos Estados do Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná, com destaque para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²¹⁵ que “noticiou o reconhecimento de direitos a companheiro de servidor em união homoafetiva”, além de editar provimento normativo determinando os serviços notariais de registro de documentos relacionados a união homoafetiva, desde 2004.

Os Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina e Distrito Federal, se posicionaram em sentido contrário ao reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável aos conviventes em união homoafetiva.

O Tribunal de Justiça da Bahia²¹⁶, informou que o poder judiciário na aplicação do estatuto dos servidores “não pode conceder direitos que não estejam previstos em lei”, por se tratar de função administrativa, a divergência nos julgamentos desta espécie devem (sic) ser resolvidos pelas vias recursais. Aduz que entende não configurar “controvérsia judicial em si como ato lesivo a preceito fundamental”, ao que entendeu incabível a ação de descumprimento de preceito fundamental proposta.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional; Conectas Direitos Humanos; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT; Associação de incentivo à educação e saúde de SÃO PAULO; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Associação Eduardo Banks; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNB, Relator: Ministro. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 9 ago. 2018. p.617.

²¹⁵ Ibid. p.620.

²¹⁶ Ibid.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina²¹⁷, entendeu que as uniões homoafetivas devem ser entendidas como “parcerias civis” e em face disso, regidas pelo direito das obrigações.

O tribunal de Justiça do Espírito Santo²¹⁸ “defendeu que a enumeração constitucional das entidades familiares é meramente exemplificativa”, não se opondo, ao “reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo”.

Os Tribunais de Justiça do Estado de Sergipe, Tocantins, Pará e Roraima, noticiaram não haver a época sob sua jurisdição processos da espécie em comento.

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro indica que a Lei Estadual 5.034/2007²¹⁹ em vigência no momento do questionamento do Supremo Tribunal Federal, dispõe sobre a inclusão de companheiros homossexuais como dependentes dos servidores para afins de previdenciários, o que tornaria impossível imputar-lhes a prática de ato lesivo a preceito fundamental.

A advocacia Geral da União²²⁰, manifestou-se pelo conhecimento parcial da ação de descumprimento de preceito fundamental para que fosse “julgado procedente, sem pronuncia de nulidade, com interpretação conforme a Constituição (somente dos dispositivos do Decreto-Lei 220/75) a fim de contemplar os parceiros da união homoafetiva no conceito de família”.

A Procuradoria Geral da República²²¹ se posicionou “pela declaração da obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional; Conectas Direitos Humanos; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT; Associação de incentivo à educação e saúde de SÃO PAULO; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Associação Eduardo Banks; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNB, Relator: Ministro. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 9 ago. 2018. p.620.

²¹⁸ Ibid. p.621.

²¹⁹ RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5034, DE 29 de maio de 2007**. Acrescenta parágrafo ao art. 29 da Lei nº 285/79, modificada pela Lei nº 3189/99, dispondendo sobre a averbação, pelos servidores públicos estaduais da condição de companheiros do mesmo sexo, para fins previdenciários e dá outras providências. Disponível em <<http://www.leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-5034-2007-rio-de-janeiro-acrescenta-paragrafo-ao-art-29-da-lei-no-285-79-modificada-pela-lei-no-3189-99-dispondo-sobre-a-averbacao-pelos-servidores-publicos-estaduais-da-condicao-de-companheiros-do-mesmo-sexo-para-fins-previdenciarios-e-da-outras-providencias?q=5034%2F2007>>. Acesso em 04 de nov. 2018.

²²⁰ BRASIL. op cit. p.621.

²²¹ Ibid. p.621-622.

do mesmo sexo” quando atendidos os requisitos da união estável entre homem e mulher.

No parecer a Vice Procuradora Geral, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira²²², assevera que “é cabível uma interpretação analógica do art. 226, § 3º, pautada pelos princípios constitucionais acima referidos, para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo”.

Foram deferidos pelo Relator 14 pedidos de ingresso de *amicus curiae*, frente a complexibilidade e relevância do tema.

O Relator julgou parcialmente prejudicada a arguição de descumprimento de preceito fundamental – APDF n 132-RJ, frente a previsão do enquadramento do companheiro do mesmo sexo como dependente para fins previdenciários previstos na Lei 5.034/2007²²³, conhecendo, na parte remanescente, que coincide com o pedido da ADI 4277-DF²²⁴, como ação direta de inconstitucionalidade, e está última incorporou aquela para que fossem julgadas em conjunto, visto que tinham o mesmo pedido.

No mérito, julgou procedentes as duas ações em causa, a saber, ADPF nº 132-RJ e ADI 4277-DF, e encerrou seu voto²²⁵ com a seguinte redação:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que **dou ao art.1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”**, entendida esta como sinônimo perfeito de “**família**”. (grifo nosso)

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional; Conectas Direitos Humanos; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT; Associação de incentivo à educação e saúde de SÃO PAULO; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Associação Eduardo Banks; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNB, Relator: Ministro. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 9 ago. 2018. p.623.

²²³ RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5034, DE 29 de maio de 2007**. Acrescenta parágrafo ao art. 29 da Lei nº 285/79, modificada pela Lei nº 3189/99, dispendo sobre a averbação, pelos servidores públicos estaduais da condição de companheiros do mesmo sexo, para fins previdenciários e dá outras providências. Disponível em < <http://www.leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-5034-2007-rio-de-janeiro-acrescenta-paragrafo-ao-art-29-da-lei-no-285-79-modificada-pela-lei-no-3189-99-dispendo-sobre-a-averbacao-pelos-servidores-publicos-estaduais-da-condicao-de-companheiros-do-mesmo-sexo-para-fins-previdenciarios-e-da-outras-providencias?q=5034%2F2007>>. Acesso em 04 de nov. 2018.

²²⁴ BRASIL, op. cit.

²²⁵ Ibid. p.656.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator, com divergência na fundamentação legal, ou seja, artigo 1723 do Código Civil e artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, por entender que o direito reclamado no pedido deve decorrer do direito das minorias e dos princípios fundamentais contidos no artigo 5º, inciso XLI da Constituição Federal.

Os Ministros Cesar Peluso e Ricardo Lewandowski, convergiram com o Ministro Gilmar Mendes no entendimento de que não deve ser aplicado um enquadramento rígido deste entendimento sob pena de gerar efeitos outros, que não os que motivaram o pedido.

Aduz ainda, o eminente Ministro²²⁶, que o direito pode ser efetivado por um “dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo congresso”.

A divergência do Ministro Gilmar Mendes²²⁷ quanto a fundamentação jurídica, se refere aos demais efeitos que podem derivar da decisão nos termos de mudar o entendimento sobre o artigo 1723 do Código Civil e ao artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, como a aplicabilidade de determinados tipos penais, ao que refere expressamente “a discussão em torno da possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) para esses casos”.

Não obstante as divergências apontadas, o ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator ao proferir seu voto. Os demais Ministros, após a leitura dos seus votos, os quais são verdadeiras aulas de direito constitucional, por unanimidade, consignadas as divergências, acompanharam o relator, restando o acórdão²²⁸ com a seguinte redação:

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime.** Prejudicado o primeiro pedido

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional; Conectas Direitos Humanos; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT; Associação de incentivo à educação e saúde de SÃO PAULO; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Associação Eduardo Banks; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNB, Relator: Ministro. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em:<<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 9 ago. 2018. p.801.

²²⁷ Ibid. p.803.

²²⁸ Ibid. p.615.

originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. **Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime.** Os ministros desta Casa de Justiça, ainda **por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva,** autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente. Brasília, 05 de maio de 2011. MINISTRO AYRES BRITTO – RELATOR. (grifo nosso)

Dentre outras decisões no mesmo sentido, cabe ressaltar o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 477.554 – Minas Gerais²²⁹, que cuida da mesma matéria ora abordada:

Em razão da similitude com a primeira fonte jurisprudencial examinada, julgamos desnecessário tecer maiores comentários sobre a decisão referenciada, sob pena de tornar a leitura deste estudo fatigante e despropositadamente penosa.

4.1.2 Apontamentos sobre Gênero e Violência de Gênero

O gênero sob a perspectiva a que se propõe a presente pesquisa deve ser entendido como a diferença social e culturalmente construída entre pessoas, em razão dos lugares que estas ocupam na sociedade. Para Diniz²³⁰:

No decorrer desse percurso foram legitimados a superioridade e o poder do homem sobre a mulher. Este processo forjou um tipo de conjugalidade na qual o homens e mulheres se tornam reféns de papéis, estereótipos e prescrições sociais.

Seguindo suas considerações acerca do papel que cada indivíduo exerce e que, por consequência, define, por exemplo, o gênero perante a sociedade, a autora²³¹ informa que:

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554 – Minas Gerais**, da Segunda Turma. Agravante: Carmem Mello de Aquino Netta. Agravados: Edson Vander de Souza; Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 16 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

²³⁰ DINIZ, Gláucia; CARNEIRO, Teresinha Féres (org). **Casal e Família: Conjugalidade, Parentalidade e Psicoterapia**. Brasília, DF: Editora UNB, 2006. Livro eletrônico.

²³¹ Ibid.

Todo homem e toda mulher trazem para a relação hábitos, valores, costumes e uma herança afetivo-emocional de suas famílias de origem. A construção da conjugalidade envolve negociações para estabelecimento de um contrato que vai servir de base para o funcionamento conjugal.

Este contrato inclui várias dimensões, como a sexualidade, as formas de demonstração de afeto aceitáveis em público e no contexto privado, a comunicação, as estratégias de negociação de diferenças e de resolução de conflito, a administração do tempo, a organização da vida a dois, a divisão de tarefas entre o par conjugal, o lugar do trabalho e do lazer na vida conjugal, objetos e expectativas do casal, o grau de individualidade e liberdade de cada um, ter ou não ter filhos, a criação dos filhos, a relação com as famílias de origem, entre outros.

Na *práxis*, as relações familiares são formadas por pessoas que têm em comum tudo o que foi exposto pela autora, eis que são oriundas de uma família e dela trazem hábitos, valores e costumes, bem como uma herança afetiva e emocional.

Além disso, o pacto de convivência envolve as mesmas questões, os mesmos problemas, angústias, necessidades etc. e, por consequência, demanda as mesmas soluções.

Logo, a pergunta é se existe algum sentido em levantar a bandeira do gênero única e tão somente como óbice para a aplicação da Lei Maria da Penha quando a vítima é o homem, convivente em uma relação homoafetiva masculina.

Notadamente, a violência a que se refere é aquela em que o homem é vítima do companheiro, e esta violência é cometida no âmbito familiar onde existe, de fato, uma união homoafetiva ou em razão desta.

De acordo com Glauca Diniz²³², a explicação das razões pelas quais a questão do gênero é tão forte nos casos de violência doméstica é, a saber:

O importante é que as decisões tomadas no processo da construção do contrato conjugal são pautadas pela dimensão de gênero, ou seja, pelos papéis socialmente aprendidos e pelas expectativas relacionadas a eles. É no dia a dia familiar que a criança aprende sobre ser homem e ser mulher.

²³² DINIZ, Glauca; CARNEIRO, Teresinha Féres (org). **Casal e Família: Conjugalidade, Parentalidade e Psicoterapia**. Brasília, DF: Editora UNB, 2006.

Do excerto, é possível perceber como se prolongam no tempo os conceitos tradicionais, em outras palavras, o contrato conjugal, referenda a ideia de poder do homem sobre a mulher, e conforme a autora se referiu, está tradição machista é passada aos filhos. Acerca da relação defeituosa que culmina em violência, a autora conclui:

A forma como os cônjuges ou parceiros lidam com o estresse e adversidade varia de acordo com uma combinação entre elementos de natureza diversa. Dentre eles, destacamos: características individuais – por exemplo, o temperamento de cada um, capacidade de expressão clara de necessidades e ressentimentos, etc, heranças transgeracionais, como o aprendizado recebido pelo compartilhamento da conjugalidade de pais, avós, tios e a adequação das estratégias de negociação e resolução de conflitos que são utilizados pelas famílias de origem extensa.

A autora afirma que, em pesquisa coordenada por ela, o resultado das entrevistas com casais revelou que, quando a violência conjugal se prolonga no tempo, há uma tendência à reciprocidade, *in verbis*:

O acúmulo de episódios de violência e a permanência em uma posição de aceitação podem atingir um limite e fazer com que a outra pessoa passe a reagir de forma violenta. [...] instaura-se assim uma lógica perversa onde a ideia de dar o troco é notória, especialmente para o homem.

Vejamos, se a reciprocidade nas agressões insita uma lógica perversa com a ideia de dar o troco, especialmente no homem, como afirma a autora, pensamos que, aqui, temos mais um elemento capaz de justificar o porquê se deve analisar a possibilidade de a Lei 11.340/2006²³³ alcançar igualmente as relações homoafetivas masculinas.

Do excerto citado conclui-se, portanto, que os conflitantes em geral, ao contrário de buscarem examinar a situação e de proporem qualquer negociação

²³³ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

capaz de dirimir o problema, nas palavras de Miriam Pondaag²³⁴, “partem para uma disputa perversa de afirmação de controle e poder”.

É possível que, entre casais homoafetivos masculinos, haja violência capaz de causar um temor permanente, consoante Larrauri²³⁵, “onipresente e onipotente”.

A partir dessa ideia, resta legitimada a incidência da Lei nos casos em que a mulher é a vítima, pois, de acordo com Alice Bianchini²³⁶, a violência doméstica, quando perpetrada pela mulher, é menos lesiva e não tem a capacidade de causar receio no homem.

Contudo, quando ocorre o contrário, este é o principal motivo que autoriza a adoção de medidas mais enérgicas como resposta à violência doméstica, dado a temeridade da vítima.

Em que pese o relevante, nobre e justificável argumento acima exposto, imperativo a reflexão de que as ações acima descritas pelas autoras são comuns a todas as pessoas, sejam homens e mulheres, heterossexuais ou homossexuais.

Seguindo esta linha, cabe questionar, sem embargo das relevantes conquistas obtidas pelas mulheres, tampouco, sem negar o grave problema que é a violência doméstica perpetrada no seio familiar, se a mesma proteção dispensada as mulheres, transexuais e travestis não poderia ser estendida a um grupo específico, homossexuais masculinos que vivam em condição idêntica como um esforço para mitigar a incidência dos crimes perpetrados no seio familiar, em razão da relação conjugal, ainda que a relação tenha se desfeito, ou ainda, os que decorrerem desta.

Bianchini²³⁷ refere que as medidas protetivas só se aplicam às mulheres, porque a assimetria física entre homens e mulheres é fator determinante para definir as desigualdades aparentemente intransponíveis entre ambos.

Diante do argumento sobre a assimetria física como fator determinante para justificar o tratamento diferenciado entre homem e mulher, o que não se contesta, resta uma reflexão, qual seja:

No caso da ocorrência de violência entre dois homens, conviventes em união estável ou relacionamento afetivo, em situação idêntica a uma ou mais hipóteses

²³⁴ DINIZ, Glauca; PONGAAG, Miriam. **A Face Oculta da Violência Conta a mulher**. IN: ALMEIDA, Ângela Maria de Oliveira;. (orgs). **Violência, exclusão Social e desenvolvimento Humano. Estudos em Representações Sociais**. Brasília/DF: editora UNB, 2006

²³⁵ LARRAURI, Elena. **Mujeres, derecho Penal y Criminología**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.

²³⁶ BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero**.3 ed-São Paulo: Saraiva 2016 livro eletrônico. (Coleção Saberes Monográficos)

²³⁷ Ibid.

abarcadas pela Lei 11.340/2006²³⁸ e, levando em conta a afirmação supra de que a violência perpetrada pelo homem é capaz de causar medo “onipotente e onipresente”, não seria patente a possibilidade desta vítima de violência receber o mesmo tratamento dispensado às vítimas do sexo ou gênero feminino.

O gênero é o critério diferenciador essencial para a obtenção da tutela que decorre da Lei Maria da Penha²³⁹, em outras palavras, ainda que ocorra conduta prevista como crime, em ambiente doméstico ou familiar, entre pessoas que mantem um relacionamento íntimo,

Enquanto o sexo decorre da natureza (masculino e feminino, macho e fêmea), o conceito de gênero é social e envolve uma relação de poder entre homens e mulheres.

Diante disso, imperativo que se diferencie o sexo do gênero, nas lições de Fernandes²⁴⁰

Segundo Bianchini²⁴¹, a aplicação da Lei 11.340/2006 ao homem vítima de violência doméstica é descabida, porquanto as peculiaridades do gênero não estão presentes:

Portanto, a aplicação da Lei Maria da Penha ao homem vítima de violência praticada, por exemplo, pela esposa, é indevida, pois são as especificidades da violência de gênero (não vislumbradas quando o homem é vítima) que devem servir de fundamento para incidência da Lei. Faz-se necessário que exista violência discriminatória (preconceituosa), o que não se verifica nos casos isolados em que o homem é vítima deste tipo de violência.

²³⁸ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

²³⁹ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

²⁴⁰ FERNADES, Valéria Diez Scarance . **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade**. Atlas. 2015. Livro eletrônico.

²⁴¹ Ibid.

Apesar dos argumentos apresentados, existem julgados, os quais trataremos mais adiante, que concederam a medida protetiva ao homem, em desfavor do cônjuge, tanto em relações heterossexuais, quanto nas relações homoafetivas, inclusive nas relações em que o casal era composto por dois homens.

No entanto, Bianchini²⁴² assevera que as medidas extremas contidas na Lei 11.340/2006²⁴³ se justificam tão somente quando a vítima é a mulher, ou ao menos aqueles que se declaram do gênero feminino, como é o caso dos travestis e dos transexuais:

[...] são as especificidades da violência de gênero que justificam que direitos, princípios, liberdades e garantias da pessoa acusada sejam limitados e restringidos, tal qual se dá em inúmeros dispositivos da Lei Maria da Penha, quando se vale de instrumentos mais enérgicos, que podem chegar inclusive, à prisão preventiva.

A citada autora funda seu pensamento nas estatísticas, ao que afirma ser quase a totalidade dos casos de violência doméstica aqueles em que o homem figura como autor e não como vítima. Assevera, nesse aspecto, que:

As experiências vividas em cada uma das situações [...] são quase no total das vezes, bastante diversas, mostrando-se muito mais institucionalizadas, frequentes, reiteradas, intensas, permanentes, intimidatórias, brutais e de consequências irreversíveis quando a vítima é do sexo feminino.

Diante do exposto, imperativo a reflexão de que as ações acima descritas pela Autora são comuns a todas as pessoas, homens e mulheres.

Nesse sentido, cabe questionar, sem embargo das conquistas adquiridas pelas mulheres, historicamente, a exemplo da lei 11.340/2006²⁴⁴, a mudança de paradigma ocorrida desde a promulgação da referida lei, isso porque, nos últimos

²⁴² BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero.** 3 ed-São Paulo: Saraiva 2016 (Coleção Saberes Monográficos).

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

anos, a sociedade brasileira vem sofrendo sucessivas, e algumas profundas transformações culturais.

Essas transformações sociais avançam no sentido da aceitação de novos modelos de família. É correto afirmar que existem muitos entraves de ordem dogmática e cultural, porém são evidentes os avanços conquistados pelos mais diversos movimentos, referendados ora pelo Poder Legislativo, ora pelo Poder Judiciário, sobretudo os que defendem as minorias, na busca pela igualdade plena de direitos.

Nas palavras de Dias²⁴⁵, “a chamada constituição cidadã, pretendendo integrar no laço social todos os cidadãos, foi enfática e até repetitiva em vetar discriminações de qualquer ordem”.

Diante de toda essa transformação e da constante busca pela igualdade de fato entre as pessoas, é possível, no atual cenário social, justificar a diferença na aplicação da lei que criou mecanismos para coibir, prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar, considerando, como único critério para a aplicabilidade da lei, o gênero da vítima.

Tal questionamento e a inquietação decorrente deste remetem-nos ao problema que é objeto deste estudo.

O objetivo desta pesquisa, como já expusemos, é perquirir se seria possível ou admissível a modificação do critério centrado no gênero para a aplicação da Lei 11.340/2006²⁴⁶.

O que se pretende não é a restrição dos direitos que a lei confere, tampouco confinar seu alcance, mas sim a sua ampliação, tornando possível que esta envolva, sob sua salvaguarda, todos aqueles cidadãos que vivem em situação análoga, sejam homens, sejam mulheres, sem que a questão do gênero tenha maior importância.

²⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito & a Justiça**. 2. Ed. Porto Alegre/RS. Livrarias do Advogado, 2001. p. 89.

²⁴⁶ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

Como está posta, a norma não tutela os direitos de parcela significativa da sociedade que sofre com a violência doméstica, e experimenta todos os seus efeitos, sejam eles, físicos, morais, psicológicos ou patrimoniais.

A vista disso, imperioso que a lei especial venha tutelar o direito daqueles que vivem nas mesmas condições previstas para aplicação dessa norma.

Para Grossi; Almeida e Tavares²⁴⁷, ao abordar o tema da violência de gênero, a espécie de violência perpetrada contra a mulher conceitua-se como:

Entende-se por violência, tudo aquilo que fere, destrói ou agride as pessoas – ações que não preservam a vida e / ou prejudicam o bem-estar tanto individual quanto social. Estas podem ser tanto físicas como psicológicas; e ocorrem tanto em nível macro – as violências estruturais da sociedade, quanto em nível micro – as violências interpessoais.

O conceito apresentado pelos autores, embora possa se confundir com um conceito geral, aquele perceptível a todos, refere-se às hipóteses em que esta violência ocorre baseada na tradição patriarcal, o que nos aproxima imediatamente da cultura que diminui a mulher perante o homem.

Aqui, a nosso sentir, consiste o cerne da justificativa para a inaplicabilidade da Lei 11.340/2006 quando a vítima é o homem, pois a defesa inflexível do critério objetivo fundado no gênero para a aplicabilidade da Lei busca equilibrar, nos casos de violência, as relações perniciosas entre homens e mulheres, construídas e referendadas pela sociedade, ao longo da história.

Este fenômeno pode ser explicado pelo fato de que, ainda hoje, a violência doméstica é mantida, em grande medida, na esfera familiar. Os motivos são os mais variáveis, que vão desde a vergonha em tornar pública a relação defeituosa, desmoralizando o agressor ou desmistificando a aparente “felicidade” daquele casal, até a questão prática que tem origem na dependência econômica, não somente da mulher, como nos mais das vezes, de toda a família.

Nas palavras de Saffioti e Almeida²⁴⁸, “outro motivo para que a violência doméstica seja pouco denunciada é a manutenção do segredo familiar vinculado à honra ou à situação de provedor da família do agressor”.

²⁴⁷ GROSSI, Patrícia Krieger; ALMEIDA, Sônia e TAVARES, Fabrício. Rotas Críticas: **Mulheres Enfrentando a Violência**. São Leopoldo/RS. Ed.Unisinos, 2007.

²⁴⁸ SAFFIOTI, Heleieth; ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de Gênero: Poder e Impotência**. Rio de Janeiro. Ed. Revinter, 1995.

Complementando essa ideia, Ravazzola²⁴⁹ afirma que, “nas sociedades em que as diferenças entre as pessoas são hierarquizadas, configura-se campo fértil para a prática da violência”.

Outrossim, Bianchini²⁵⁰ atesta que a violência de gênero é um retrato da concepção social que separa os papéis entre homens e mulheres.

Em razão desses papéis historicamente atribuídos é que se consolida o domínio do homem sobre a mulher.

Para a autora, ao ser estabelecida essa diferença, naturalmente um indivíduo se sobrepõe ao outro, ou seja, a diferença se torna objeto de controle que culmina na violência como forma de consolidação do domínio de um sobre o outro.

Diante disso, podemos concluir que determinados indivíduos estão mais vulneráveis do que outros; contudo, o desafio que se apresenta é se, nos dias atuais, frente a tantas mudanças sociais, ainda se pode justificar a exclusão do homossexual masculino, como sujeito passivo dos crimes de violência doméstica, considerando tão somente a questão do gênero.

Não seria razoável buscar dirimir as diferenças, alcançando um tratamento mais próximo a fim de conferir também ao homossexual masculino, vítima de violência doméstica, as benesses da Lei especial? Isso não faria com que a mulher se sentisse em igualdade de fato?

4.2 Princípio Constitucionais

4.2.1 Princípio da Isonomia

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988²⁵¹, trouxe a previsão expressa do Princípio da Igualdade ou Isonomia:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

²⁴⁹ RAVAZZOLA, María Cristina . *Violência Familiar: El Abuso Relacional Como un Ataque a los Derechos Humanos: Sistemas Familiares*, Buenos Aires, 1998.

²⁵⁰ BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero*.3 ed-São Paulo: Saraiva 2016 (Coleção Saberes Monográficos)

²⁵¹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 01 jun. 2018.

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

A igualdade a que se refere o texto constitucional possui duas vertentes, quais sejam, igualdade material e igualdade formal.

De acordo com Vecchiatti²⁵² a igualdade material:

Consagra a célebre definição de igualdade de Airstóteles, uma vez que define que deve ser dado o mesmo tratamento jurídico a indivíduos que se encontram em igual situação, ao passo que aos que se encontram em situação diversa deve ser dado um tratamento jurídico diverso, justamente em face da situação diferenciada em que se encontram.

Para definir quem são e qual (ais) o (os) critério (os) devem ser utilizados para justificar a diferenciação entre sujeitos de direito que demandam tratamento distinto, Mello²⁵³ apresenta o procedimento que denomina de trifásico cumulativo, vejamos:

[...] quando se pretende dar um tratamento jurídico desigual a determinado grupo abstrato de indivíduos, é preciso eleger um *critério distintivo* entre o grupo discriminado e os demais, devendo, além disso, existir uma *correlação lógico-racional* entre o critério distintivo eleito e a discriminação jurídica que se pretende introduzir (ou seja, deve ser uma decorrência silogística-lógica do critério diferenciador erigido e também ser racional, ou seja, ser embasada em fundamentos fático-científicos que a justifiquem) sendo, por fim, também necessário que tal discriminação seja condizente com os *valores constitucionalmente consagrados*.

Para tanto, Mello²⁵⁴ indica três critérios que devem ser observados, a saber:

- 1) eleição de um *fator de desigualação* que abarque pessoas indeterminadas e indetermináveis no momento de sua escolha;
- 2) identificado o fator de desigualação, deve haver uma *correlação lógica abstrata entre ele e o tratamento jurídico diferencia do que se pretende introduzir; e*

²⁵² VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos-Rio de Janeiro. Forense-São Paulo: Método, 2008. p.116.

²⁵³ MELLO, apud VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008. p.116.

²⁵⁴ Ibid, p.117.

- 3) deve existir, por fim, uma *correlação lógica concreta entre o tratamento jurídico diferenciado e os valores prestigiados pela Constituição*.

Diante disso, e considerando que os critérios elegidos pelo autor acerca da igualdade material forma considerados quando da edição da Lei 11.340/2006²⁵⁵, para dar tratamento diferenciado à mulher vítima de violência doméstica e familiar, resta novamente o questionamento se as relações homoafetivas masculinas, não fariam jus, de igual forma, ao mesmo tratamento diferenciado, quando da ocorrência de quaisquer das situações previstas na referida lei.

Ademais, cumpre ressaltar que o fator determinante para a inaplicabilidade da Lei Maria da Penha²⁵⁶ não repousa sobre a homossexualidade, tanto que a lei é literalmente aplicada as relações homoafetivas femininas.

Conforme sustentando ao longo deste estudo, o impedimento para a aplicação da lei em comento aos homossexuais masculinos encontra abrigo sobre a identidade de gênero, o que também, se mostra questionável, pois sob o abrigo do princípio da igualdade material, os conviventes em relação homoafetiva masculina guardam as mesmas necessidades de amparo e resguardo, que aqueles que convivem em uma relação homoafetiva feminina.

Inescusável o entendimento de que o que se pretende com este trabalho não é simplesmente criticar a Lei 11.340/2006²⁵⁷ ou sua aplicação como está posta, o intuito deste estudo é trazer a luz uma discussão crítica. Portanto não há que se falar em vício de inconstitucionalidade, tampouco em revogação da lei.

Nesse sentido, me alinho ao pensamento de Vecchiatti²⁵⁸, que ao citar Canotilho²⁵⁹, recomenda a aplicação de hermenêutica para a interpretação extensiva

²⁵⁵ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

²⁵⁶ Ibid..

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008. p.120-121.

ou da analogia como forma de equiparar aqueles que experimentam das mesmas dores que outros, mas não tem tratamento equivalente, vejamos:

Assim, é de se ter em mente que inconstitucionalidades por omissão não podem nem devem ser solucionadas mediante declaração de nulidade da lei concessiva de direitos, mas pela extensão de tais direitos ao grupo discriminado pela lei por intermédio da interpretação extensiva ou da analogia, que são, afinal, técnicas hermenêuticas decorrentes da isonomia por visarem garantir igual tratamento aos iguais, ou fundamentalmente iguais, respectivamente.

Ao fim e ao cabo, a igualdade material refere-se a ideia que todo cidadão deve receber as benesses e cumprir as obrigações, decorrentes da lei, de forma igualitária, em outras palavras, significa dizer que a norma jurídica não deve fazer distinção entre os sujeitos, de qualquer sorte, se a norma não guardar consonância com o texto constitucional, é possível que seja questionada, conforme leciona Barros²⁶⁰:

A verificação do respeito de uma lei ao postulado da isonomia requer seu exame intrínseco, iluminado pelos fins eleitos pelo legislador, são, portanto, passíveis de reavaliação as valorações efetuadas pelo legislador.

Quanto a igualdade formal, a qual é entendida como igualdade perante a lei, busca garantir a aplicação uniforme da lei, ou seja, é compreendida como o dever do Estado em aplicar o direito em face de quem quer que seja.

Para Mattos²⁶¹, “trata-se do primeiro aspecto da igualdade. Todavia não basta, para satisfação da exigência de igualdade, que a lei seja aplicada de modo uniforme”.

Em relação a igualdade material, o referido autor assevera que “é preciso que a lei não encampe distinções arbitrárias”, deste modo, entendemos que para haver

²⁵⁹ CANOTILHO, apud. VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008.

²⁶⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília jurídica, 1996. p 185

²⁶¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009. p. 210.

igualdade real entre as partes, a norma deve sopesar necessariamente estas duas vertentes.

Nessa perspectiva o encargo de satisfazer a igualdade entre as partes, divide-se, entre a fundamental distinção que o juiz deve fazer, no caso concreto, ao enfrentar situações iguais, buscando equilibrar as diferenças ao aplicar a lei. Da mesma forma, é a distinção que o legislador deve fazer ao editar leis que possibilitem o tratamento desigual, a situações iguais e vice versa.

Destarte, o autor informa que “[...], no plano da legislação ordinária, o art. 125, I do CPC²⁶² impõe expressamente ao juiz o dever de assegurar as partes igualdade de tratamento”.

A igualdade mencionada por Mattos²⁶³, em última análise, significa dizer que é indispensável que o julgador considere as diferenças de qualquer ordem, sejam econômicas, religiosas, sociais entre as partes, para que possa efetivar a isonomia conforme disposto na Carta Magna.

Em que pese o Princípio da Igualdade seja reproduzido de forma ampla em todo o texto constitucional, a igualdade perseguida não impede que o Estado imponha medidas que capazes de conferir tratamento diferenciado entre as pessoas.

A desigualdade constituída por raízes históricas, legitima as ações que buscam equilibrar as relações de modo que o Princípio da Igualdade outorga que ações positivas de promoção de políticas públicas, administrativas e legislativas sejam formuladas para contrapesar direitos historicamente negados, como é a igualdade de direitos reclamado em razão do gênero.

A atividade legislativa tem sua razão de ser fundada na ideia que sua finalidade é regular as situações da vida, para tanto, o legislador deve possuir autonomia para estabelecer as regras que determinem benefícios e instituem encargos, frente as necessidades práticas.

Contudo, essa autonomia, deve orientar-se pela Constituição, considerando os valores e propósitos designados pela Lei Maior, como essenciais, buscando atender os propósitos nela incluídos

²⁶² O artigo ao que o autor se refere é do **Código de Processo Civil de 1973**, ao passo que quando a edição da obra, esta era a lei vigente. No Código de Processo Civil de 2015 o dispositivo cita encontra-se no artigo 139.

²⁶³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009. p. 209-213.

Não obstante, a criação de qualquer lei, esbarra no obstáculo da igualdade. A esse respeito Barros²⁶⁴ adverte:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior, raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue conforme sua natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral.

Exatamente neste contexto que se encontra a Lei 11.340/2006²⁶⁵, do excerto, fica evidente a dificuldade, quando da edição de uma lei, em alcançar todas as pessoas, atribuindo obrigações e/ou sanções para uns, e tutelando direitos ou concedendo benesses para outros, e ainda assim, obter a compressão da coletividade que isso é o melhor para o interesse público.

Desse modo, legislador, no exercício da função dinâmica de adequar as normas com a finalidade de regular as relações da vida em sociedade, nem sempre consegue fazê-lo mantendo a vinculação com os Princípios Constitucionais.

Justifica-se, em certa medida, essa impossibilidade, por conta das constantes mudanças e transformações sociais que hoje, reclamam regramento, mas que à época da promulgação da Carta Magna, não foram, pelos mais variados motivos, sequer pensadas.

²⁶⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília jurídica, 1996. p.91-98.

²⁶⁵ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

De acordo com Barros²⁶⁶, “essa constatação não enseja a ideia de desvinculação total do legislador a uma finalidade, pois sempre se pode argumentar com a necessidade de obediência a um interesse que há de ser público”.

A autora expõe que é necessário avançar nesse silogismo, a fim de demonstrar a utilidade do “controle de constitucionalidade em face do Princípio da Igualdade”.

Ressalva que ao editar a norma, o legislador na busca de regular o comportamento humano, visa sempre o objetivo a que se destina a lei, ainda que este objetivo não tenha sido previamente contemplado pela ordem constitucional.

A respeito da impossibilidade de o texto constitucional não ser capaz de prever todas as necessidades futuras, justificando a necessidade de adequar-se e adaptar-se de acordo com o processo evolutivo Barros²⁶⁷, indica:

A lei tem, pois, uma razão de ser, a qual, entretanto, não coincide totalmente com as razões do legislador, porque a vontade deste é estatuída para o futuro, devendo suportar as mudanças de interpretação necessárias para manter a adequação da norma às realidades variáveis.

Nesse passo, se apresenta a ideia que a finalidade a que a lei se propõe, deve ser analisada por um processo hermenêutico no momento em que for questionada, para assim, determinar se o objeto da lei contraditada, guarda similitude com os fins perseguidos pela ordem constitucional. Conforme a exposição da mesma autora:

[...] a busca pela igualdade proporcional, cujo sentido ampliado busca a harmonia com os demais valores protegidos pela Constituição, de maneira a garantir a concordância prática entre o bem e igualdade e outros tantos como a liberdade, a democracia, etc.

Por todo exposto, entendemos que cabe o pensamento crítico dos operadores do direito acerca da possibilidade da extensão dos direitos resguardados pela lei 11.340/2006²⁶⁸ para os conviventes homoafetivos masculinos

²⁶⁶ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília jurídica, 1996. p.91-98.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção

4.2.2 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da proporcionalidade tem sua raiz na busca da garantia à liberdade do cidadão em face do Estado, surgiu nos séculos XVII e XVIII resultante o jusnaturalismo, com a ideia central de que certos direitos individuais deveriam ser considerados oponíveis, inclusive contra o estado, de acordo com Streck²⁶⁹:

Era, portanto, um instrumento de controle de poder, devido a total incompatibilidade entre a monarquia absoluta e os anseios burgueses que buscavam uma nova sociedade com garantias individuais e econômicas, principalmente.

Ainda sobre o surgimento do Princípio da Proporcionalidade, autora declara que:

“inicialmente pode-se afirmar que o Princípio da Proporcionalidade foi consagrado do direito administrativo, como desdobramento do Princípio da Legalidade, uma vez que a ideia de proporção era somente ligada a ideia de penas”.

Buechele²⁷⁰, sobre o Princípio da Proporcionalidade, aduz que, “no ordenamento jurídico brasileiro essa previsão é implícita”. De acordo com o autor existe “divergência doutrinária” em relação a previsão expressa da proporcionalidade na norma constitucional.

O autor menciona que para uma corrente minoritária, segundo ele capitaneada por Paulo Bonavides, “no Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”²⁷¹.

Por outro lado, afirma que a corrente majoritária defende:

Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

²⁶⁹ STRECK, 2009 apud BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília jurídica, 1996.p. 64.

²⁷⁰ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.p 144.

²⁷¹ BUECHELE, 1999.apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.p 145.

O artigo 5º, inciso LIV, da Lei Maior brasileira como escorço constitucional do Princípio da Proporcionalidade. [...] para essa corrente majoritária, a *sedes materiae* da proporcionalidade, em nosso ordenamento jurídico, é o Princípio do Devido Processo Legal.

Nesse sentido o autor cita o pensamento de Gilmar Ferreira Mendes²⁷²:

[...] o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art.5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em vaso sua disponibilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido), ou ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido). Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira.

Do mesmo modo, para Suzana De Toledo Barros²⁷³:

O princípio da proporcionalidade [...] como várias ideias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção.

Em relação ao tema abordado pelo presente trabalho, entendemos que o correto uso do princípio da proporcionalidade seja aquele em sentido estrito, o que significa dizer que somente se justifica quando o bem jurídico, ou os destinatários da norma em questão, necessitem impreterivelmente da distinção, para garantir-lhes o direito, no caso concreto.

Em outras palavras, somente neste caso se justifica avocar o princípio da proporcionalidade, com vistas a mitigar a discriminação imposta pela norma especial.

Como vimos, há que se pensar no caso dos casais homoafetivos masculinos, frente a especificidade da relação bem como pela discriminação imposta por grande parte da sociedade, se não é plausível, sob a égide do direito, que haja uma

²⁷² BUECHELE, 1999.apud MENDES, Gilmar Ferreira. **A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo: Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda, nº 23, dezembro de 1994.p 146.

²⁷³ BUECHELE, 1999.apud BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília jurídica, 1996.p.147-153.

atualização da lei 11.340/2006²⁷⁴ no sentido de acolher ao abrigo da referida lei as pessoas que vivem em união homoafetiva masculina, assim como já ocorre com as uniões homoafetivas entre mulheres.

No acordo²⁷⁵ abaixo colacionado fica evidente a disparidade nos julgados sobre o tema, no que diz respeito ao entendimento jurisprudencial majoritário sobre que é o sujeito passivo dos crimes previstos na Lei 11.340/2006, sempre a mulher, enquanto o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, vejamos:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM FACE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE AMEAÇA AO DIREITO AMBULATORIO. CRIME DE TORTURA, PRATICADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO, CONTRA CRIANÇA DO SEXO FEMININO. ART. 5.º, INCISO I, DA LEI MARIA DA PENHA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. REQUISITO REPUTADO COMO PREENCHIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR QUE SE AMOLDAM À HIPÓTESE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O writ constitucional do habeas corpus se destina a assegurar o direito de ir e vir do cidadão, portanto, não se presta para solucionar questão relativa à competência sem reflexo direto no direito ambulatorio, sobretudo porque há previsão recursal para solucionar a questão, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal. Precedente.
2. E, na espécie, não resta configurada ilegalidade manifesta que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de habeas corpus de ofício.
3. O Tribunal de origem, com o grau de discricionariedade próprio à espécie constatou estar preenchido o requisito de motivação de gênero, sendo impossível, à luz dos fatos narrados, infirmar-se essa ilação.
4. O delito em tese foi cometido contra criança do sexo feminino com abuso da condição de hipossuficiência, inferioridade física e

²⁷⁴ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 250.435/RJ**. Impetrante: Luís Felipe Drummond Pereira da Cunha – Defensor Público. Impetrado: Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. Paciente: Geovana dos Santos Viana; Lilian dos Santos Viana. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília 27 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24220921/habeas-corporis-hc-250435-rj-2012-0161493-0-stj/relatorio-e-voto-24220923>>. Acesso em 27 set. 2018.

econômica, pois a violência teria ocorrido dentro do âmbito doméstico e familiar. As Pacientes - tia e prima da vítima - foram acusadas de torturar vítima que detinham a guarda por decisão judicial.

5. **"Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade."** (CC n. 88.027/MG, Relator Ministro OG FERNANDES, DJ de 18/12/2008) 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 250.435/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013) (grifo nosso)

Na lição de Vecchiatti²⁷⁶, o princípio da proporcionalidade serve para:

[...] precipuamente, servir como método de controle dos atos estatais no sentido de averiguar a *adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito* das medidas estatais em debate para, neste terceiro momento (que supõe necessariamente o reconhecimento da adequação e da necessidade citadas), solucionar o conflito entre dois ou mais direitos fundamentais em choque por parte dessas medidas, por meio de um juízo de ponderação entre os mesmos para, identificando aquele que seria mais relevante no caso concreto, sacrificar-se (o menos possível) o outro.

Cumprе ressaltar que não se vislumbra prejuízo aparente ou justificável no caso de estender os efeitos da Lei 11.340/2006²⁷⁷ aos homossexuais masculinos conviventes em união homoafetiva, ao passo que, se trata de uma relação de afeto entre dois homens, não atingindo de forma alguma a proteção conferida a mulher.

A proporcionalidade aqui defendida, não impõe o sacrifício do objeto da norma, mas tão somente estende seus efeitos a um grupo específico sem que haja qualquer prejuízo aos sujeitos atualmente detentores do direito positivado pela lei especial, tampouco os objetivos por ela pretendidos.

²⁷⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008.p.139.

²⁷⁷ BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

4.2.3 Dignidade da Pessoa Humana

Conceituar a dignidade da pessoa humana foi talvez o maior desafio durante esta jornada, ao passo que se trata de um princípio demasiadamente amplo. Em um primeiro momento parece óbvio, de condução fácil através de um pensamento lógico, contudo, a vista da sua amplitude se torna, não raras vezes, contraditório, quando da tentativa de aplicá-lo ao caso concreto.

A contradição se percebe que o mesmo princípio serve para impor sanções, o que se justifica em face de comandos legais que buscam assegurar a dignidade humana lato sensu, quanto para entregar proteção a um determinado grupo, igualmente em nome da dignidade humana, neste caso, em sentido estrito.

Nesse passo, adoto como base, o conceito cunhado por Vecchiatti²⁷⁸, o qual define que:

[..] a dignidade humana, ou melhor, o direito de todos viverem suas vidas da melhor maneira possível, de acordo com suas próprias escolhas e/ou características, desde que não prejudiquem terceiros, deve ser respeitado acima de tudo.

O autor desenvolve este pensamento ao falar do regime nazista, o qual foi, segundo ele, fator determinante para a maior parte das nações no pós-guerra se preocupassem “com a consagração da dignidade humana como princípio jurídico fundamental”. Ao que cita como prova, a Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁷⁹.

Nessa esteira, Vecchiatti²⁸⁰ relembra o ocorrido na Alemanha durante o regime nazista o qual foi instalado em um estado de direito, porém possibilitou o

²⁷⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008.p.148.

²⁷⁹ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. A Assembleia Geral das Nações Unidas proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. Carta de princípios, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.

²⁸⁰ VECCHIATTI, op.cit, p.145-148.

extermínio de pessoas em razão de “esta ou aquela crença (judeus), esta ou aquela orientação sexual (homo ou bissexuais) e assim por diante”.

Sustenta o autor, que “o preconceito (juízo de valor arbitrário) foi usado para determinar quem poderia viver e que deveria morrer”, razão pela qual houve um movimento mundial em torno do princípio da dignidade humana como pressuposto inflexível para um estado democrático de direito de fato.

Por certo, não me alinho a corrente que considera a dignidade da pessoa humana como princípio absoluto que deve prevalecer sobre quaisquer outros, notadamente pela dificuldade prática que decorre desta concepção.

Assim adverte Vecchiatti ao analisar a posição de Sarlet²⁸¹:

[...] é preciso tomar cuidado para que não se banalize o princípio da dignidade humana, o que poderia ocorrer ao tentar colocá-lo como fundamento de todo e qualquer dispositivo de nossa Carta Magna, sob pena de esvaziar o seu conteúdo fundamental.

Conforme já aventado quando se defendeu o princípio da proporcionalidade para a extensão dos efeitos positivos em favor das vítimas de violência doméstica aos homossexuais masculinos, no caso específico, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, não tem o condão de suprimir direitos outros ou causar qualquer prejuízo a sociedade.

Esse entendimento, se reflete nas palavras de Vecchiatti²⁸², que afirma categoricamente:

Isso significa, a meu ver, *que a dignidade da pessoa humana impõe o respeito a individualidade das pessoas, à liberdade de consciência delas, no sentido de terem autonomia moral, ou seja, poderem viver suas vidas da forma que melhor lhes convenha desde que, evidentemente não prejudiquem terceiros, prejuízo este inexistente na homoafetividade.*

Desta forma, sem ter a pretensão de esgotar os diversos entendimentos acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, o que não é o objetivo do presente trabalho, mas tão somente externar um argumento, em defesa deste estudo.

²⁸¹ SARLET, apud VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008. p.156.

²⁸² VECCHIATTI, Ibid. p.163.

Nesse diapasão, o princípio da dignidade da pessoa humana pode, e deve ser mais um preceito constitucional a ser considerado para o alcance do direito, ao abrigo da Lei 11.234/2006²⁸³ aos homossexuais masculinos.

²⁸³ BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

5 CONCLUSÃO

O objetivo central deste trabalho foi trazer a luz o relevante tema em questão, suscitando o debate dos operadores do direito acerca da possibilidade de atualização da Lei Maria da Penha.

Sustentou-se durante este estudo, que a legislação em comento não guarda consonância com o momento atual em que vivemos, diferentemente do ano de 2006, quando a lei foi sancionada. Nestes doze anos, é inegável que houve uma grande transformação social.

Foi determinante para tal transformação, o acesso a informação, de forma abundante e facilitada pela globalização e sobretudo pelos recursos tecnológicos disponíveis. Os estudos acerca da sexualidade humana, sobre a identidade de gênero e demais fatores, antes não abordados, vem promovendo uma aceitação lenta e gradual pela sociedade, aos casais homoafetivos.

Está aceitação, ou ao menos a não aversão a união homoafetiva, embora lenta, segue sua marcha. A passos curtos, percorrem um árduo caminho buscando espaço e elementos que possam contribuir para uma compreensão mais tolerante com as diferenças.

Dito isso, seria correto justificar o gênero como único e imutável critério para a aplicação da Lei de proteção as vítimas de violência doméstica, conferindo a proteção legal somente a mulher, aos travestis e as transexuais, ou seja, aquelas pessoas que se identificam com o gênero feminino.

A lei objeto deste estudo já sofreu mudanças significativas ao acolher os travestis e as transexuais, e, inclusive admitindo a aplicação da lei em casos perpetrados entre duas mulheres, desde que cumpridos os demais requisitos, notadamente, resultado da transformação social que motivou o Poder Judiciário a ampliar a possibilidade de alcance da proteção.

Ao que parece a última trincheira para superar no sentido de aplicabilidade da lei contra a violência doméstica é a questão do gênero.

Contudo, o que se defende com este trabalho, não é uma aplicação indiscriminada da Lei Maria da Penha, o que poderia gerar sua banalização, mas a extensão dos efeitos desta lei a um determinado grupo de pessoas, quais sejam, os

homossexuais masculinos, que na constância de relações homoafetivas se encontram em condição de vulnerabilidade.

Conforme foi demonstrado por este estudo, casais homoafetivos, masculinos e femininos, são amplamente reconhecidos pelo direito de família, pois é entendimento pacificado pelos tribunais superiores que a união homoafetiva tem o mesmo valor jurídico e social da união estável, é portanto considerada entidade familiar, assim sendo possibilita a adoção de filhos e tem reflexos no direito previdenciário, logo, não guarda nenhuma incompatibilidade insuperável, capaz de justificar que estes sujeitos fiquem a margem da proteção pretendida.

O problema, ao nosso sentir, é que em havendo uma legislação que se presta a tutelar a vítima de violência perpetrada no ambiente doméstico e familiar, não é razoável que as providências conferidas pela lei estejam fundamentadas em critério extremamente subjetivo, e por consequência frágil, pois o gênero, masculino ou feminino, deriva do sentir-se como homem ou mulher, independente do sexo biológico.

Significa dizer, que a Lei 11.340/2006, assim como está posta, se distancia da finalidade com que foi criada, pois ao não tutelar a na união homoafetiva masculina, denegando direito ao amparo da norma especial, a sujeitos que vivem em condição idêntica, ou seja, mantêm relação íntima ou de afeto, e em razão desta, assim como aqueles resguardados pela lei, estão, igualmente sujeitos a sofrer violência doméstica ou familiar.

De outra banda, ao negar o direito a proteção da Lei 11.340/2006 aos homossexuais masculinos, tão somente justificando a identidade de gênero, nos parece um tanto frágil frente ao bem jurídico em questão.

Os efeitos decorrentes desta prática, ao serem analisados se mostram como um contrassenso, senão vejamos, o homem que mantêm uma relação heterossexual no caso de cometer violência doméstica ou familiar, em razão do gênero, responde pela lei especial.

Conquanto o homem que mantêm uma relação homoafetiva, e comete a mesma violência, em condições iguais e pelas mesmas razões motivadoras contra o companheiro responde pela via ordinária.

Na mesma esteira, a mulher na relação heterossexual, como restou demonstrado no desenvolvimento deste trabalho, sempre será o sujeito passivo da violência doméstica, contudo em uma relação homoafetiva poderá ser sujeito ativo

ou passivo, veja que aqui há uma flexibilização do critério, desde que, não figure um homem em qualquer dos polos, imperativo que se cumpra o requisito primeiro que é o gênero feminino.

Deste modo, nos parece desarrazoada a aplicação da norma como se encontra, pois ao tornar imutável o critério do gênero, desconsidera as mudanças e as necessidades de parcela significativa da sociedade.

O que se pretende, não é restringir direitos, conquistados ao longo da história com muita luta pelas mulheres, mas sim, ampliar estes direitos, a sujeitos igualmente desassistidos, que reclamam a mesma forma de proteção, pois vivem em situação que guarda máxima similitude com episódios de violência e discriminação.

A possibilidade de examinar a flexibilização do critério do gênero, para aplicação nos efeitos legais da Lei 11.340/2006 ao casais homoafetivos masculinos, não resultaria em desigualdade, pois o homem, heterossexual que é destinatário da reprimenda pela norma especial, não mudaria de status no contexto legal, continuaria sendo sujeito ativo para os fins de aplicação da norma.

Com efeito, ganharia a norma com esta ampliação, ao passo que cumpriria a finalidade por ela proposta de evitar, punir e erradicar a violência doméstica e familiar, atingindo maior eficácia, pois nivelaria todos os sujeitos, pois se não há diferença na ação, tampouco no ânimo de perpetrar a violência física, psicológica, moral ou material, porque haveria de se justificar uma sanção diferente.

Neste diapasão, imperativo por questão de equidade e justiça, que haja uma discussão franca e profícua acerca da possibilidade de alargamento do alcance da norma em comento, confirmando o compromisso do Estado, de entregar da proteção adequada a todos os cidadãos, cumprindo com o dever regulatório das relações humanas e justificando o monopólio da justiça.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 5ª edição. Saraiva, 10/2014. Livro eletrônico.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, protetivos e Criminais da Violência de Gênero**. 3 ed-São Paulo: Saraiva 2016 (Coleção Saberes Monográficos)

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 11 nov.2018.

BRASIL, **Lei 8.072 de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em 05 mai.2018.

BRASIL, Presidência da República, **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em 14 mai. 2018.

BRASIL, **Secretaria e Proteção Mulheres**. <http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/pesquisas-e-publicacoes/mapaviolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em 14 abr. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 137.888/MS**. Impetrante: Defensoria Pública da União – Defensor Público-Geral da Federal. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Clayton dos Passos. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília 31 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313694730&ext=.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso **Extraordinário com Agravo 105005**. Recorrente: E.S.S. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5209653>>. Acesso em 11 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e

revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em 05 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 93, de 1 de junho de 1983**. Aprova o texto da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, com reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4º e 16, parágrafo 1º, alínea "a", "c", "g" e "h". Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1980-1987/decretolegislativo-93-14-novembro-1983-360751-exposicaodemotivos-147053-pl.html>>. Acesso em 02 jul. 2108.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

BRASIL. **Lei 9.455 de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9455.htm>. Acesso em 01 de mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 250.435/RJ**. Impetrante: Luís Felipe Drummond Pereira da Cunha – Defensor Público. Impetrado: Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. Paciente: Geovana dos Santos Viana; Lilian dos Santos Viana. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília 27 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24220921/habeas-corpus-hc-250435-rj-2012-161493-0-stj/relatorio-e-voto-24220923>>. Acesso em 27 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 588**. A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/STJ-edita-seis-novas-súmulas>. Acesso em: 1 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional; Conectas Direitos Humanos; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT; Associação de incentivo à educação e saúde de SÃO PAULO; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Associação Eduardo Banks; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNB, Relator: Ministro. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554** – Minas Gerais, da Segunda Turma. Agravante: Carmem Mello de Aquino Netta. Agravados: Edson Vander de Souza; Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 16 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999

DIAS, Maria Berenice, MENEGHEL, Stela Nazareth (organizadora) **Rotas Críticas: Mulheres Enfrentando a Violência**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2007

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**, 2. ed. rev. atual. ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**, 4. ed., rev. atual. e ampl., da obra União homoafetiva: o preconceito e a justiça. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DINIZ, Gláucia. CASAL E FAMILIA: **Conjugalidade, parentalidade e psicoterapia**. Teresinha Féres-Carneiro (org). São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade**. Atlas. 2015.

FERRAZ, Carolina Valença. Série IDP - **Manual do direito homoafetivo**, 1ª Edição. Saraiva, 03/2013. Livro Eletrônico.

GUIMARÃES, André Santos. **A contravenção de vias de fato no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: <<http://www.direitopenalemcontexto.com.br/vias-de-fato-maria-da-penha/>>. Acesso em 26/05/2018.

JUNQUE, Gustavo Diniz, FULLER, Paulo Aranda. **Legislação Penal Especial Vol. 1**, 6ª edição. Saraiva, 08/2009. Livro Eletrônico.

LARRAURI, Elena. **Mujeres, derecho penal y criminología**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. A união **homoafetiva no direito previdenciário**- São Paulo: LTr, 2008.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 34ª edição. Atlas, 03/2018. [Minha Biblioteca].

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. A Assembleia Geral das Nações Unidas proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. Carta de princípios, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.

NERY JÚNIOR, Néelson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. - vol. 1 – 10 ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.

ONU, **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres**, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulhe r.htm>>. Acesso em 5 mai. 2018.

ONU, **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres**, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulhe r.htm>>. Acesso em 5 mai. 2018.

PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria Da Penha**: Comentários a Lei nº11.340/06, Ed.Campinas: Russell Editores, 2009.

PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria Da Penha**: Comentários a Lei nº11.340/06, Ed.Campinas: Russell Editores, 2009.

RAVAZZOLA, María Cristina . **Violência familiar**: El Abuso Relacional Como un Ataque a los Derechos Humanos: Sistemas Familiares, Buenos Aires, 1998.

RIO DE JANEIRO. **Decreto-lei nº 220**, de 18 de julho de 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de

Janeiro. Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e>>. Acesso em: 04 de nov. 2018.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5034, de 29 de maio de 2007**. Acrescenta parágrafo ao art. 29 da Lei nº 285/79, modificada pela Lei nº 3189/99, dispondo sobre a averbação, pelos servidores públicos estaduais da condição de companheiros do mesmo sexo, para fins previdenciários e dá outras providências. Disponível em <<http://www.leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-5034-2007-rio-de-janeiro-acrescenta-paragrafo-ao-art-29-da-lei-no-285-79-modificada-pela-lei-no-3189-99-dispondo-sobre-a-averbacao-pelos-servidores-publicos-estaduais-da-condicao-de-companheiros-do-mesmo-sexo-para-fins-previdenciarios-e-da-outras-providencias?q=5034%2F2007>>. Acesso em 04 de nov. 2018.

SAFFIOTI, Heleieth; ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de gênero: Poder e Impotência**. Rio de Janeiro. Ed. Revinter, 1995.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de direito constitucional** – Barueri, SP: Manole, 2007. Livro eletrônico.

SINAN, **Sistema de Informação de Agravos de Notificação**. Disponível em: <Sistema de Informação de Agravos de Notificação>. Acesso em 17 mai.2018.

SOARES, Barbara Musumeci, **Mulheres invisíveis: Violência Conjugal e as Novas Políticas de segurança**-Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e constituição: A Face Oculta da Proteção dos direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008.